

Handelingen
Nederlandse Juristen-Vereniging

133e jaargang/2003-I

Het opstandige slachtoffer

Genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht

Preadviezen van

Prof. dr. A.C. Zijderveld

Prof. mr. C.P.M. Cleiren

Prof. mr. C.E. du Perron

KLUWER 

Deventer – 2003

Omslag: Corps 3 op 2 BNO, Den Haag

© 2003 A.C. Zijderveld, C.P.M. Cleiren, C.E. du Perron

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden veelelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprerecht Hoofddorp (Postbus 3060, 2130 KB).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

ISBN 90-13-00404-0

NUR 824-401



Prof. dr. A.C. (Anton) Zijderveld (1937) studeerde theologie en sociologie in Utrecht en Hartford, Ct., USA. Promotie sociologie in Leiden (1966). Doceerde sociologie in New York (1966-68) en Montréal (1968-1971). Hoogleraar sociologie aan de Universiteit van Tilburg (1968-1985) en de Erasmus Universiteit Rotterdam, in zowel de juridische als de sociale faculteit (1985-2002). Gasthoogleraar in Montréal (1977-1978), Osaka (1988) en München (1988-1989). Thans emeritus hoogleraar. Afscheidscollege op 22 november 2002 over 'In de schatkamers van het recht. Een sociologische verkenning van het Corpus iuris civilis'. Publiceerde vele artikelen en zeventien boeken in het Engels en Nederlands (met enkele vertalingen in Turks, Japans en Duits). Tweewekelijkse bijdragen in *Het Financieele Dagblad* sedert 1990. Is mede-oprichter en voorzitter van het landelijke Forum voor Democratische Ontwikkeling en voorzitter van de Stedelijke Adviescommissie Multiculturele Stad in Rotterdam. Diverse andere bestuursstaken en twee landelijke adviescommissies. Amateur pianist en cellist.



Prof. mr. C.P.M. (Tineke) Cleiren (1955) is hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden. Daaraan voorafgaand was zij van begin 1997 tot 2000 directeur-generaal wetgeving, rechtspleging, rechtshandhaving en rechtsbijstand op het Ministerie van Justitie. Daarvoor was zij hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en lid van de Commission of Experts, ingesteld door de Veiligheidsraad om de schendingen van het oorlogsrecht en de schendingen van de Conventies van Geneve in voormalig Joegoslavië zowel op juridisch als op feitelijk niveau te onderzoeken. Zij begon haar loopbaan in het

strafrecht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen en vervolgde die in Leiden, waar zij promoveerde op de Beginselen van een goede procesorde (1989). Naast haar hoofdfunctie is zij onder meer lid en adviseur van diverse commissies rondom de rechtspleging en de rechtshandhaving. Zij was onder meer rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Rotterdam en is op dit moment nog steeds raadsheer-plaatsvervanger in het hof Amsterdam. Zij is (mede)redacteur van de uitgave T&C Strafrecht en Strafvordering.



Prof. mr. C.E. (Edgar) du Perron (1965) studeerde rechten aan de Universiteit van Amsterdam.

Van 1989-1993 was hij assistent-in-opleiding bij de vakgroep privaatrecht aan die universiteit. Daarna werkte hij, eerst als medewerker en later als gerechtsauditeur, bij de Civiele Sectie van het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad der Nederlanden. In 1999 promoveerde hij aan de Universiteit van Amsterdam op 'Overeenkomst en derden'. In hetzelfde jaar werd hij benoemd tot hoogleraar privaatrecht aan de juridische faculteit van deze universiteit. Hij is rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Den Haag, raadsheer-plaatsvervanger in het Hof Amsterdam, Fellow van het European Centre of Tort and Insurance Law (Wenen), lid van de Spier/Koziol-groep die werkt aan Principles of European Tort Law en lid van de advisory council (torts) van de Study Group on a European Civil Code (von Bar).

Inhoud

Prof. dr. A.C. Zijderveld

De wisselende aandacht voor slachtoffers. Enkele cultuursociologische overwegingen	1
--	---

Prof. mr. C.P.M. Cleiren

Genoegdoening aan slachtoffers in het strafrecht	33
--	----

Prof. mr. C.E. du Perron

Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht	105
--	-----

De wisselende aandacht voor slachtoffers

Enkele cultuursociologische overwegingen

Prof. dr. A.C. Zijderveld

Inhoud

Criminologie, victimologie en cultuursociologie	3
Slachtoffers en hun compensatie	5
Victimologie – ruime en beperkte definities	7
Slachtofferschap als legitimering van het strafrecht	12
Intermezzo: een kritische beschouwing	14
Een cultuursociologische duiding	16
Slachtofferhulp na 1970	26
Enkele normatieve conclusies	30

Criminologie, victimologie en cultuursociologie

Criminologie wordt in de meeste Europese universiteiten gezien als een vakgebied dat nauw verbonden is met het strafrecht. Ze wordt dan ook binnen de rechtswetenschappen en de juridische faculteiten beoefend. In de Angelsaksische wereld ziet men de criminologie veeleer als een sociale wetenschap die niet primair aan het strafrecht, maar aan de sociologie en de psychologie is gelieerd. Nu maakt het, als men enigszins interdisciplinair denkt, natuurlijk niet zoveel uit in welke faculteit een bepaald vakgebied beoefend wordt. Trouwens, de band tussen sociologie en rechtswetenschap is nauwer dan men zich doorgaans in beide vakgebieden realiseert. In ons land werd eerst na de Tweede Wereldoorlog de sociologie als apart en autonoom vakgebied universitair opgetuigd. Daarvoor werd zij doorgaans vanuit juridische faculteiten beoefend en dat is historisch gezien niet eens zo vreemd. De grote grondleggers van dit vakgebied – Emile Durkheim in Frankrijk en Max Weber in Duitsland – waren van academische huis uit juristen die vonden dat het fenomeen ‘maatschappelijke orde’ uiteindelijk door vooral twee ordenende principes gedragen werd: godsdienst en recht. Ze ontwierpen ieder een specifiek sociologische methodologie en in beide gevallen namen de rechtssociologie en de godsdienstsociologie in hun oeuvre een centrale plaats in.

Hoe dan ook, het is duidelijk dat de criminologie niet alleen dicht tegen het strafrecht aanzit, maar vooral ook tegen de sociologie en de psychologie. Hetzelfde geldt dan ook voor de tweelingdiscipline van de criminologie, de *victimologie* – de wetenschappelijke bestudering van het slachtofferschap en de slachtofferhulp. In een preadvies dat de victimologie centraal stelt, mogen dan ook een sociologische en een psychologische analyse niet ontbreken.

In dit hoofdstuk zal ik proberen een cultuursociologische benadering van de victimologie te ontwerpen, waarbij het hopelijk duidelijk zal worden dat de gebruikelijke (onder)scheiding tussen sociologie en psychologie zoniet opgeheven dan toch minstens vervaagd zal worden. Grofweg wordt de sociologie doorgaans gezien als de wetenschap die het collectieve gedrag van mensen onderzoekt en interpreteert, terwijl de psychologie zich meer richt op hun individuele gedrag. Maar deze (onder)scheiding is inderdaad veel te grof en in beide disciplines hebben zich ontwikkelingen voorgedaan die als het ware bruggen naar elkaar slaan. In de psychologie is dat de *sociale psychologie* en in de sociologie de *cultuursociologie*. Vaak is het moeilijk deze twee disciplines scherp te demarceren. Een belangrijk verschil blijft wel dat de sociale psychologie veelal werkt met experimenten in een laboratorii-

umsetting, terwijl de cultuursociologie veeleer in nauwe aansluiting bij de geschiedwetenschap en de antropologie zich heeft ontwikkeld als een historische en vergelijkende sociologie. Ze loopt dan ook vaak over in cultuurgeschiedenis en culturele antropologie.

Dit neemt niet weg dat de cultuursociologie met de traditionele onderscheiding van sociologie als de bestudering van collectief gedrag en psychologie als die van individueel gedrag moeilijk uit de voeten kan. *Cultuur* wordt door haar gedefinieerd als het geheel van weliswaar collectieve gedragspatronen – ‘manieren van denken, voelen en doen’ (Durkheim) – die evenwel alleen empirisch waarneembaar zijn in het doen en laten van individuele mensen. Deze gedragspatronen die in de sociologie *institutes* of *instituten* genoemd worden¹, hebben de volgende kenmerken: (a) ze worden aan nieuwkomers (volgende generaties, immigranten) overgedragen: *tradities*, en (b) als *mores* (zeden, gewoonten) aangehouden (‘zo zijn onze manieren’); ze fungeren (c) als bakens voor de gezamenlijke *identiteit*; en worden (d) als houders van fundamentele *waarden en normen* gekoesterd. Deze definitie geeft aan dat cultuur zowel in- als uitsluit: ‘zo zijn onze manieren en wie zich er niet aan aanpast, zullen we mores leren.’ Maar tegelijkertijd is ze ook nog te statisch, want de geschiedenis heeft geleerd dat culturen, zeker als ze moderniseren, flexibel zijn en door de influx van buitenstaanders en nieuwkomers, waartegen vaak weerstand zal bestaan, geweld of ongewild veranderen. En intern kunnen nieuwe generaties een cultuur grondig veranderen, zoals wij in en na ‘1968’ hebben ervaren. Externe invloeden – immigratie, vluchtelingenstromen, etc. – zetten geweld of ongewild hun stempel op een cultuur. De Sefardische joden en de Hugenoten deden dat in ons land in het verleden, de ‘gastarbeiders’ uit de jaren zestig van de vorige eeuw en hun nazaten deden dat recentelijk en doen dat vandaag de dag nog steeds. Het is juist om deze reden zo belangrijk om de cultuursociologie niet alleen historisch maar ook vergelijkend te bedrijven.²

1. Deze sociologische betekenis van instituties of instituten is dus anders dan de romeinsrechtelijke, zoals die van de *Institutiones* van Gaius of van Justinianus. Daar betekenen ze leerstellingen, of doctrines. Zie mijn afscheidscollege *In de schatkamers van het recht. Een sociologische verkenning van het Corpus iuris civilis*, uitgesproken in de aula van de Erasmus Universiteit Rotterdam, 22 november 2002, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2002, p. 10.
2. Voor een beknopte inleiding in de cultuursociologie kan ik hier verwijzen naar mijn *De culturele factor. Een cultuursociologische wegwijzer*, 1983, Culemborg: Uitgeverij Lemma, 1988. Zie ook mijn *Sociologie als cultuurwetenschap. Een beknopte methodologie van de cultuursociologie*, 1983, Culemborg: Uitgeverij Lemma, 1988.

Er zijn manieren van denken, voelen en doen (instituties) met betrekking tot misdaad, daders en slachtoffers die niet alleen per cultuur maar ook in de tijd zullen veranderen. In wat nu volgt wordt daarvan een beknopt overzicht gegeven.

Slachtoffers en hun compensatie

De criminologie richt zich, zoals het begrip al aangeeft, op criminele daders en daden, dat wil zeggen op daders en daden die op de een of andere manier buiten de wetten van het strafrecht treden. Ze poogt deze daders en daden sociaal-wetenschappelijk te doorgronden door oorzaken, als mede maatschappelijke en economische contexten van criminaliteit empirisch te onderzoeken. Zij is doorgaans ook beleidsmatig georiënteerd en zal dan pogen beleidsadviezen op te stellen in termen van preventie, bestrijding en resocialisering van de daders en hun crimineel gedrag. Zij is in deze focus op daden en daders nauw gelieerd aan het strafrecht dat zich uiteraard primair richt op de strafrechtelijke aspecten van de criminaliteit. In het strafrechtelijke proces kunnen en zullen feitelijk vaak ook de criminologische data over een bepaalde daad en dader een rol spelen, maar daarbij gaat het uiteindelijk om een juridisch (strafprocesrechtelijk) zuiver oordeel over en veroordeling van de onderhavige daad en dader. In strikte zin geredeneerd speelt daarbij het slachtoffer geen rol. Slachtoffers kunnen weliswaar als getuigen worden gehoord, maar ze worden wat hun materiële en immateriële schade betreft doorgaans verwezen naar het civiele recht, waar dan vaak vervolgens de desbetreffende verzekeringsmaatschappijen tegen elkaar in het krijt treden. Ook dan blijft dus het slachtoffer grotendeels passief – een zowel letterlijk als figuurlijk lijdend voorwerp.

De indruk kan gewekt worden dat eerst recentelijk de rol en betekenis van het slachtoffer meer in het centrum van de aandacht is komen te staan, wat gesuggereerd wordt door het wetsvoorstel om slachtoffers de gelegenheid te bieden in een strafproces niet alleen als getuigen maar ook als partij gehoord te worden. Toch is deze indruk onjuist. De aandacht voor de rol en positie van het slachtoffer is in de criminologie en ook in het strafrecht al enkele decennia oud, zij het dat deze aandacht nu eens groot en dan weer klein was.

M. S. Groenhuijsen meldt in zijn dissertatie van 1985 dat in ons land al meer dan een eeuw regelmatig gepleit wordt voor compensatie van slachtoffers. Zo noemt hij een disserteratie uit 1895, waarin een pleidooi wordt gevoerd om via wetswijzigingen slachtoffers schadevergoedin-

gen te garanderen.³ Al in 1829 repte Jeremy Bentham van het belang van schadevergoeding aan slachtoffers en ondanks zijn liberale afkeer van staatsinmenging was hij van mening dat de staat die verplicht is zijn leden tegen misdaad te beschermen, de schadeloosstelling ter hand diende te nemen als die bescherming faalde.⁴ Cuyvers meldt overigens dat al in de *Codex Hammurabi* (ca. 18e eeuw voor Chr.) werd vastgesteld dat in het geval iemand werd overvallen en de daders ontsnapten de stad waarin deze misdaad werd gepleegd, het slachtoffer voor de geleden schade diende te compenseren. Werd hij gedood dan moest deze som aan de nabestaanden worden uitbetaald.⁵

De Italiaan J. Garofalo stelde in 1882 voor om de compensatie van door slachtoffers geleden schade binnen het strafrecht te regelen: in plaats van gevangenisstraf zou de dader verplicht moeten worden de door zijn slachtoffer geleden schade te vergoeden. Deze compensatie moest inderdaad een straf zijn. Zijn collega E. Ferri was van mening dat de staat de dader zou moeten dwingen de schade te compenseren. Beiden bepleitten de oprichting van een staatsfonds dat door geldboetes werd gevoed en financiële hulp aan slachtoffers en hun naasten kon uitkeren.⁶ Het zou nog lang duren vooraleer dit idee van een staatsfonds in de verschillende landen van de Westerse wereld gerealiseerd zou worden. Cuyvers die van 'een compensatiebeweging' spreekt, meldt dat Britse parlement op 1 augustus 1964 een compensatieregeling aannam, wat door Nieuw Zeeland een jaar later werd nagevolgd. In 1965 nam de staat Californië een dergelijke wet aan. Ten onzent werd eerst op 26 juni 1975 een wet aangenomen, waarin een dergelijk staatsfonds werd opgericht. In 1989 werd voorgesteld de Wet Voorlopige Regeling Schadefonds Geweldsmisdrijven te wijzigen met dien verstande dat de positie van het slachtoffer, zoals Groenhuijsen opmerkte, centraler werd gesteld 'dan ooit tevo-

3. M.S. Groenhuijsen, *Schadevergoeding voor slachtoffers van delicten in het strafgeding*, dissertatie Katholieke Universiteit Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1985. Zie H. Boutellier, *Solidariteit en slachtofferschap. De morele betekenis van criminaliteit in een postmoderne cultuur*, dissertatie Universiteit van Amsterdam, Nijmegen: SUN, 1993, p. 102.

4. Zie G. Cuyvers, *Slachtoffers van misdrijven*, Leuven-Amersfoort: Uitgeverij Acco, 1988, p. 118. Bentham wordt doorgaans gezien als de grondlegger van het utilitaristische principe van het *laissez-faire* dat zich fel tegen staatsinmenging keert. Zie voor een kritische bespreking van dit gezichtspunt Arthur J. Taylor, *Laissez-faire and State Intervention in Nineteenth-century Britain*, 1972, London: The Macmillan Press, 1978. Zie vooral het vijfde hoofdstuk: 'Benthamism, *Laissez-faire* and Interventionism', p. 32-39.

5. Cuyvers, *ibid.*, p. 118.

6. Cuyvers, *idem*.

ren'.⁷ Ook op Europees niveau kwam de compensatiebeweging op gang. De Raad van Europa raadde zijn lidstaten aan dergelijke schadefondsden in te stellen en op 24 november 1983 werd een Europese Conventie voor Slachtoffers van Gewelddismidrijven aangenomen.⁸ Overigens bleef kritiek op dergelijke compensatiefondsden van staatswege niet uit. Al in 1959 werd geopperd dat burgers roekeloos zouden worden omdat schade toch zou worden vergoed. In 1963 werd daaraan toegevoegd dat juist potentiële daders roekeloos zouden worden vanwege de wetenschap dat hun slachtoffers zouden worden gecompenseerd. Uiteraard vreesde men ook een enorme stijging van de kosten van dergelijke fondsden voor de staat, omdat burgers voor het minste of geringste compensatie zouden gaan eisen. Ook zou de gedachte kunnen postvatten dat op deze manier de problemen van slachtoffers afdoende zouden worden opgelost, wat natuurlijk niet het geval is. Trouwens, zo werd al in 1959 geopperd, zou dit soort fondsden niet leiden tot staatspaternalisme en een uitdijende staatsbureaucratie?⁹

Victimologie – ruime en beperkte definities

Is het al moeilijk tot een eensluidende definitie van criminaliteit en criminele dader te komen, het helder omschrijven van slachtofferschap en slachtoffer is gezien de vele betekenissen die aan deze begrippen (kunnen) worden gegeven,¹⁰ bijkans onmogelijk. Over het algemeen kunnen we twee stromingen onderscheiden: enerzijds zij die zeer algemene, bijkans alles omvattende definities van slachtofferschap en slachtoffers hanteren, anderzijds zij die beperkte, strikt criminologische omschrijvingen bezigen.¹¹

H. Boutellier wijst er in zijn dissertatie *Solidariteit en slachtofferschap* (1993) terecht op dat slachtoffers en slachtofferschap op zichzelf al vage fenomenen zijn. Daders hebben doorgaans motieven, doelstellingen, methoden van opereren die gereconstrueerd en strafrechtelijk beoordeeld en zonodig veroordeeld kunnen worden, maar slacht-

7. Cuyvers, a.w., p. 119. Boutellier, a.w., p. 104, in het bijzonder voetnoot 5.

8. Cuyvers, *idem*.

9. Zie voor deze bezwaren Cuyvers, a.w., p. 118 e.v.

10. Zie G.P. Hoefnagels, *The Other Side of Criminology. An Inversion of the Concept of Crime*, vertaald door J.G.M. Hulsman, Deventer: Kluwer, 1973, hoofdstuk 2: 'Criminology; its definition, nature and subfields', p. 43-70.

11. Cuyvers spreekt van 'expansionisten' en aanhangers van 'criminologische victimologie'. Cuyvers, a.w., p. 18-20.

offers hebben dat alles niet. Hun is iets overkomen wat ze niet gewild hebben en ze kunnen na afloop hooguit vertellen wat er gebeurd is en wat de gevolgen voor hen zijn. 'Het slachtofferschap', zegt Boutellier, 'leent zich met andere woorden niet voor een extraverte sociale of politieke 'beweging'. Stilzwijgen of schreeuwen, veel andere mogelijkheden heeft het slachtoffer niet.'¹² Dit is volgens Boutellier ook de voornaamste reden voor het feit dat er veelvuldig zogeheten zaakwaarnemers zijn die zich voor slachtoffers willen inzetten. Vaak wordt daar ook wel misbruik van gemaakt. Er zijn bewegingen en organisaties die het slachtofferschap gebruiken voor iets anders: 'law-and-order politiek, vrouwenemancipatie, subsidie-aanvragen, criminaliteitsbeleid of een hulpverlenersrol.'¹³ Hij is zelfs van mening, zoals we later nog uitvoeriger zullen zien, dat het hele strafrecht in onze huidige 'post-moderne cultuur' zijn legitimiteit alleen nog kan betrekken uit het feit dat het zich voornamelijk richt op slachtofferschap en slachtoffers. Maar hij generaliseert dit naar een zeer ruime opvatting van slachtofferschap. Sprekend over 'de sensibiliteit voor 'het slachtoffer'' zegt hij: 'In de milieuproblematiek zijn bijvoorbeeld de toekomstige generaties in het geding, in de problematiek van de grote steden zijn er enerzijds de gemarginaliseerden en anderzijds de massale onveiligheidsgevoelens en in de sociale zekerheid zijn er de reële slachtoffers van werkomstandigheden en structurele werkloosheid.'¹⁴

Een opmerkelijke verruiming en zelfs radicale omkering van het begrip slachtoffer werd gerealiseerd in de neo-marxistisch *angehauchte*, 'maatschappij-kritische' jaren zeventig. Delinquenten, vaak liever met 'cliënten' aangeduid, werden gezien als slachtoffers van 'het systeem', of 'de maatschappij' of 'de kapitalistische economie'. In feite waren wij toen allen slachtoffers en werd het onderscheid tussen daders en slachtoffers geheel verworpen. S. de Batselier verbond daaraan de volgende conclusie: 'vergeleken met de misdadigheid van bepaalde sociaal-aangepaste maatschappelijke structuren, – zoals bijv. bepaalde economische stelsels of bepaalde al dan niet democratisch genoemde regeringsvormen –, is de doorsnee delinquent een kleine leerjongen.'¹⁵

12. Boutellier, *a.w.*, p. 106.

13. Boutellier, *idem*.

14. Boutellier, *a.w.*, p. 216 e.v.

15. S. de Batselier, 'De rol van het slachtoffer bij de totstandkoming van het delict', in: *Slachtoffers van delicten*, voordrachten gehouden op het Congres Slachtoffers van Delicten, gehouden te Nijmegen op 26 en 27 maart 1971, Baarn: Anthos-boeken, Bosch & Keuning; In den Toorn, 1971, p. 20. Vandaag de dag zou de volgende opmerking bevreemding wekken: 'Er groeit een algemene consensus bij de seksuologen dat pedofiele contacten op zichzelf genomen niet traumatiserend →

Een interessante variant van de maatschappij-kritische, ruime omschrijving van slachtofferschap treffen we tegenwoordig wel aan in de wereld van de ICT. In de informatiemaatschappij – die hier overigens hardnekkig vereenzelvigd wordt met kennismaatschappij¹⁶ – worden mensen die niet met de nieuwe technologie kunnen meekomen als slachtoffers gezien. Zo schrijven S. N. Hogewind en S. Dijkstra in hun boek *Slachtoffers van de informatiesamenleving* (2001): 'Iedereen die niet gebruik kan maken van de verworvenheden van de nieuwe wereld, door eigen onkunde of doordat anderen het beter kunnen, definiëren wij als slachtoffers. Dit kunnen individuen zijn, maar ook groepen.'¹⁷ Zij onderscheiden drie categorieën mensen die in het bijzonder kwetsbaar zijn: jongeren, werkenden en allochtonen. Vooral de eerste categorie is opvallend omdat meestal wordt aangenomen dat jongeren zich al heel vroeg spelenderwijs meester maken van de computer en alles wat daarmee te maken heeft, terwijl juist de ouderen eerder 'digibetisch' zullen blijven – wat overigens gezien het intensieve gebruik van het internet door mensen van vaak hoge leeftijd ook betwijfeld moet worden. Hoe dit ook zij, de omschrijving van slachtofferschap is ook hier wel erg ruim en breed genomen.

Ook organisaties worden wel als slachtoffers gekenmerkt. Zo publiceerde het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het Ministerie van Justitie in 1995 een rapport van de onderzoekers M. Kruissink en E. G. Wiersma met als titel *Inbraak in bedrijven. Daders, aangiftes en slachtoffers onderzocht*. 'De aandacht voor het bedrijfsleven als slachtoffer van criminaliteit is van betrekkelijk recente datum, terwijl het slachtofferschap onder particulieren al jaren onderwerp van wetenschappelijke studie vormt. Inmiddels is bekend dat het bedrijfsleven zich relatief vaak met criminaliteit geconfronteerd ziet, volgens sommige studies zelfs meer dan particulieren. Onderzoek heeft uitgewezen dat van meer dan de helft van alle

→ zijn.' A.w., p. 22. Dat is ook het geval bij een opmerking als 'het seksueel-geperverteerde gedrag vertegenwoordigt een protestreactie in een wereld die als niet leefbaar wordt ervaren. (...) Zo zien wij dat bij de beschrijving van de geperverteerde mens slachtoffer en dader niet van elkaar te scheiden zijn, maar samenvalen.' a.w., p. 24.

16. Informatie als zodanig is nog geen kennis, maar levert de bouwstenen (de 'data') voor kennis. Kennis is theoretisch geordende en empirisch getoetste informatie. Het woordenboek levert informatie die noodzakelijk is om in de vorm van een wetenschappelijk artikel, een roman, of een gedicht kennis te kunnen verwerven en door te geven. Zonder informatie geen kennis, zonder kennis geen communicatie.
17. S. N. Hogewind, S. Dijkstra, *Slachtoffers van de informatiesamenleving. Opgroeien, werken en integreren in een nieuwe tijd*, Den Haag: Stichting Maatschappij en Onderneming, 2001, p. 23.

criminaliteit een bedrijf het slachtoffer is. De daarmee gemoeide kosten lopen in de honderden miljoenen guldens per jaar. Een vorm van criminaliteit waar het bedrijfsleven veel mee te maken heeft, is inbraak.¹⁸ De (retorische) vraag dringt zich hierbij natuurlijk op of, indien ook bedrijven, waaronder winkels die onder winkeldiefstal lijden, als slachtoffers worden gedefinieerd, zij ook aanspraak kunnen maken op compensatie door de staat, indien de daders niet achterhaald kunnen worden. Deze vraag alleen al rechtvaardigt het om begrippen als slachtofferschap en slachtoffer niet al te ruim te nemen en duidelijk criminologisch en antropologisch (dat wil zeggen op mensen betrekken) te omschrijven.

Volgens Cuyvers is een meerderheid van de hedendaagse victimologen er voorstander van het slachtofferschap te beperken tot slachtoffers van misdrijven.¹⁹ Zonder deze criminologische inperking mondt men inderdaad maar al te gauw uit in een oeverloze oceaan van ideeën, ideetjes, ideologieën en beleidsconcepties die uiteindelijk zowel wetenschappelijk als beleidsmatig en politiek weinig zoden aan de dijk zetten. Willen de begrippen slachtofferschap en slachtoffer zowel wetenschappelijk als politiek-beleidsmatig hanteerbaar blijven, dan moeten ze m.i. aan de volgende criteria voldoen: ten eerste, het gaat steeds om de interactie tussen mensen – daders die mensen zijn (en dus niet ‘het systeem’, of ‘de maatschappij’ of ‘het kapitalisme’) en hun slachtoffers die ook mensen zijn (en dus niet bedrijven of organisaties); ten tweede, moet het gaan om strafrechtelijk te veroordelen daden, daden dus die wettelijk verboden en dus crimineel zijn. Betreft het daden die mensen vrees inboezemen en ook het algemene rechtsgevoel aantasten, doch nog niet wettelijk strafbaar zijn verklaard, dan moet de wet daarbij aangepast worden.

Een goed voorbeeld van het laatste is *stalking*, een uit het Engels overgenomen werkwoord dat slechts gebrekkig met ‘belagen’ of ‘hinderlijk volgen’ vertaald wordt. Een onderzoeksnotitie van het WODC hierover opent als volgt: ‘Stalking, het constant lastigvallen van iemand door hem of haar bijvoorbeeld voortdurend te volgen, in het oog

18. M. Kruissink, E. G. Wiersma, *Inbraak in bedrijven. Daders, aangiften en slachtoffers onderzocht*, Arnhem: Gouda Quint; Den Haag: WODC, 1995, p. 1. In het licht van deze spectaculaire openingszin is de conclusie van het onderzoek naar inbraak in bedrijven opmerkelijk: ‘Het hele jaar door, vooral in de duisternis van avond en nacht, verbreken daders deuren of ramen om geld, gereedschappen, faxen computerapparatuur weg te nemen. Hoewel de oogst er wellicht nogal mager uitziet, kan hier voorlopig uit geleerd worden dat preventiemaatregelen zich moeten concentreren op deze hele gewone, voor de hand liggende vorm van inbreken.’ A.w., p. 34 (cursivering door mij toegevoegd, ACZ).
19. Cuyvers, a.w., p. 20.

te houden, te telefoneren en/of brieven te sturen, is een vorm van ongewenst gedrag waar tot voor kort weinig aandacht aan is besteed. Stalking wordt ook nog maar sinds enkele jaren in de criminologie als een afzonderlijk fenomeen beschreven. In de meeste landen behandelen politie en justitie stalking ook niet als een afzonderlijk delict.²⁰ Aan deze initiële definitie moet nog worden toegevoegd het element van gegronde vrees bij de slachtoffers van het belagen.²¹ Stalking is vooral in de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw op de agenda gekomen door de vrouwenbeweging, omdat met name gescheiden vrouwen vaak op deze wijze door hun vroegere partners lastig gevallen werden en worden. In toenemende mate werden ook beroemde filmsterren en popidolen het slachtoffer van hinderlijke 'stalkers'. In enkele gevallen werden zij dodelijke slachtoffers.²²

In de victimologie speelt tenslotte al relatief lang de vraag een belangrijke rol, of mensen vaak niet zelf aanleiding tot hun slachtofferschap geven. Het slachtoffer als provocateur dus. Hiervoor wordt vaak het begrip *victim precipitation* gebruikt. Doorgaans heeft men geprobeerd typologieën van provocerende slachtoffers op te stellen, maar De Beer en Fiselier wijzen er terecht op dat dergelijke typologieën doorgaans niet alleen nogal arbitrair en speculatief zijn, maar, wat veel erger is, ook vaak sociaal-wetenschappelijke *verklaring* en *veroorzaking* enerzijds en juridische *schuld* en *verwijt* anderzijds verwarren. Deze verwarring wordt volgens hen vooral veroorzaakt 'doordat het slachtoffer uitsluitend vanuit het perspectief van de dader wordt gezien. Gekeken wordt of in zijn gedrag (dat van het slachtoffer, ACZ) aanwijzingen zijn te vinden die een verklaring voor het gedrag van de dader bieden.

20. N. J. Baas, *Stalking. Slachtoffers, daders en maatregelen tegen deze vorm van belagen*, Den Haag: Ministerie van Justitie, WODC onderzoeksnotities, 1998/1, p. 1.
21. *Ibid.*, p. 19 e.v. Zie verder hoofdstuk 3 'Het begrip 'stalking'', *ibid.* Voor verdere literatuur zie p. 73-76.
22. Ook in het geval van stalking lijkt het verstandig de definitie strikt criminologisch te houden. Journalisten en fotografen kunnen, vooral als ze voor de roddelbladen (*tabloids*) en populaire media (*reality tv*) werken, hinderlijk, soms zelfs bedreigend zijn. Maar waar ze binnen de grenzen van de wet blijven opereren, is er in de strikte definitie van het begrip stalking, geen sprake van 'belagen', noch van criminologisch slachtofferschap. Huurmoordenaars, serieverkrachters en serie-moordenaars zullen ook vaak aanvankelijk hun slachtoffers volgen, maar die hebben daar geen weet en dus last van. Het is eerder een aanloop tot de criminele daad dan een welbewust 'hinderlijk volgen'. Het is dus in strikte zin geen stalking. Uiteraard zijn er uiteindelijk wel slachtoffers. Zie N. J. Baas, *a.w.*, p. 33, voetnoot 11.

(...) Wanneer vervolgens onderzoek achterwege blijft naar de vraag in hoeverre deze eigenschappen of gedragingen niet evenzeer niet-slachtoffers typeren, ontstaat al gauw het idee dat het delict aan het slachtoffer moet worden verweten.²³

Toch is de idee dat slachtoffers aanleiding kunnen geven tot crimineel gedrag jegens hen niet helemaal ongegrond. Indien iemand in het centrum van een grote stad zijn auto parkeert, de auto niet goed op slot doet en de autoradio er zichtbaar in achterlaat, vraagt hij als het ware om inbraak en diefstal. Niet zelden voelt men zich dan niet als slachtoffer ('had ik maar niet zo stom moeten zijn') en laat men aangifte na, al is het alleen al omdat men opziet tegen al het papierwerk dat met een aangifte gepaard gaat en de kans zeer gering is ooit compensatie voor de ontvreemding te krijgen.²⁴ In de criminologie spreekt men dan van 'neutralisatie-technieken' – in dit geval niet alleen bij de dader ('had hij maar niet zo stom moeten zijn'), maar ook bij het slachtoffer ('had ik maar niet zo stom moeten zijn'). Maar een gewapende overval op straat is natuurlijk een veel ernstiger misdrijf. Toch is het ook hier zaak om *streetwise* te zijn, op bepaalde tijden niet op bepaalde plaatsen te vertoeven of te lopen. Men komt 's nachts niet in het Central Park op Manhattan dat overdag een open en gezellig 'volkspark' is, maar 's nachts voor 'normale' burgers vanwege de gevaren ontoegankelijk blijft – dat is nu het geval, maar was dat ook in de jaren vijftig of zestig van de vorige eeuw. Een grote stad zonder misdaad en dus zonder slachtoffers bestaat niet. De bewoners van zo'n stad zijn altijd potentiële delinquenten en potentiële slachtoffers.

Slachtofferschap als legitimering van het strafrecht

Boutellier heeft in zijn hierboven reeds genoemde dissertatie een opmerkelijke theorie ontwikkeld over het slachtofferschap. Hij ziet het als een nieuwe legitimering voor het strafrecht in onze naar verluidt postmoderne, pluriforme, geseculariseerde en ontzuilde maatschappij. Het strafrecht werd voorheen gelegitimeerd als een sys-

23. De Beer, Fiselier, *a.w.*, p. 12. Overigens is het interessant dat het belangrijke victimologische onderzoeksmiddel, het *victim survey*, vooral wordt gehanteerd om een beter inzicht te krijgen in de aard en de omvang (het zogeheten 'dark number') van de criminaliteit, niet dus om het slachtofferschap nauwkeuriger in beeld te krijgen. Ook hier dus het gezichtspunt vanuit de daad en de dader. Zie Cuyvers, *a.w.*, p. 22. Ook de Beer, Fiselier, *a.w.*, p. 14.

24. Voor de belangrijkste redenen om van aangifte af te zien zie De Beer, Fiselier, *a.w.* p. 15.

teem dat de samenleving als gemeenschap ordende en ook de bestaande orde tegen criminele inbreuken verdedigde. De *morele functie* (en daarmee de legitimering) van het strafrecht bestond er toen uit de bestaande maatschappelijke orde te handhaven en te garanderen. Daarbij lag het morele zwaartepunt in de veelal verzuilde, maatschappelijke organisaties.

Deze situatie is, aldus Boutellier, sedert de jaren zestig van de vorige eeuw radikaal veranderd. We hebben een 'ontstuiimige ontzuiling'²⁵ en een snelle secularisering doorgemaakt en leven nu in een postmoderne cultuur waarin de moraal is gefragmenteerd en het 'maatschappelijk middenveld' is verbrokkeld in doelorganisaties die geen gemeenschappelijke identiteit meer verschaffen en ook geen voedingsbodem meer kunnen zijn voor een gedeelde solidariteit. Hij spreekt het Jean-François Lyotard na, de Franse aartsvader van het postmodernisme²⁶: de 'grote verhalen', zoals verteld door het Jodendom, het Christendom, de Verlichting, of het Marxisme, hebben hun kracht – vooral hun legitimerende kracht – verloren. We leven in een ideologisch en moreel pluriforme samenleving. Het strafrecht – het hele denken over recht, misdaad, straf, preventie, resocialisering, enz. – kan zijn legitimering niet meer uit de oude 'grote verhalen', uit opvattingen over gemeenschappelijke solidariteit en morele ordening, betrekken. Waaruit dan wel?

Boutellier volgt op dit punt de postmoderne filosofie van Richard Rorty die de essentie van de hedendaagse moraal ziet vervat in de basale vraag: 'Are you suffering?'²⁷ Solidariteit is vandaag de dag volgens Rorty alleen mogelijk, zo vat Boutellier hem samen, indien ze 'is gebaseerd op de (h)erkenning van elkaars mogelijke lijden. Boutellier noemt het zelfs 'de victimalisering van de moraal'.²⁸ Het gaat volgens Rorty (in een duidelijke kritische verwijzing naar John Rawls²⁹) niet meer om de vraag naar rechtvaardigheid, maar om de solidariteit met (potentiële) slachtoffers. Dat heeft, zegt Boutellier, vergaande gevolgen voor het strafrecht: 'Het is niet zozeer de schending van de ideologisch verankerde norm die dient te worden hersteld, maar het concrete individuele leed waaraan moet worden rechtgedaan. Daarin ligt mijns inziens de wezenlijke betekenis van de strafrechtelijke aandacht

25. Boutellier, a.w., p. 26.

26. Zie Jean-François Lyotard, *Het postmoderne weten. Een verslag*, 1979, vertaald door C. Janssen, Kampen: Kok Agora, 1988, tweede druk.

27. Zie Richard Rorty, *Contingency, irony, and solidarity*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989. Vooral hoofdstuk 9: 'Solidarity', p. 189-199.

28. *Ibid.*, p. 28 (cursivering van hem).

29. John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Ma: Harvard University Press, 1971.

voor het slachtoffer.³⁰ Hij noemt het 'de victimaliseringsthese' en ook 'de victimologische wending in het strafrecht'.³¹ Het is 'een als revolutionair te typeren ontwikkeling'.³²

Hoe moeten we vanuit dit perspectief over de dader denken? Rorty ruimt in zijn denken steeds een grote plaats in voor de ironie en daarin volgt Boutellier hem ook wanneer het om criminele daders gaat, die hij liever omschrijft als 'personen die strafrechtelijk relevant gedrag vertonen'.³³ 'De crimineel' – hij plaatst dit begrip tussen ironiserende aanhalingstekens! – moet niet langer gezien worden als iemand die de waarden en normen van de gemeenschap geweld aandoet, die in de woorden van Boutellier 'de morele gemeenschap tart', maar eerder als een persoon die weigert 'de solidaire lotsverbondenheid ten opzichte van anderen te erkennen', die zich met andere woorden 'buiten de communicatie plaatst'.³⁴ Of anders gezegd: 'Hij dringt zijn private zelf op aan het publieke domein en is daarin veelal wreed en vernederend'.³⁵

Dit alles mondt uit in toch weer een 'groot verhaal' en Boutellier noemt het, omdat naar zijn zeggen het liberalisme 'de enige politieke filosofie [is] die de ontwikkelingen in wetenschap, economie en technologie wist te overleven', wat zwaarwichtig 'victimaal liberalisme' wat hij later ook 'sociaal liberalisme' noemt. Sensibiliteit voor het slachtoffer staat daarin centraal.³⁶

Intermezzo: een kritische beschouwing

Al eerder merkte ik op dat Boutellier gaandeweg het slachtofferbegrip tot het zowel wetenschappelijk als politiek-beleidsmatig onhanteerbare uitrekt. Voorts is zijn niet gestaafde bewering dat we in ons land radikaal gesecculariseerd en ontzuild zouden zijn op zijn minst *fragwürdig*. De ontkerkelijking mag dan radikaal geweest zijn (en staat inmiddels alweer enkele jaren stop), maar dat is allerminst secularisering in de zin van verwereldlijking en ontreligionisering. De religionisering buiten de traditionele kerken in de vorm van *evangelicalism* en allerlei vormen van spiritualisme is massief. En wat ontzuiling be-

30. Boutellier, *a.w.*, p. 29.

31. *Ibid.*, p. 30 en 101-126.

32. *Ibid.*, p. 101.

33. *Ibid.*, p. 204.

34. *Idem.*

35. *Ibid.*, p. 205.

36. *Ibid.*, p. 211-217.

treft, hoe men het ook normatief wil beoordelen, het kan niet ontkend worden dat een vooralsnog lichte vorm van islamitische verzuiling in het onderwijs en het omroepwezen aanwezig is³⁷, terwijl nog in de jaren tachtig van de vorige eeuw vanuit het Humanistisch Verbond een volledig door de staat gefinancierde Universiteit voor de Humanistiek werd opgericht. (Verzuiling was nooit alleen maar een confessionele aangelegenheid: ook socialisten en liberalen hadden en hebben hun humanistisch gefundeerde en dus verzuilde organisaties.) Voorts is het onjuist 'het maatschappelijk middenveld', te weten de formeel-juridisch autonome organisaties en instituties, al dan niet structureel nog steeds verzuild (twee katholieke en twee gereformeerde universiteiten, katholiek en protestants basis en voortgezet onderwijs, katholieke en protestantse en binnenkort waarschijnlijk ook islamitische zorginstellingen, enz.) af te schrijven als bakermat voor de moraal en fundering voor de maatschappelijke orde. De postmodernistische, enigszins onderwets-liberale visie op de samenleving als een geheel van al dan niet lijdende individuen, danwel consumenten en cliënten, is niet alleen nogal anarchistisch, maar wat erger is nogal wereldvreemd. Mensen vormen kleinere en grotere gemeenschappen en organisaties en of de liberale postmodernisten dat nou leuk vinden of niet, er is zo iets als een 'institutionele imperatief', omdat de menselijke soort nu eenmaal niet zonder ordenende en zingevende instituties en tradities overleven kan. De sociobioloog Edward O. Wilson ziet hierin zelfs een biologische, genetische oorsprong en heeft het over *culturgens*.³⁸ Opmerkelijk is in dit verband ook zijn theorie van de *gene-culture coevolution*, waarop ik hier niet verder in kan gaan.³⁹

Een van de belangrijkste instituties in de samenleving is vanaf het begin van de menselijke beschaving het recht en daarbinnen het strafrecht geweest. Daarin werden steeds daders en slachtoffers onderscheiden en het was een grote sprong voorwaarts in de menselijke beschaving, toen er een strafrecht ontstond dat zich emancipeerde van het religieuze recht en van het civiele recht en daders als verdachten

37. Zie mijn column 'De islamitische verzuiling', in: *Het Financieele Dagblad*, 21 september 1991, p. 11. Ik kan hier natuurlijk niet nader ingaan op de discussie die dit stuk uitlokte over de voor- en nadelen en vooral de slaagkansen van deze prille vorm van verzuiling in ons land.

38. Ik heb dit uitvoerig beargumenteerd in *The Institutional Imperative*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2000. Over 'culturgens' zie p. 66 e.v. Zie daarover ook Edward O. Wilson, *Van mieren bezeten*, 1994, vertaald door P. Verhagen, Utrecht: Het Spectrum, 1997, p. 287-334.

39. Zie Edward O. Wilson, *Consilience. The Unity of Knowledge*, New York: Alfred Knopf, 1998, p. 307 e.v.

een eerlijk en fair proces toekende. Emoties ingegeven door solidariteit met het lijden van slachtoffers bleven in de waarheidsvinding van de rechtsspraak buiten beeld. Nogmaals, dat was een vooruitgang van de civilisatie. Victimalisering van het strafrecht is dan ook geen 'revolutie', zoals Boutellier meent, maar eerder een regressie, een stap terug. Er was ook vroeger aandacht voor het lot van het slachtoffer, maar diens materiële en immateriële compensatie werd overgelaten aan het civiele recht en niet te vergeten aan het 'maatschappelijk middenveld', aan organisaties en individuen die uit medemenselijkheid (solidariteit) zich ontfermden over het lot van de slachtoffers na de misdaad.

Ook het voorstel om slachtoffers meer dan getuigen ook als partijen in het strafproces toe te laten, omdat dit recht zou doen aan hun eventuele gevoelens van achterstelling en uitsluiting, mogelijkwerijs ook zou bijdragen tot een dieper inzicht en wellicht inkeer bij de daders, doet de civiliserende werking van het rationele strafproces geweld aan. Het is net zo naïef als de gedachte dat de burgers via referenda in het kader van een representatieve, op meerdere partijen gefundeerde democratie meer en vooral directere invloed op de politieke besluitvorming zouden ontvangen.

Tot slot, postmodernisten zien in Friedrich Nietzsche een belangrijke grondlegger van hun filosofie. Als Rorty en Boutellier reppen van de nieuwe morele metaforen, namelijk de wreedheid, het lijden het kwetsen en vernederen, het buitensluiten, dan dringt zich de grote nihilist onvermijdelijkerwijs op. Dan denkt men toch onmiddellijk aan Nietzsche's begrip *Sklavenmoral*? Boutelliers pleidooi voor een 'victimaal liberalisme' en zijn victimalisering van het strafrecht en de criminologie zouden door Nietzsche ongetwijfeld vol spot terzijde geschoven zijn als een prachtig voorbeeld van slavenmoraal. Dit wil natuurlijk niet zeggen dat we dan in navolging van Nietzsche het strafrecht maar moeten gaan legitimeren in termen van diens *Herrenmoral*. Ook dat zou een regressie in onze beschaving zijn, zoals de geschiedenis van Europa tussen 1933 en 1945 heeft aangetoond.

Een cultuursociologische duiding

Het voorgaande was voornamelijk gewijd aan een soort 'state of the art' van diverse, sociologisch georiënteerde analyses van slachtoffers en slachtofferschap. Maar met het kritische intermezzo over de postmodernistische victimaliseringsthese van Boutellier werd al een begin gemaakt met een cultuursociologische duiding van slachtoffers en

slachtofferschap. Die moet nu verder worden uitgewerkt. Ik beperk me daarbij tot de maatschappelijke en culturele veranderingen die in ons land na de Tweede Wereldoorlog hebben plaatsgevonden. Het is namelijk in het licht van deze veranderingen dat we een duidelijker sociologische beeld krijgen van de wisselende aandacht voor slachtoffers en slachtofferschap in het strafrecht en de criminologie. Hoe verhoudt zich deze wisselende aandacht tot de maatschappelijke en culturele veranderingen? Dat is de centrale vraag voor wat nu volgt. Om te beginnen is het goed zich te realiseren dat strafrechtelijke en criminologische opvattingen over slachtoffers en slachtofferschap niet sociologisch in de lucht hangen maar nauw verbonden zijn met de omringende maatschappij, de waarden en normen daarvan, haar manieren van denken, voelen en doen – kortom, de omringende cultuur. Nog sterker, zij zijn zelf onderdelen van die cultuur. En waar deze verandert, zullen ook de strafrechtelijke en criminologische opvattingen veranderen. Het verbinden van alledaagse of wetenschappelijke denkbbeelden en opvattingen met de maatschappelijke en culturele omgeving wordt ook wel *kennissociologie* genoemd en die is uiteraard nauw verwant aan de cultuursociologie.⁴⁰

In enkele grote lijnen kunnen we de cultuursociologische veranderingen in ons land na de Tweede Wereldoorlog als volgt schetsen. Tussen 1945 en 1960 werd ons land gekenmerkt door de materiële en immateriële *wederopbouw*. Een belangrijke component van deze wederopbouw was de hernieuwde *verzuiling*.⁴¹ De doorbraakbeweging die door leidinggevende liberale en sociaal-democratische intellectuelen en politici na de oorlog op gang kwam en een belangrijke impuls was voor de oprichting van de Partij van de Arbeid (PvdA) liep al snel stuk op de hergroepering van de confessionelen – de katholieken, de hervormden, de gereformeerden, grof genomen politiek vertegenwoordigd door de Katholieke Volkspartij (KVP), de Christelijk Historische Unie (CHU) en de Anti-revolutionaire Partij (ARP). Sociologisch waren vooral de volgende elementen van deze verzuiling van belang: (a) Dwars door de in die tijd nog sterk aanwezige klassen en standen heen

40. Zie hiervoor mijn *De relativiteit van kennis en werkelijkheid. Inleiding tot de kennissociologie*, Amsterdam: Boom Meppel, 1974, vooral p. 19-21: 'Kennissociologie en cultuursociologie'. Voor de begripsmatige onderscheiding van 'maatschappij' en 'cultuur' kan verwezen worden naar mijn *De samenleving als schouwspel. Een sociologisch leer- en leesboek*, 1987, Maarssen: Elsevier/De Tijdstroom, 1998, derde herziene druk, hoofdstuk 2 'Maatschappij en cultuur', p. 59-116.

41. Zie voor een inleidende bespreking van verzuiling mijn *De samenleving als schouwspel*, p. 206-210. Een klassiek werk is de Leidse dissertatie van A. Lijphart, *Verzuiling. Pacificatie en kentering in de Nederlandse politiek*, Amsterdam: J.H. de Bussy, 1968.

werden de maatschappelijke organisaties en de instituties levensbeschouwelijk (ideologisch) gefundeerd. Arbeiders identificeerden zich niet in de eerste plaats met hun eigen klasse en stand, maar met hun zuil (de vakbeweging was verzuild: NVV, CNV, KNV). (b) Deze vertikale zuilenstructuren werden van bovenaf, behoorlijk autoritair bestuurd door kleine, verzuilde, dominant manlijke elites. De burgers schikten zich daarnaar en waren politiek lijdzaam. (c) Deze elites accepteerden elkaars levensbeschouwelijke verschillen ('they agreed to disagree') en overlegden met elkaar hoe en in welke richting Nederland politiek, sociaal-economisch en sociaal-cultureel bestuurd moest worden. Deze 'pacificatie' (Lijphart) kwam tot uitdrukking in relatief stabiele coalitieregeringen die niet zozeer door het parlement danwel door de genoemde elites werden aangestuurd. (d). Het epicentrum van de macht lag dan ook niet in de staat ('Den Haag'), maar in het verzuilde 'maatschappelijke middenveld' ('midden' in de zin van 'tussen burgers en overheid gelegen'). Dit middenveld bestond uit verzuilde organisaties op alle gebieden van het leven: onderwijs (van basis tot hoger onderwijs), zorg, vrije tijd, media (kranten, weekbladen, radioverenigingen), politiek (partijen, wetenschappelijke bureaus van de partijen), kunst (met name de amateurkunst). (e) Zoals gezegd liep de doorbraakbeweging van liberalen en sociaal-democraten op de confessionele zuilen stuk. Met name begonnen de sociaal-democraten al snel te verzuilen – vooral in de media, de politiek en de vakbeweging. Liberalen trachtten het humanisme in het onderwijs en de zorginstellingen te organiseren. Grofweg ontstonden na 1950 naast de confessionele (katholieke, hervormde en gereformeerde) zuilen een meer sociaal-democratisch getinte humanistische zuil onder de politieke aansturing van de PvdA (NVV, VARA, duidelijk sociaal-democratisch georiënteerde Universiteit van Amsterdam, weekbladen als *De Groene Amsterdammer* en *Vrij Nederland*, etc.) en een meer liberaal getinte humanistische zuil onder de politieke aansturing van de VVD (Verbond van Nederlandsche Werkgevers en het Centraal Sociaal Werkgevers-Verbond, in 1968 gefuseerd tot het huidige VNO; AVRO, NRC, Elsevier, etc.).

Afgezien van kunstenaars (schrijvers, dichters, schilders, componisten, filmmakers, etc.) was er in deze verzuilde samenleving nog weinig sprake van individualisme. Men dacht en leefde in verzuilde collectiviteiten. Als er al sprake was van gemeenschapszin, dan was die ook sterk verzuild. Zuilen sloten mensen in en buiten: 'wij' versus 'zij'. Dit zullen wij vandaag de dag negatief beoordelen: benauwend, autoritair, sexistisch, etc. Maar we mogen niet vergeten dat deze verzuiling heeft bijgedragen tot een zeer snelle materiële wederopbouw van ons

land; door middel van de geleide loonpolitiek bleven de lonen en de looneisen in vergelijking met omringende landen laag, waren er niet of nauwelijks stakingen en heerste alom een duidelijk, moralistisch arbeidsethos. In 1960 was ons land dan ook welvarender dan ooit tevoren in de nationale geschiedenis.

In dit klimaat bleef de criminaliteit relatief laag en werd er nauwelijks nagedacht over de strafrechtelijke en criminologische betekenis van het slachtofferschap. Daders – zondermeer als delinquenten geëtiketteerd – werden gezien als mensen die de maatschappelijke orde verstoorde, daarvoor gestraft en waar mogelijk ook geresocialiseerd dienden te worden. De reclasseringsorganisaties, waarover aanstonds meer, waren van meet af aan verzuild. De benadering van criminaliteit was dan ook duidelijk moralistisch van aard, terwijl de slachtoffers buiten zowel het strafrecht als het civiele recht werden gehouden. Ze moesten geholpen worden door het (verzuilde) private initiatief, waarbij vaak de kerken, maar ook het gezin een centrale rol vervulden. Niet zelden ook werden slachtoffers niet als zodanig erkend en gedefinieerd: zo iets als verkrachting binnen het huwelijk bestond niet en incestueuze daden werden zoveel mogelijk met de spreekwoordelijke mantel der liefde bedekt. Er was nog geen vrouwenbeweging die hier tegen protesteerde. De slachtoffers werden als het ware maatschappelijk verstopt.

Hoewel er, afgezien van enkele kunstenaars, over wie aanstonds meer, geen sprake was van individualisme, er was in de psychologie en het strafrecht van die dagen wel aandacht voor wat personalisme werd genoemd. In de Utrechtse School van mensen als F.J.J. Buytendijk, M.J. Langeveld, H.C. Rümke, G.T. Kempe en W.P.J. Pompe die zich lieten inspireren door de filosofie van Jacques Maritain en de fenomenologie van Edmund Husserl werd door filosofen, psychologen, psychiaters, pedagogen en strafrechtsjuristen een mens- en wereldbeschouwing aangehangen die de mens, de menselijke ontmoeting en de menselijke gemeenschap centraal stelden. De mens werd hier niet als individu maar als persoon gezien en benaderd. Pompe's strafrecht ging uit van een humaniseringsideaal, riep op tot respect voor de dader en bepleitte een menselijke, persoonlijke ontmoeting tussen dader en justitie. Het ging om de titel van een dissertatie over de Utrechtse School te citeren *om de persoon van de dader*.⁴² Over slachtoffers werd niet

42. J.A. Janse de Jonge, *Om de persoon van de dader. Over straftheorieën en voorlichting door de reclassering*, Arnhem: Gouda Quint, 1991. Aan het slot van deze dissertatie wordt melding gemaakt van een nieuwe Utrechtse School die minder op personalisme en fenomenologie en meer op neo-Marxisme en het gedachtegoed van de Frankfurter Schule is gebaseerd. Zij wordt vooral gerepresenteerd door A.A.G. Peters en C. Kelk. Het voert te ver daar hier verder op in te gaan.

vaak gesproken en geschreven, maar als het gebeurde werd ook hier opgeroepen tot een persoonlijke en respectvolle ontmoeting tussen de dader en zijn slachtoffer, niet zelden met de gedachte erachter dat toch ook de dader in wezen een slachtoffer was van zijn eigen driften, of van onmenselijke omstandigheden. De dader als persoon had meer behoefte aan genezing dan aan straf. Men hoopte en geloofde dat een dergelijke interdisciplinaire, humanistische filosofie bij zou dragen aan de geestelijke wederopbouw van ons land na de materiële en immateriële ontberingen van de oorlog.

In deze tijd – we spreken nog steeds over de jaren vijftig en begin zestig van de vorige eeuw – geraakte de reclassering ook onder de invloed van dit personalisme, zij het dat het de verzuiling niet kon uitbannen. In het begin van de twintigste eeuw werd Het Genootschap tot Reclassering opgericht. Maar al in 1916 kwam daar de Katholieke Reclasseringsvereniging bij, in 1928 gevolgd door de Protestants Christelijke Reclasserings Vereniging. Ze werden gevolgd door de humanistische reclasseringsvereniging van 'Humanitas', alsmede die van het Leger des Heils. Toch heeft hier de ontzuiling, anders dan in het onderwijs, de media en de zorgsector, wel toegeslagen, want in 1973 fuseerden alle reclasseringsverenigingen in de Algemene Reclasseringsvereniging die als koepel van de verschillende reclasseringsinstellingen fungeert. Hun taken en hun subsidiëring door de overheid werden in 1986 vastgelegd in de Reclasseringsregeling (KB van 1 januari 1986).

Na 1960 begon ons land zowel maatschappelijk als cultureel ingrijpend te veranderen. Om te beginnen gebeurde er iets met de verzuiling. Het zich levensbeschouwelijk organiseren op alle belangrijke terreinen van het leven was voor de katholieken en de gereformeerden, die benadeelde minderheden in ons door liberale regenten bestuurde land waren geweest, vooral een middel tot *emancipatie* geweest. De levensbeschouwelijke organisaties, politiek vertegenwoordigd door levensbeschouwelijk gefundeerde politieke partijen (KVP en ARP voorop), vormden machtsblokken, waarmee politiek en maatschappelijk rekening gehouden diende te worden. Dit bevorderde de emancipatie van de katholieken en de gereformeerde 'kleine luyden'. Tegen 1960 werd duidelijk dat deze emancipatie was voltooid, dat dus de verzuiling in dit opzicht niet meer zo nodig was.⁴³ De zuilen verdwenen toen niet maar liepen ideologisch leeg. Of anders gezegd, het werd in toenemende mate onduidelijk wat nou precies de levensbeschouwelijke lading

43. Zie hierover J.M.G. Thurlings, *De wankelende zuil. Nederlandse katholieken tussen assimilatie en pluralisme*, Nijmegen: Dekker & Van de Vegt; Amersfoort: De Horstink, 1971.

was van een katholiek ziekenhuis, een protestants-christelijke basisschool, een vrijzinnig-protestantse radio-omroep. Nogmaals, dit was geen 'radicale ontzuiling', zoals nog steeds gedacht wordt, want het sociologisch opmerkelijke feit doet zich voor dat ons land *structureel* nog steeds verzuild is. Er is nog steeds een NCRV en een KRO, er zijn nog steeds twee katholieke universiteiten (in Nijmegen en in Tilburg), ook zijn er twee universiteiten op gereformeerde grondslag (in Amsterdam en in Kampen) en er is zelfs, zoals al eerder werd opgemerkt, nog in de jaren tachtig een universiteit op humanistische grondslag bijgekomen (in Utrecht); het VNO en het NCW zijn niet gefuseerd maar gelieerd en het CNV bestaat nog steeds autonoom; de gezondheidszorg is verzuild, etc. Maar nogmaals, de ideologische (levensbeschouwelijke) inhoud is grotendeels verdampt. Kortom, er is sprake van een *ideologische ontzuiling*, terwijl de zuilen als structuren nog wel overeind staan, zij het vaak (bijvoorbeeld in omroepeland) wankelend.

Een voor ons onderwerp belangrijk proces is de *individualisering* die na 1960 in rap tempo toenam. Dat was enerzijds een oorzaak van het wankelen van de zuilen, anderzijds heeft juist de ideologische ontzuiling de individualisering versterkt. Al in de jaren vijftig waren er intellectuelen en vooral ook kunstenaars (De Vijftigers, Cobra, W.F. Hermans, Gerard Reve, Jan Wolkers, Harry Mulisch, etc.) die zich als geëmancipeerde individuen manifesteerden en zich openlijk tegen het verzuilde collectivisme en moralisme verzetten.⁴⁴ Dat zou na 1960 in een stroomversnelling geraken en een algemeen maatschappelijk en cultureel verschijnsel worden. De idee van een weliswaar verzuild maar toch door elites bijeengehouden maatschappelijke orde die een dwingende morele orde was, gebaseerd op een vanzelfsprekend arbeidsethos, begon te vervagen. Wat daarvoor in de plaats kwam, was niet een algehele verbrokkeling en pluriformering, zoals Boutellier argumenteerde, maar de sterk bureaucratische en gecentraliseerde *verzorgingsstaat*⁴⁵. In de jaren zestig en zeventig zou die zich extensief

44. In een boeiende dissertatie heeft I. Weijers de schrijvers Vostdijk, Blaman, Van het Reve en Hermans beschreven als de ironiserende tegenpolen van de personalisten uit de Utrechtse School, vooral Rümke, Buytendijk, Langeveld en Pompe. De laatsten waren in de jaren vijftig van de vorige eeuw veel bekender en invloedrijker dan de eersten, maar dat veranderde in omgekeerde richting na 1960: I. Weijers, *Terug naar het behouden huis. De Utrechtse School en de Nederlandse roman 1945-1955*, Rotterdam: Universiteits Drukkerij, 1991.

45. Inmiddels is vergeten dat het neologisme 'verzorgingsstaat' als vertaling van het Engelse *welfare state* door de Utrechtse socioloog P. Thoenes in diens dissertatie werd uitgevonden. Zie zijn *De elite in de verzorgingsstaat. Een sociologische proeve van een terugkeer naar domineesland*, Leiden: H.E. Stenfert Kroese, →

en intensief gaan ontplooiën en diep in de vezels van de maatschappij en de cultuur doordringen.⁴⁶ De idee achter de verzorgingsstaat is dat de zorg voor de burgers – onderwijs, gezondheid, ouderdomvoorziening, werkgelegenheid, maar allengs ook welzijn en geluk – weliswaar door private, al dan niet verzuilde organisaties uitgevoerd kon worden, maar vanwege de financiering van staatswege vooral de politieke verantwoordelijkheid van de staat (rijks- en gemeentelijke overheden) moest zijn. De verzorgende staat diende de onderwijs- en zorginstellingen zo mogelijk volledig te subsidiëren, een financiële facilitering die uiteraard een uitdijende bureaucratie noodzakelijk en de desbetreffende organisaties in het maatschappelijk middenveld onder het motto 'wie betaalt, bepaalt' staatsafhankelijk maakte.

Levensbeschouwelijke achterbannen en de stichtingsbesturen werden onbelangrijker en de groeiende *professionalisering* versterkte de verstatelijking, immers de professionals in de zorg en het onderwijs die zich in beroepsverenigingen organiseerden, richtten zich voor de certificering van hun beroepsuitoefening ('weg met de beunhazen') en de macht van hun budgetten vooral tot de (rijks)overheid, steeds minder tot de besturen van hun eigen organisaties.⁴⁷ Vaak ook traden al dan niet in samenwerking met de professionals, *zaakwaarnemers* op die de belangen van organisaties en groepen in de politieke arena van Den Haag behartigden.⁴⁸

→ 1962. Thoenes schrijft terecht over de 'alomaanwezigheid en bespeurbaarheid in alle sectoren der samenleving' van de verzorgingsstaat. *Ibid.*, p. 124. Hier geeft hij ook een veel geciteerde definitie: 'De Verzorgingsstaat is een maatschappijvorm, die gekenmerkt wordt door een op democratische leest geschoeid systeem van overheidszorg, dat zich – bij handhaving van een kapitalistisch productiesysteem – garant stelt voor het collectieve sociale welzijn van haar (zijn, ACZ) onderdanen.'

46. Ik heb de spectaculaire opkomst van de omvattende verzorgingsstaat en zijn afname na ruwweg 1980 beschreven en geanalyseerd in *The Waning of the Welfare State. The End of Comprehensive State Succor*, New Brunswick, USA; London, UK: Transaction Publishers, 1999.

47. Zie vooral de dissertatie Th.P.W.M. van der Krogt, *Professionalisering en macht. Een conceptueel kader*, Den Haag: Vuga, 1981. Baanbrekend waren op dit gebied Eliot Freidson, *Professional Dominance: The Social Structure of Medical Care*, 1970, New York: Atherton, 1977, en Terence J. Johnson, *Professions and Power*, London: The Macmillan Press, 1972.

48. A.J.F. Köbben, *De zaakwaarnemer*, oratie Erasmus Universiteit Rotterdam, 14 april 1983, Deventer: Van Loghum Slaterus, 1983. Köbben definieert een zaakwaarnemer als 'een persoon, die opkomt voor de belangen – zoals hij die ziet – van een bepaalde groep in de samenleving, zonder zelf tot die groep te behoren en zonder daartoe door die groep – dan wel haar vertegenwoordigers – te zijn gekozen of aangesteld.' *Ibid.*, p. 5.

Deze overgang van een verzuilde samenleving naar een verzorgende staat had weer ingrijpende gevolgen voor het strafrechtelijke en criminologische denken en handelen. J.A. Janse de Jonge formuleerde het bondig als een overgang van het humaniseringsideaal uit de naoorlogse jaren naar een beheersingsideaal, wat een overgang is van een personalisering naar een depersonalisering van het strafrecht.⁴⁹ In deze klimaatsverandering werden delinquenten niet als personen gezien, maar in toenemende mate als individuen en zelfs 'cliënten' van verzorgende professionals als advocaten, welzijnswerkers van de reclassering en diverse, vaak aan de Coornhert Liga (1971) gelieerde zaakwaarnemers. En weer was in deze almaar uitdijende verzorgingsstaat de strafrechtelijke en criminologische focus sterker gericht op de daders dan op de slachtoffers.

Maar het intrigerende van de ontwikkelingen na 1960 was dat parallel aan deze sterk bureaucratische en steeds meer gecentraliseerde verzorgingsstaat een groeiende protestbeweging op gang kwam die in 1968 haar kookpunt bereikte. Het top-down, autoritaire, door manlijke elites bezette regentendom uit het hoogtij van de verzuiling ijde nog lang na 1960 na in de universiteiten, de politieke partijen, de vakbonden, de omroeporganisaties, etc. De representanten van de naoorlogse *babyboom* die alleen al door hun aantallen macht bezaten en al dan niet geïnspireerd door de artistieke rebellen uit de jaren vijftig zich niet langer wilden schikken in de traditionele machts- en gezagsstructuren, kwamen in opstand.⁵⁰ En ook hiervan zien we weer de neerslag in het denken over misdaad en straf, daders en slachtoffers.

Daarbij speelde de zogenaamde 'etiketteringstheorie' uit de Amerikaanse deviantiestudies een belangrijke rol.⁵¹ De gedachte achter deze

49. J.A. Janse de Jonge, a.w., p. 175 en 180.

50. Zie mijn *The Abstract Society. A Cultural Analysis of Our Time*, Garden City, NY: Doubleday & Company, 1970, hoofdstuk 4: 'The Spirit of Protest', p. 94-136. Zie vooral ook James C. Kennedy, *Nieuw Babylon in aanbouw. Nederland in de jaren zestig*, Amsterdam: Boom Meppel, 1995.

51. De 'etiketteringstheorie' ('labelling theory') gaat terug op het zogenaamde 'Thomas-theorema' dat geformuleerd werd door William I. Thomas en luidde: 'If men define situations as real, they are real in their consequences.' Robert K. Merton herformuleerde dit theorema in zijn bekende theorie van de 'zelfvervullende profetie' ('self-fulfilling prophecy'). Zie daarvoor mijn *De theorie van het Symbolisch Interactionisme*, Amsterdam: Boom Meppel, 1973, p. 86-98. Hierop baseerde Howard S. Becker zijn beroemde 'etiketteringstheorie' die baanbrekend werd in de studie van afwijkend gedrag (deviantie) en de criminologie. Zie Howard K. Becker, *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*, New York: The Free Press, 1966. Zie mijn *De theorie van het Symbolisch Interactionisme*, p. 146-152. Theoriciën over *stigmatisering* gaan ook terug op deze symbolisch-interactionistische traditie.

theorie is dat van dominante normen afwijkend en dus ook crimineel gedrag niet alleen veroorzaakt wordt door de daders van dit gedrag, maar dat ook het opplakken van het etiket 'deviantie' of 'misdaad' bijdraagt tot de deviantie en de criminaliteit van het gedrag. Sartre vermeldde bijvoorbeeld dat de jonge Jean Genet door zijn moeder op een kruimeldiefstal werd betrapt en dat zij hem vervolgens uitschold voor dief. Genet zou daarna zijn leven lang werken aan de realisering van dit etiket en uitgroeien tot een virtuoze kleptomaan.⁵² Etikettering kan per cultuur maar ook in de tijd verschillen. Het door politici bevoordelen van stam- en familiegenoten is in vele Afrikaanse en Aziatische culturen een eis, in de Westerse maatschappij heet het 'corruptie'.⁵³ In de tijd is het etiket 'homoseksueel' in ons land veranderd: enkele decennia terug betrof het een moreel verwerpelijk, afwijkend, zoniet ziekelijk gedrag, vandaag de dag is het grotendeels (niet algemeen) geaccepteerd als een 'normaal' fenomeen. Dit kan uiteraard in de toekomst weer veranderen. In de jaren zeventig kwamen er stemmen op die voorstelden pedofilie van haar moralistische, negatieve etiket te bevrijden. Dit is in de jaren negentig echter weer geheel veranderd. Seksueel verkeer van volwassenen met minderjarigen wordt thans weer gedefinieerd als immoreel, deviant en crimineel gedrag.⁵⁴ Crimineel gedrag wordt in deze benaderingswijze gezien als een interactie tussen dader en slachtoffer, waarbij het slachtoffer niet alleen als passieve partij, als lijdend voorwerp, wordt gezien, maar tevens als deelnemer aan de criminele interactie. In een dissertatie over incest uit 1963 werd over enkele empirisch bestudeerde gevallen van vader-dochter incest opgemerkt 'dat vader en dochter tezamen met de andere gezinsleden een interactie-systeem vormen en elkaar wederkerig beïnvloeden.' Vervolgens wordt niet gesproken van het 'incest-slachtoffer', maar van 'de dochter-participant'.⁵⁵ In feite verdwijnt zo het slachtoffer uit het beeld, want het wordt mede-dader. En er zijn inderdaad

52. Jean-Paul Sartre, *De heilige Genet*, vertaling van B.J. Kouwer, Utrecht: Bijleveld, 1962, p. 24 e.v.

53. Zie bijvoorbeeld W.F. Wertheim, 'Sociological Aspects of Corruption in Southeast Asia', in diens bundel *East-West Parallels. Sociological Approaches to Modern Asia*, Chicago: Quadrangle Books, 1965), p. 103-131.

54. Zie voor een bespreking van criminaliteit in termen van de etiketteringstheorie G.P. Hoefnagels, *a.w.*, vooral p. 89-107.

55. S. van der Kwast, *Incest. Een oriënterend onderzoek*, Meppel: Boom en Zoon, 1963, p. 131-135. De auteur heeft het ook over de 'eigen incestueuze verlangens' van in het gezin door de vader verkrachte meisjes. Het begrip 'verkrachting' gebruikt hij niet omdat slechts in enkele van de door hem onderzochte gevallen sprake was geweest van een echte coïtus. 'Aanranding' zou waarschijnlijk ook voor hem geen aanvaardbaar etiket zijn geweest, omdat dit te veel zou uitgaan →

veelvuldig situaties, waarin een slachtoffer een delict uitlokt: de huis-tiran die na vele vernederingen en mishandelingen door zijn vrouw, of een van de kinderen wordt omgebracht, de onderwereldfiguur die zijn buurt tyranniseert en door een 'collega' uit de weg wordt geruimd. 'In een niet gering aantal gevallen,' concludeert J. Gooyen, 'vertoont het slachtoffer de karakteristieke eigenschappen van een delinquent.'⁵⁶ Uiteraard verdwijnt het slachtoffer geheel uit het beeld, indien deze theorie van de *victim precipitation* geradicaliseerd wordt. Radicalisering werd na de woelingen van 1968 wel een wijd verbrijd fenomeen.

In deze traditie neemt de criminoloog W.H. Nagel een aparte plaats in, niet in het minst omdat hij, hoewel een representant van de radicalisering van na 1968, in een interactieperspectief het victimologisch gezichtspunt centraal stelt. Nog sterker, hij vindt dat het object van de criminologie steeds tweeledig dient te zijn: dader en slachtoffer en is daarom geen voorstander van de victimologie als een aparte subdiscipline van de criminologie.⁵⁷ Zonder daarbij uit te gaan van de these van de *victim precipitation* stelt hij: 'Het staat wel vast dat het niet zo eenvoudig is om in het misdadige gebeuren het slachtoffer waterdicht van de dader af te zonderen.'⁵⁸ De centrale categorie in Nagels definitie van misdaad is *overpowering*, wat volgens hem het tegendeel van emancipatie is. Emancipatie is de bevrijding van individuen en staten uit hun onderworpenheid aan machthebbers. Dat kan in het 'klein' gebeuren, wanneer een vrouw verkracht wordt door een man, het kan in het 'groot' gebeuren, wanneer een natie door een koloniale macht onderworpen, of een volk door een overheersende natie uitgemoord wordt. Het zijn allemaal voorbeelden van *overpowering* en Nagel ziet het als een soort oerzonde waaraan alle mensen en naties in principe deel hebben. (In diverse essays geeft hij deze oerzonde een naam: fascisme.) In deze visie die dus misdaad en misdadigheid veel ruimer opvat dan in de criminologie en het strafrecht gebruikelijk is, neemt

→ van wat hij noemde 'het ongedifferentieerde dader-slachtoffer schema', *Ibid.* p. 131. Mede door de vrouwenbeweging is dit interactionistische denken over incest binnen het gezin radicaal verlaten. Hetzelfde geldt voor de criminologische en strafrechtelijke benadering van de pedofilie.

56. J. Gooyen, 'Slachtoffers van agressieve delicten', in de eerder geciteerde bundel: *Slachtoffers en delicten*, p. 91. Zie vooral de paragraaf 'Het slachtoffer dat uitlokt', p. 91 e.v. Dit is een variant van de eerder besproken theorie van de 'victim precipitation', ontwikkeld door M. Wolfgang, 'Victim-precipitated criminal homicide', in *Journal of Criminal Law, Criminology & Political Science*, 1957 (48:1), p. 1-11.

57. W.H. Nagel, 'Materiële en immateriële hulpverlening aan slachtoffers', in de bundel: *Slachtoffers en delicten*, p. 152-160. Zijn verzet tegen een aparte victimologie op p. 156.

58. *Ibid.*, p. 158.

het slachtoffer een centrale plaats in: *overpowering* is voor hem synoniem met *victimisation* – met het vernederen en onderwerpen van individuen, volkeren en staten: 'We have seen by the examples of Gypsies, Jews and Palestinians that not only can one be victimised by an individual, but that groups can be victimised by groups as well: nations victimise minorities in their populations and nations victimise occupied parts of conquered nations. The world teaches us that within nations races victimise other races, tribes victimise other tribes. And coming back to less spectacular, seemingly peaceful relations in the world: state victimise subjects, as corporate bodies do individuals.'⁵⁹ Het probleem van Nagels 'humane criminologie', die een voorafschaduwing lijkt van de filosofie van Rorty en de victimologie van Boutellier, is natuurlijk haar inherente generalisatie: als misdaad en slachtofferschap opgaan in *overpowering* als een soort van typisch menselijke oerzonde ('fascisme'), verdampen beide en worden strafrechtelijk bijzonder moeilijk 'grijpbaar'. Hetzelfde probleem kleeft, zoals we eerder zagen, de criminologie van de Utrechtse School aan, waarmee Nagel zich terecht zeer verwant voelde.

Slachtofferhulp na 1970

De zojuist gesignaleerde, paradoxale ontwikkeling van een zich uitdijende, op beheersing gerichte verzorgingsstaat enerzijds en tal van op emancipatie gerichte protestbewegingen in de maatschappij anderzijds had consequenties voor de slachtoffers van delicten. Ze werden als het ware 'ontdekt' als een belangrijke partij in de justitiële en politieke bestrijding van criminaliteit, maar ook steeds meer gezien als burgers die recht hebben op formele hulp vanuit de verzorgende staat en informele hulp vanuit het (gesubsidieerde) privé initiatief. *Slachtofferhulp* werd zowel beleidsmatig als maatschappelijk een belangrijk onderwerp.⁶⁰ Binnen de maatschappij-kriti-

59. Geciteerd door A.A.G. Peters, 'W.H. Nagel: de criminoloog en het strafrecht', in zijn bundel *Recht als kritische discussie. Een selectie uit het werk van A.A.G. Peters*, Arnhem: Gouda Quint, 1993, p. 161-172. Citaat op p. 170. Ik baseer mijn weergave van het criminologische en victimologische denken van Nagel op dit essay, waarin Peters de dood van Nagel in 1983 heeft herdacht. Zie ook W.H. Nagel, 'Structural victimization', in: *International journal of Criminology & Penology*, 1974 (2), p. 99-132.

60. Zie voor een overzicht R.P. Mulder, *Wie helpt het slachtoffer? Publieke en particuliere voorzieningen voor slachtoffers van misdrijven*, Rijswijk: Sociaal en Cultureel Planbureau, 1989. Zie ook E. Gerritsma, 'Slachtofferhulp: State of the Art', in: *Justitiële verkenningen*, 9 (1989), p. 28-46 en J.J.M. van Dijk, 'De positie →

sche bewegingen was vooral de vrouwenbeweging effectief in het op de politieke en beleidsmatige agenda plaatsen van het slachtoffer⁶¹, terwijl ook de uitbouw van de verzorgingsstaat bijdroeg tot het verbeteren van de positie van het slachtoffer van delicten. Zo kwam het Schadefonds Geweldsmisdrijven in 1975 tot stand, dat volgens Mulder het begin vormde van het slachtofferbeleid daarna.⁶² Doorgaans wordt echter aangenomen dat vooral het congres *Slachtoffers van delicten*, op 26 en 27 maart 1971 in Nijmegen gehouden de aanzet was tot een grotere juridische en sociaal-wetenschappelijke belangstelling voor het slachtoffer en het slachtofferbeleid.⁶³

Sociale zekerheid is uiteraard de kern van de verzorgingsstaat en komt voort uit de gedachte dat mensen in een geciviliseerde samenleving recht hebben op adequate gezondheidszorg, goed onderwijs, behoorlijke ouderdagvoorziening, goede behuizing en arbeidsparticipatie. In het slachtofferbeleid werd al snel duidelijk dat slachtoffers van delicten schade lijden die hen afhankelijk maken van verzorgingsstaatsarrangementen als de Ziektewet, de Wet op de arbeidsongeschiktheid, de Algemene wet bijzondere ziektekosten, de Algemene bijstandswet en de Algemene weduwen- en wezenwet. Uiteraard speelt in dit verband ook de gesubsidieerde rechtshulp met de toegevoegde advocatuur voor specifieke groepen (vooral vrouwen en minderheden) een belangrijke rol.

Subsidies zijn, zoals we al zagen, een belangrijk instrument voor de verzorgingsstaat om processen in de maatschappij te stimuleren en te faciliteren. Zo ontstonden er in de jaren zeventig van de vorige eeuw diverse gesubsidieerde projecten voor slachtofferhulp. Een belangrijk coördinerend orgaan is het Landelijk overleg slachtofferhulp (LOS) dat lokale Bureaus voor slachtofferhulp adviseert en publieksvoorlichting verricht. Mulder vermeldt dat het daarbij eind jaren tachtig voor

→ van het slachtoffer in het strafproces: achtergronden en perspectieven', in: *Justitiële verkenningen*, 6 (1982), p. 10-20. Mulder wijst er terecht op dat de ontdekking van het slachtoffer na 1970 een brede, internationale mentaliteitsverandering inhield. In de jaren tachtig van de vorige eeuw werden in het kader van de Europese Unie en de Verenigde Naties verschillende verdragen gesloten en resoluties aangenomen die de schadeloosstelling van slachtoffers regelden. Mulder, *a.w.*, p. 19 e.v. Ik laat deze internationale dimensie buiten bespreking.

61. Zie onder meer E. Leuw, A. van Vliet, 'De vrouw als slachtoffer', in F. Bruinsma, *Vrouw en criminaliteit*, Themanummer *Tijdschrift voor criminologie*, Meppel: Boom, 1987.

62. Zie Mulder, *a.w.*, p. 59 e.v. en D. Jalink, 'Het Schadefonds geweldsmisdrijven', in: *Ars Aequi*, 38 (1989), p. 110-119.

63. Zie noot 15.

50% om vermogensdelicten en voor 40% om geweldsdelicten gaat. Vrouwen zijn daarin oververtegenwoordigd.⁶⁴

Tegenover de centrale financiering en besturing door de overheid en dus door de belastingbetaler, plaatst Mulder de financiering en besturing vanuit de schadeverzekeringsbranch en dus vanuit de markt. Hij accentueert enkele opvallende cultuurverschillen. De verzekeraar zal steeds vraag en aanbod op elkaar afstemmen, zijn cliënten zullen prijs en produkt tegen elkaar afwegen en de verzekeraar zal met scherpe kosten-batenanalyses werken. De overheid daarentegen gaat uit van een aanbod dat afhankelijk is van politieke besluitvorming, zal van daaruit sterk controleren en niet uitgaan van rendementsdenken. Daardoor zijn de gevolgen voor beide sectoren diametraal verschillend. In de wereld van de verzekeringen zal er een brede variëteit in moeilijk vergelijkbare aanbieders en produkten zijn, zal er een sterke cliëntgerichtheid heersen, zullen te grote risico's vermeden worden, wordt er uitgegaan van het eigen belang boven het algemene belang, heeft de verzekerde een zwakke rechtspositie, is de benadering zakelijk, niet op emoties gericht en zal men zo pragmatisch mogelijk optreden en geneigd zijn tot schikkingen in plaats van juridische procedures. De overheid daarentegen werkt veelmeer monopolistisch en biedt weinig keuzes voor de burger, is weinig cliëntgericht, concentreert zich met oog op het algemeen belang op grote risicogroepen en sluit groepen niet uit, reguleert en formaliseert sterk, is dus weinig pragmatisch en resultaatgericht en onderhoudt nauwe banden met andere overheidsdiensten.⁶⁵

Vervolgens trekt Mulder een belangrijke conclusie: de verzekeraar mag dan cliënt- en dus slachtoffergericht zijn, hij speelt toch op grond van zijn eigenbelang een eigen rol in het strafrechtelijk proces en zal zich ten opzichte van zijn cliënten vaak even formeel opstellen als politie en justitie dat doen: 'Wie schade heeft geleden en daarvoor genoegdoening wil, kan zich zowel tot de politie wenden als tot de verzekering. Beide doen daarvoor in zekere zin een beroep op collectieve middelen. De justitie wordt betaald uit de algemene overheidsinkomsten, terwijl de verzekeraars hun kosten dekken via de inning van de premies. En beide ontleen ze in zekere zin aan de criminaliteit hun bestaanrecht.'⁶⁶

Maar Mulder gaat nog een stap verder: verzekeraars zullen zichzelf eveneens als slachtoffers – 'institutionele slachtoffers' – zien, namelijk als vertegenwoordigers van de gezamenlijke slachtoffers in het

64. Mulder, *a.w.*, p. 63.

65. Mulder, *ibid.*, p. 47 e.v.

66. Mulder, *ibid.*, p. 48.

land. Mulder noemt het 'een plaatsvervangend slachtofferschap'.⁶⁷ Ze worden dan wel niet door de wet als zodanig erkend en missen daarmee de privileges die echte slachtoffers in het strafproces hebben: 'Zij zijn niet betrokken bij de schadebemiddeling door de politie. Zij mogen niet in hun functie van afgeleid slachtoffer bij de justitie en bij het gerechtshof aandringen op vervolging. Zij mogen zich niet, zoals gewone slachtoffers, voegen in het strafproces. De door hen geleden schade wordt door de overheid niet als criminaliteitsschade erkend.'⁶⁸ Maar Mulder zegt terecht dat ze uiteindelijk de uitgekeerde schade wel weer in de verzekeringspremies doorberekenen, 'met het gevolg dat bijvoorbeeld bij elke diefstal van verzekerde goederen indirect alle verzekerden voor een klein deel slachtoffer worden.'⁶⁹

Echter, in een *claim culture* zoals die in Amerika en in toenemende mate in ons land bestaat, kunnen die verzekeringspremies niet voor een klein deel maar voor een zeer groot deel oplopen. Denk bijvoorbeeld aan de premies in de medische beroepen, of de premies voor reisverzekeringen. We zien hier dus niet alleen dat het slachtofferschap enorm wordt uitgebreid – tot aan het institutionele en plaatsvervangende slachtofferschap van verzekeringsinstellingen toe – maar ook door berekenende individuen wordt uitgespeeld en misbruikt.

In al deze ontwikkelingen zien we weer hoe het slachtofferbegrip wordt uitgerekt tot het politiek-beleidsmatig en wetenschappelijk onhanteerbare toe. Dit is dus niet de victimisatie van de moraal en het strafrecht of de criminologie in een postmoderne cultuur, zoals Bou-tellier meent, doch veeleer het gevolg van de genoemde paradoxale, maatschappelijke en culturele ontwikkeling van een op beheersing, formalisering, bureaucratisering gerichte verzorgingsstaat enerzijds en enkele op emancipatie en sociale rechten van burgers georiënteerde protestbewegingen anderzijds.

Tussen 1980 en 2000 werd evenwel duidelijk dat de omvattende, top-down gestructureerde verzorgingsstaat alleen al vanwege zijn kosten en bestuurlijke onbeheersbaarheid (verkokering en overmatige, dus inefficiënte en ineffectieve bureaucratisering van beleid) teruggedrongen moest worden. Ik stip enkele processen alleen steekwoordsgewijs aan: opkomst van de Europese Unie en overhevelen van soevereiniteit naar 'Brussel', opkomst van steden en stedelijke regio's in heel Europa ('l'Europe des régions, pas des nations'), decentralisering, deregulering, verzelfstandiging, privatisering, versterking van de markt en het

67. *Idem.*

68. Mulder, *ibid.*, p. 49.

69. Mulder, *ibid.*, p. 48 e.v.

marktdenken, versterking van het maatschappelijk middenveld dat nu wordt aangeduid met *civil society*. De bestuurscultuur die hierbij past is er een van pragmatisme, zakelijkheid en resultaatgerichtheid. Centraal is daarbij steeds meer komen te staan de veiligheid en veiligheidsgevoelens van burgers. Die nieuwe zakelijkheid uit zich in het strafrecht en de criminologie in een zekere verharding ten aanzien van criminele daden en delinquenten, terwijl ook de benadering van slachtoffers en slachtofferhulp verzakelijkt en wegdrijft van de als 'soft' ervaren aanpak uit het hoogtij van de verzorgingsstaat. Deze verzakelijking is een voordeel, indien zij zou leiden tot een duidelijke differentiatie tussen delinquenten en hun slachtoffers en indien slachtoffers en slachtofferschap minder ruim en algemeen, strikter in criminologische termen gedefinieerd zouden gaan worden.

Maar dit zijn zeer recente ontwikkelingen die nog empirisch onderzoek en daarmee verbonden een heldere theoretische doordenking ontberen.

Enkele normatieve conclusies

Ten eerste, voor de kwaliteit van de rechtsstaat en van de slachtofferhulp is het van belang dat de omschrijving van slachtofferschap en slachtoffer duidelijk en beperkt blijft, nauw gelieerd aan de criminologie, het strafrecht en de antropologie. Een slachtoffer is een mens die ten prooi is gevallen aan een delict.

Ten tweede, in vele delicten gaat het om een interactie tussen dader en slachtoffer, maar het leerstuk van de *victim precipitation* moet met grote zorgvuldigheid worden gehanteerd. Het gaat in verreweg de meeste gevallen niet aan slachtoffers van incest of pedofiele verkrachting als 'participanten' van die daden aan te duiden. Ook de in de jaren zeventig van de vorige eeuw populaire *labelling theory* met betrekking tot criminele daden en daders moet met grote terughoudendheid aangewend worden. Het leidt te gemakkelijk tot een vergoelijking van de criminele daad en de dader en tot een veronachtzaming van het leed en de schade van het slachtoffer van deze daad en dader.

Ten derde, het strafrecht en civiel recht moeten voor wat het slachtoffer betreft onderscheiden blijven, wat wil zeggen, dat slachtoffers slechts als getuigen in strafprocessen optreden, dat hun compensatie voor geleden immateriële en materiële schade civielrechtelijk wordt afgehandeld, terwijl de belangrijke (misschien wel belangrijkste) emotionele componenten van hun slachtofferschap buiten het rechtssysteem door het private initiatief van daartoe uitgeruste instellingen en informele

netwerken (gezin, familie, vriendenkring, geloofsgenootschap) tot hun recht moeten komen. Worden die binnen het strafproces gebracht, dan irrationaliseert de waarheidsvinding met betrekking tot de daad en de dader en krijgt de rechter een hulpverlenende rol opgedrongen, waarvoor hij niet is opgeleid en waarvoor de positie van rechter ook niet geëigend is. Bovendien, zoals ik eerder argumenteerde, was de emancipatie van het strafrecht ten opzichte van het religieuze en het civiele recht een vooruitgang in termen van civilisatie. Het terugdraaien ervan is dan ook per definitie een regressie. Het zal daarbij duidelijk zijn dat daar slachtoffers in het geheel niet mee gediend zijn.

Ten vierde, de instellingen voor slachtofferhulp ontkomen niet aan bureaucratisering en professionalisering en zullen door de benodigde subsidies afhankelijk worden van de overheid. Ze zullen er echter voor moeten waken dat deze noodzakelijke processen niet leiden tot een overmatige formalisering en rationalisering van de hulpverlening die juist in het geval van slachtoffers van delicten oog moet houden voor het belang van een meer informele en irrationele (emotionele) solidariteit. Gebeurt dat niet, dan verdwijnen slachtofferschap en slachtoffers weer naar de periferie van de maatschappelijke en de politiek-beleidsmatige aandacht.

Ten vijfde, misbruik van al dan niet gefingeerd slachtofferschap moet politieel en justitieel krachtig bestreden worden. Dit is temeer noodzakelijk in een *claim culture* en een 'gevictimaliseerde moraal' (Boutellier), want die vormen voor diverse fraudeurs een interessante werkelijkheid, waarin zij met succes de rol van slachtoffer kunnen spelen om vervolgens schadevergoedingen op te eisen.

Ten zesde, zoals ik in het kritische intermezzo hierboven opmerkte, vervalt een samenleving, waarin het slachtoffer en het lijden centraal in de aandacht staan – niet in het minst voor de camera's van de televisie die bij voorkeur secondenlang 'inzoomen' op huilende mensen – al snel tot een altoos jeremiërende cultuur van algemene emotionele zieligheid. Nietzsche zou dit slavenmoraal noemen. Het gevolg is evenwel een penetrante inflatie van het slachtofferschap. Tallozen zullen zich opwerpen als slachtoffers van de falende overheid, de verloederde stad, het bedorven milieu, de overmatige werkdruk, de abstracte systeemdwang, enz. Als dan organisaties, zoals verzekeringsmaatschappijen, of onder inbraak en diefstal lijdende bedrijven daar ook nog aan meedoen, is de weg vrij naar een samenleving van Algemeen Slachtofferschap. Voor de echte slachtoffers van delicten is een dergelijke inflatie uiteraard zeer nadelig, omdat het nagenoeg onmogelijk wordt een op hen toegesneden effectieve en efficiënte slachtofferhulp te realiseren. Als iedereen uiteindelijk slachtoffer is, is niemand het

meer. Bovendien zullen de bureaucraten en professionals van de slachtofferhulp in deze inflatie maar al te gemakkelijk een uitbreiding van hun 'marktaandeel' in de wereld van zorg en welzijn zien en de toename van het aantal van hun 'cliënten' toejuichen. Wederom verdwijnt dan het echte slachtoffer van een delict naar de periferie.

De eindconclusie is dan ook paradoxaal: wanneer de maatschappij en daarbinnen het strafrecht en de criminologie de aandacht overmatig richt op de delinquente dader en diens criminaliteit (zoals in de Utrechtse School) schiet de aandacht voor het slachtoffer te kort, maar wanneer een maatschappij en dus het strafrecht en de criminologie de aandacht overmatig richt op het slachtoffer en er een cultuur van Algemeen Slachtofferschap ontstaat (zoals in de 'gevictimaliseerde moraal' van Rorty en in navolging van hem Boutellier), gebeurt hetzelfde: het echte slachtoffer van een delict krijgt dan niet de juridische, beleidsmatige en vooral maatschappelijke aandacht die het verdient.

Ik weet niet of het slachtoffer vandaag de dag wel zo opstandig is. Zijn het de echte slachtoffers die in opstand komen, of zijn het de inflatoire 'slachtoffers' van een gevictimaliseerde slavenmoraal? Het probleem is natuurlijk dat het echte slachtoffer van een delict, zoals Boutellier terecht opmerkte, niet in staat is een sociale of politieke beweging te starten, die voor hem en zijn mede-slachtoffers in het krijt treedt: 'Stilzwijgen of schreeuwen, veel andere mogelijkheden heeft het slachtoffer niet.'⁷⁰ In tegenstelling daarmee kunnen de inflatoire 'slachtoffers', gesteund door de media, veel stemming maken en in de publieiteit komen. Het is echter de vraag of het strafrecht, de criminologie en bovenal de wetgevende macht zich daar iets van moeten aantrekken.

70. Zie noot 12.

Genoegdoening aan slachtoffers in het strafrecht

Prof. mr. C.P.M. Cleiren

Inhoud

<i>Inleiding</i>	35
<i>Deel I Een oriëntatie op de term en de notie 'genoegdoening'</i>	38
I.1 Algemeen	38
I.2 Oriënterende overwegingen	43
<i>Deel II De notie 'genoegdoening' in een juridische context</i>	45
II.1 Inleiding	45
II.2 Genoegdoening in rechtshistorisch perspectief	46
II.3 Genoegdoening in ons huidige civiele recht	49
II.4 Kenmerken en karakteristieken van genoegdoening in een juridisch georiënteerde context	51
a. Constitutieve omstandigheden en voorwaarden voor genoegdoening	52
b. Functie en doel van genoegdoening	53
c. De grond voor genoegdoening	53
d. De middelen	54
<i>Deel III Genoegdoening in een strafrechtelijke context</i>	55
III.1 Inleiding	55
III.2 Constitutieve voorwaarden en omstandigheden voor genoegdoening in ons strafrechtelijk stelsel	56
III.2.1 Strafrecht is publiekrecht	56
	33

Genoegdoening aan slachtoffers in het strafrecht

III.2.2	Wederkerigheid in de (rechts)betrekking?	57
	Inleiding	57
	Het wederkerigheidsbeginsel	57
	Wederkerigheidsrelaties	58
	Het begrip wederkerigheid	59
	Mutualiteit	59
	Reciprociteit	60
	Wederkerigheid in het recht	61
	De rol van de staat bij wederkerigheidsrelaties	62
	Wederkerigheid in het strafrechtelijk stelsel	63
	Wederkerigheid in de genoegdoeningsrelatie	66
	Genoegdoeningsrelaties in het recht	67
	Genoegdoening aan slachtoffer en nabestaanden langs strafrechtelijke weg	67
	Genoegdoening aan de samenleving langs strafrechtelijke weg	69
	Realisering van genoegdoeningsrelaties binnen de juridische orde van ons strafrechtelijk stelsel	70
III.2.3	Conclusie	71
III.3	Doel en functie van genoegdoening geplaatst in ons strafrechtelijk stelsel	72
III.3.1	Doel en functie van het strafrecht	72
III.3.2	Genoegdoening en doel van straffen	74
III.4	De gronden voor genoegdoening geplaatst in ons strafrechtelijk stelsel	76
III.5	De middelen van genoegdoening geplaatst in ons strafrechtelijk stelsel	79
III.6	Een veranderende strafrechtelijke context	81
III.6.1	Inleiding	81
III.6.2	Het publiekrechtelijk karakter onder druk	82
III.6.3	Herwaardering van de horizontale dimensies van strafrechtelijke functies	84
III.6.4	Herwaardering van de 'relatie' tussen slachtoffer en dader	85
III.6.5	Een nieuw paradigma?	86
III.6.6	De beweging rondom 'restorative justice'	88
	<i>Deel IV Meer mogelijkheden voor genoegdoening?</i>	91

Inleiding

Genoegdoening aan slachtoffers, zo luidde beknopt gezegd het onderwerp dat de preadviseurs van uw vereniging voor deze dag als opdracht meekregen. Genoegdoening niet slechts als een primitief gevoel, maar als een diep gevoelde rechtseis, als één van de kerntaken van het recht: recht doen.

Het lijkt zo vanzelfsprekend.

Toch speelt de term genoegdoening in de strafrechtliteratuur en strafrechtspiegeling van de afgelopen eeuw nauwelijks een rol. Genoegdoening is geen wettelijke term, geen strafrechtelijke 'categorie' en vormt geen strafrechtelijk leerstuk. En zelfs binnen het huidige tijdsgewricht en de daarin zichtbare en hoorbare onvrede met de aanpak en bestrijding van criminaliteit en de strafrechtelijke handhaving in de meest brede zin van het woord wordt de term genoegdoening zelden gehanteerd. En dat verbaast. Immers, de klachten over, bezwaren, verzet en zelfs agressie tegen de overheid, de politiek, het OM en de rechter als het gaat om die onvrede kunnen zonder veel inspanningen worden 'vertaald' en geduid in termen van een roep om genoegdoening: genoegdoening voor hetgeen de burger, anderen of zelfs de gehele gemeenschap is of wordt aangedaan. Datzelfde geldt wellicht ook voor de fundamenteën, de achtergronden en de strekking van de – zowel wetenschappelijke als niet wetenschappelijke – discussies over de positie van het slachtoffer in het strafproces.

Wordt genoegdoening aan slachtoffers in het strafrecht als zo 'natuurlijk' beschouwd dat de notie wordt vóórondersteld en blijkbaar geen vermelding en interpretatie behoeft?

Ligt het niet juist in de rede dat in het strafrecht wél expliciet een plaats zou zijn ingeruimd voor de notie van genoegdoening? De term genoegdoening roept immers bij zo goed als iedereen associaties op met een aangedaan onrecht of geschokt rechtsgevoel. En in aansluiting daarop ligt de associatie met slachtoffers van delicten voor de hand.

Uitgaande van de vaststelling dat de term genoegdoening in het strafrecht nauwelijks een rol speelt, rijst de vraag of er gebruik wordt gemaakt van alternatieven of synoniemen voor die term om dezelfde betekenis of zo een rechtseis aan te duiden. Zijn er andere disciplines van het recht waarbinnen genoegdoening wel als wettelijke term of juridische categorie functioneert? Speelt genoegdoening als (rechts)eis, begrip of concept in het strafrecht een rol onder een andere noemer? Hoe verhoudt de notie van genoegdoening zich tot begrippen uit het strafrechtelijk discours, zoals vergelding, herstel, schadevergoeding, boete

en verzoening? Zijn er argumenten om in het strafrecht (meer) betekenis toe te kennen aan de notie van genoegdoening? Deze – en nog vele andere vragen – dringen zich bijna als vanzelf op.

Het ligt dan ook in de rede om dit preadvies aan te vangen met een eerste oriëntatie op de term en het begrip genoegdoening en de mogelijke betekenissen daarvan. Die eerste oriëntatie is noodzakelijk om de reikwijdte van het thema van dit preadvies te kunnen bepalen en beperken. Als we het thema van dit preadvies namelijk zouden opvatten als identiek aan de algemene notie of (rechts)eis van 'recht doen aan slachtoffers', zou deze studie tamelijk teleurstellend kunnen worden. Deze gedachte verdient enige toelichting.

De laatste drie decennia heeft het slachtoffer in ons strafrecht een ware 'herwaardering' ondergaan. Deze ontwikkelingen en veranderingen hebben zich niet alleen afgespeeld in het wetenschappelijk discours, maar ook in het strafrechtelijk beleid, de wet- en regelgeving en de strafrechtspleging. Een en ander is gepaard gegaan met een golf van studies, experimenten, publicaties, uitspraken en aanbevelingen.¹ Het is allereerst ondoenlijk om alle aspecten van 'recht doen aan slachtoffers' serieus te behandelen zonder daarbij wezenlijk tekort te doen aan de belangrijkste studies, uitspraken en opvattingen die daarop reeds betrekking hebben. Maar nog lastiger zou het zijn om het niveau van beschrijven van een en ander te overstijgen met nieuwe concepten en de ontwikkeling van een nieuwe of andere visie. De teleurstellingen liggen op de loer. Er is immers al zo veel gezegd.

Een en ander leidt tot de keuze om allereerst te bezien of aan de notie van genoegdoening een specifieke betekenis toekomt. De term of notie zal 'inhoud' moeten krijgen. Zonder zo een invulling zal iedere uit-

1. Omdat er sprake is van een ware golf van studies, experimenten, publicaties, uitspraken en aanbevelingen is het niet raadzaam hier een overzicht te geven. Daarom verwijs ik hier naar enkele teksten en literatuur die de lezer goede aanknopingspunten bieden voor verdere studie. M.S. Groenhuijsen, *Schadevergoeding voor slachtoffers van delicten in het strafgeding*, diss. RUL 1985, Nijmegen 1985; De Wet Terwee, *Stb.* 993, 29 en de daarbij behorende kamerstukken, nr. 21 345; A.L.J. van Strien, 'De positie van het slachtoffer in het strafproces', in M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, *Het onderzoek ter terechtzitting*. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Groningen 1999, p. 249-250; M.S. Groenhuijsen, N.J.M. Kwakman, 'Het slachtoffer in het vooronderzoek', in M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen*, Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Groningen 2002; M.E.I. Bienen, E.H. Hoegen, *Victims of Crime in 22 European Criminal Justice Systems*, diss. KUB 2000, WLP 2000; *T&C Strafrecht*, 4e druk 2002, Hofstee, art. 36f, aant. 17, literatuurlijst.

werking immers onvermijdelijk blijven steken in terminologische en begripsmatige onhelderheid. Hoewel de opdracht van dit preadvies en de zojuist daaruit afgeleide vragen een juridisch karakter hebben, zullen we ons bij gebrek aan heel concrete juridische aanknopingspunten mede moeten oriënteren op de betekenis van genoegdoening in andere contexten en in andere wetenschappelijke disciplines. De diversiteit en de rijkdom van deze bronnen kunnen binnen het kader van dit juridisch georiënteerde preadvies natuurlijk niet volledig tot hun recht komen. De verwijzingen in de noten bij de tekst zullen deze beperking aanvaardbaar moeten maken.

In deel I staat de betekenis van de notie 'genoegdoening' centraal. Allereerst vindt een eerste oriëntatie plaats op de term en de notie van genoegdoening met behulp van synoniemen en verwante begrippen. Een wijze van werken die ten dele associatief, descriptief, deductief en hypothetisch is. Op basis daarvan worden kenmerken gedestilleerd die als wezenlijk met de notie genoegdoening verbonden lijken. De te onderzoeken vragen worden in aansluiting daarop geformuleerd.

Vervolgens wordt in deel II gezien binnen welke juridische kaders genoegdoening – met inachtneming van die kenmerken – tot zijn recht kan komen. Daarmee krijgt genoegdoening een inkleuring die is georiënteerd op een juridische context. De aldus benoemde kenmerken en karakteristieken van genoegdoening zijn dus niet volledig terug te voeren op analyse van juridische, rechtssociologische, rechtsfilosofische of rechtstheoretische kaders en kunnen geen aanspraak maken op daarmee verbonden eisen van geldigheid of toetsbaarheid. Het zij zo. Zij worden ondergebracht in 4 hoofdgroepen om hun betekenis binnen een strafrechtelijk georiënteerde context zo scherp mogelijk zichtbaar te kunnen maken.

In aansluiting op het voorafgaande worden in deel III de kenmerken en karakteristieken van de notie genoegdoening nader omlind en ingevuld in een strafrechtelijke context. De beperkingen voor genoegdoening in het strafrecht worden zichtbaar gemaakt. Ook wel in ons strafrecht gerealiseerde elementen van genoegdoening worden in kaart gebracht.

In het laatste deel wordt gezien of en op welke wijze – ondanks alle beperkingen van ons strafrechtelijk stelsel – genoegdoening aan slachtoffers kan en moet worden versterkt.

Het onderzoek naar genoegdoening deed denken aan een ontdekkingsreis. Het preadvies zoals dat voor u ligt probeert recht te doen aan de vele vondsten en ontmoetingen en heeft als gevolg daarvan soms kenmerken van een reisjournaal.

Deel I Een oriëntatie op de term en de notie 'genoegdoening'

1.1 Algemeen

Genoegdoening is een term die in het dagelijks spraakgebruik een rol speelt, maar daarnaast bijvoorbeeld ook in de theologie, de rechtsfilosofie, de ethiek, de sociologie en de antropologie. Genoegdoening is daarentegen geen wettelijke term en ook geen zelfstandig juridisch leerstuk. Wel zijn er bronnen met een juridische karakter die indicaties geven over de eventuele betekenis(sen) van genoegdoening. Die vinden we in de historische literatuur van zowel strafrecht als civiel recht, het huidige civiele recht, alsmede in literatuur rondom herstelrecht (restorative justice), verzoening en mediation. Deze bronnen zullen dus moeten worden benut om het begrip genoegdoening 'inhoud' te geven.

Bij een eerste oriëntatie op de term genoegdoening blijkt dat die term zelf geen eenvoudige ingang biedt voor de opheldering van de betekenis. Genoegdoening lijkt te duiden op een handeling die zijn waarde en betekenis volledig moet ontleen aan de context waarbinnen die handeling plaatsvindt. Dit kan worden geïllustreerd met behulp van de eerste associaties die opkomen bij het noemen van de term genoegdoening: goedmaken of tegemoetkomen.

Deze sterke afhankelijkheid van de context van de handeling vormt wellicht een verklaring voor het feit dat genoegdoening zelden een zelfstandig onderwerp van bespreking of onderzoek is, maar veelal in relatie tot andere begrippen, zoals wraak en vergelding, aan de orde komt.

Zoekend naar betekenissen van de term genoegdoening in de Nederlandse taal treft men diverse termen: *tegemoetkoming*, *voldoening*, *eerherstel*, *revanche*, *recht doen*, *wraak*, *schadeloosstelling*, *compensatie*, *satisfactie*, *vredégeld* en *zoenoffer*.² Deze termen geven indicaties voor een interpretatie van genoegdoening in de richting van materiële of immateriële schadevergoeding, maar ook voor enige vorm van tegemoetkoming bij een gekrenkt rechtsgevoel door bijvoorbeeld erkenning of verzoening. Enkele van de genoemde termen hebben verwantschap met begrippen uit het civiele recht. Andere termen sluiten nauw aan bij begrippen uit het strafrechtelijk discours, zoals wraak, vergelding en verzoening. Juist omdat de term genoegdoening weinig eigenstandig richting lijkt te geven, kunnen deze daarmee wel verbon-

2. Diverse woordenboeken, alsmede de synoniemenlijst van Microsoft Word 2000.

den begrippen vanuit strafrechtelijk perspectief wellicht een eerste aanknopingspunt bieden.

Over wraak, vergelding, verzoening en vergeving is in de loop der geschiedenis ontzettend veel geschreven. Zo wordt in de Romeinse en Griekse oudheid uitvoerig gedacht, geschreven en gediscussieerd over deze thema's. Plato, Aristoteles en de Griekse tragediën vormen rijke bronnen om de grondslag, de reikwijdte, voorwaarden, grenzen en implicaties van deze begrippen nader te bestuderen.³ Daarnaast brengt een zeer vluchtige blik ons onder meer bij Thomas van Aquino, Hegel, Nietzsche, Paul Ricoeur, Merleau-Ponty, Emanuel Levinas, René Girard en Jacques Derrida.⁴ En ook door geschiedenis van de literatuur lopen deze thema's als een onmiskenbare draad. Een paar voorbeelden: Dostoevski, Theodor Fontane, Joseph Conrad, Schlink en vele anderen.⁵ Recent is er bovendien vrij veel over verzoening en vergeving gepubliceerd, mede naar aanleiding van de werkzaamheden van diverse waarheids- en verzoeningscommissies.⁶

Vergelding, wraak, verzoening en vergeving behoren duidelijk tot de essentiële noties van onze culturele en religieuze geschiedenis. De theologie heeft daarbij als invloedrijk gedachtegoed een cruciale rol gespeeld. Hoewel ook voor de theologie geldt dat genoegdoening daarbinnen veelal niet als een zelfstandige categorie of notie wordt bestudeerd, biedt ook zij wel aanknopingspunten voor de betekenis daarvan.

3. Leo Polak heeft in zijn werk *De zin der vergelding* deze geschiedenis en die begrippen op schitterende wijze uitgewerkt en beschreven. Leo Polak, *De zin der vergelding*. Een strafrechts-philosophisch onderzoek, Amsterdam 1947.
4. Thomas van Aquino, Zie hierover John Finnis, *Aquinas, Founders of Modern Political and social Thought*, Oxford University Press, 1998; Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*; F. Nietzsche, onder meer *Also sprach Zarathustra* en *Die fröhliche Wissenschaft*; Paul Ricoeur, onder andere 'Le pardon, peut il guérir?', *Esprit* januari 1995; Merleau-Ponty, *Essays*; E. Levinas, *Het menselijk gelaat*, Baarn 1969; René Girard, 'God en geweld, Over de oorsprong van mens en cultuur', *Mimesis* 1994; Jacques Derrida, *Le monde des Débats*, december 1999.
5. F.M. Dostoevski, *Misdaad en Straf*, Amsterdam, Van Oorschot 1968; Theodor Fontane, *Effi Briest*, München 1969; Josph Conrad, *Heart of Darkness* 1899, Harmondsworth 1995, Penguin; B. Schlink, *Der Vorleser*, Zürich 1997.
6. De waarheids- en verzoeningscommissie voor Zuid-Afrika is hiervan het meest bekende voorbeeld. Zie hiervoor Desmond Tutu, *Geen toekomst zonder verzoening*, Amsterdam 1999, De Bezige Bij en bijvoorbeeld Antjie Krog, *De kleur van je hart*, Mets en Schilt/Novib; In Nederland onder meer Bert van Roermund, 'Recht en verzoening', commentaar, *R&R* 1997, 3; E. Brugmans, e.a. (red), *Rechtsvaardigheid en verzoening, Over de fundamente van de moraal in een tijd van geweld*, Damon, 2000; Paul van Tongeren (red.), *Is vergeving mogelijk? Over de mogelijkheid van vergeving, vooral in verband met oorlogsmisdaden*, Damon 2000.

Reeds in het Oude testament (Exodus) vindt men normen en regelingen die zijn georiënteerd op vergelding, wraak, vergeving en zoenoffer. Men vindt daarna bijvoorbeeld uitwerkingen in het Christendom in de Brieven van de Apostel Paulus en weer later bij Thomas van Aquino.⁷ Thomas van Aquino maakt wel gebruik van de termen satisfactio, restitutio en retributio, die verwant zijn aan de mogelijke betekenissen van genoegdoening.⁸ In de oude kerkleer wordt het begrip genoegdoening of satisfactiones gebruikt voor de boeteverplichtingen die worden opgelegd bij zware misdragingen (vasten, aalmoezen, gebeden en liefdewerk).⁹ Zij vormen een 'verzoeningsmiddel'. Sinds de invoering van de geheime biecht vormt het een van de drie elementen van de penitentie. De genoegdoening doet de – na de absolutie – overblijvende wereldse zonden teniet. Zowel de inhoud van de notie van genoegdoening als de term worden overgenomen in de Christelijke leer. De reformatoren verwerpen het begrip, hetgeen samenhangt met hun afwijzing van de onverschuldigde godsgenade.¹⁰

Het is van belang hier uitdrukkelijk op te merken dat elementen van de notie van verzoening in deze theologische context niet zonder meer kunnen worden getransponeerd naar de notie van genoegdoening. In (het merendeel) van de theologische teksten en analyses heeft verzoening betrekking op de 'relatie' tussen de mens en God en niet op de 'relaties' tussen mensen.¹¹ Maar desondanks heeft verzoening ook in theologische termen niet steeds alleen betrekking op de rechte verhouding tot God, maar ook op de menselijke gezindheid.¹²

De betekenis van de begrippen wraak, vergelding, verzoening en vergeving valt nauwelijks eenduidig te formuleren en zeker niet zonder onrecht te doen aan de vele studies en gehanteerde nuances. Voor het vervolg is het echter wel zinvol de essentie van die begrippen ten opzichte van de notie van genoegdoening ter oriëntatie te benoemen.¹³ Als belangrijke overeenkomst kan worden gewezen op het feit dat alle vier de begrippen een begaan onrecht veronderstellen. Zo bezien is er

7. Zie bijvoorbeeld dr. Herman Ridderbos, *Paulus, Ontwerp van zijn theologie*, hoofdstuk V; Voor Thomas van Aquino bijvoorbeeld John Finnis, a.w. Chapter VI, 5.

8. Zie John Finnis, a.w. Chapter VI.5.

9. *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Joachim Ritter, Darmstadt.

10. Zie noot 9.

11. Aan dit onderscheid wordt in diverse analyses van theologische teksten gerefereerd. Zie hiervoor ook Bert van Roermund, a.w.

12. Zie bijvoorbeeld Paulus, *Ontwerp van zijn theologie*, Herman Ridderbos, Kampen 1997, par. 33.

13. Ze zijn beknopt en beperkt en er is vast veel op af te dingen. Ze dienen hier slechts ter oriëntatie.

steeds sprake van twee relevante partijen, een dader en een slachtoffer. De rol van partij is niet slechts voorbehouden aan individuen, maar kan ook betrekking hebben op entiteiten, groepen, volken etc.

Wraak is een 'gewelddadige' reactie op een andere (mis)daad. Wraak leidt – in tegenstelling tot genoegdoening – veelal niet tot een einde van het conflict. De (mis)daad die wordt gewroken is namelijk meestal niet de eerste in een rij. Zij is vaak bedoeld als wraak voor een eerdere misdaad. Wraak kan een eindeloze keten vormen waarin de rol van slachtoffer en dader in elkaar overvloeien. *Vergelding* kan worden aangeduid als een 'contra-bejegening ten kwade door het slachtoffer'.¹⁴ Vergelding is – in tegenstelling tot wraak – geen willekeurige, maar een 'geobjectiveerde' en verdiende re-actie. In het strafrecht is de vergelding geïncorporeerd in het doel van de straf. Met zo een proportionele en genormeerde re-actie biedt het recht een formele beëindiging van het conflict. Vergelding valt niet samen met genoegdoening, maar kan er wellicht wel een bijdrage aan leveren. *Verzoening* vormt niet slechts een reactie, maar een antwoord op onrecht dat door beide partijen wordt aanvaard. De term verzoening duidt niet alleen op het resultaat, maar ook op het proces. Verzoening is een principiële innerlijk gebeuren en wederkerig in de zin van innerlijk beaamd. Daarin wijkt het af van het recht dat van buitenaf de beslissende knopen doorhakt en het conflict formeel beëindigt. Verzoening kan daarom nooit worden afgedwongen. *Vergeving* veronderstelt een initiatief van het slachtoffer, maar ook boete en berouw van de kant van de dader. Genuegdooening is daarom wellicht zelfs een voorwaarde voor vergeving. Vergeven impliceert anders voelen en anders oordelen over het gebeurde. Maar daar komt een morele notie bij, namelijk een verandering in innerlijke gesteldheid van het slachtoffer ten opzichte zichzelf en van de ander, de dader. Er is geen sprake van vergeten, maar van een soort genezing van de herinnering, het einde van 't treuren.

De rol die de notie genoegdoening speelt in de bovenbedoelde teksten is veelal niet een zelfstandige rol, maar wel een complementaire, dienstbare of afgeleide. Men richt zich namelijk in beginsel op de gevoelens en het handelen van een 'slachtoffer' ten opzichte van degene die hem onrecht aandeed. De daar tegenover staande reactie van de 'dader' naar het 'slachtoffer' om in het leed tegemoet te komen – waar de term genoegdoening op duidt – is daarbij slechts een afge-

14. Deze terminologie is ontleend aan L. Polak, *De zin der vergelding*, a.w. deel I, p. 105.

leid of complementair thema. Genoegdoening kan blijkbaar wel bijdragen aan het 'vervallen' van de behoefte aan wraak of vergelding, of als middel tot verzoening.

De betekenis die aan genoegdoening in deze teksten toekomt zou men kunnen omschrijven als een handeling die is gericht op het wegnemen van datgene wat aan een goede verhouding (betrekking) in de weg staat en daarmee op herstel van die verhouding. Een handeling van de veroorzaker van leed of schade ten opzichte van het 'slachtoffer'. Genoegdoening wordt dan veelal beschouwd als een instrument of een middel om een vorm van vrede, van gerechtigheid, te bereiken: een offer, een zoenoffer of een bepaald lijden. Het begrip genoegdoening impliceert dat een offer of handeling van de dader wordt verwacht, gegrond op het verleden, maar gericht op een toekomst. De vorm waarin de tegemoetkoming wordt gegoten is van belang om als offer of gebaar te kunnen worden aanvaard. De regels en rituelen van de gemeenschap waarbinnen het onrecht plaatsvond vormen daarvoor een belangrijk aanknopingspunt.

De term genoegdoening wordt overigens niet uitsluitend gereserveerd voor de verhouding tussen een 'dader' en een 'slachtoffer', maar soms ook mede gericht op het herstel van de positie van de 'dader' in diens sociale omgeving. In deze zin komt men genoegdoening bijvoorbeeld tegen in de historie van het duelleren. Het duel had oorspronkelijk ten doel om genoegdoening (satisfactie) te verschaffen wegens persoonlijke grieven. Maar de betekenis reikt verder. Zo versterkten littekens die werden overgehouden aan een duel het sociale prestige. Maar ook het gegeven dat in bepaalde kringen het duel deel uitmaakte van de geldende erecode impliceert dat deze vorm van genoegdoening een breder bereik heeft dan dat van de twee duellisten.¹⁵ Men zou dit wellicht kunnen duiden als een symbolische betekenis die in genoegdoening ligt besloten.

Het is duidelijk dat we er met deze eerste stappen niet zijn. Allereerst kunnen we genoegdoening niet zonder meer gelijk stellen met de noties van vergelding, wraak, verzoening en vergeving. Dit geldt zowel voor het gewone spraakgebruik als voor het theologische, het filosofische als het juridische domein. Genoegdoening blijkt immers een notie te zijn die is georiënteerd op een handeling van een 'veroorzaker' in de richting van een 'slachtoffer'. Bij de noties vergelding, wraak en vergeving ligt het uitgangspunt van de 'theorie' in beginsel aan de andere zijde, namelijk bij het 'slachtoffer'. De notie van genoegdoe-

15. Een traditie die bijvoorbeeld heerste onder Duitse studenten in de 19e eeuw.

ning heeft, waar het dit aspect betreft, wellicht iets meer raakvlakken met het begrip verzoening. Maar bij die notie lijkt het element van offeren of tegemoetkomen niet essentieel te zijn. Evenmin kan de notie zonder meer worden gelijkgesteld met schadevergoeding of compensatie. Die concepten zijn in hun kern namelijk gebaseerd op herstel van de oorspronkelijke situatie, terwijl genoegdoening is gericht op herstel van de relatie tussen de betrokkenen.¹⁶

Op basis van het voorafgaande kunnen wel enkele kenmerken worden genoemd, die als wezenlijk met de notie genoegdoening verbonden lijken. Genoegdoening veronderstelt een 'relatie' of 'betrekking' tussen twee personen (subjecten of wellicht entiteiten) ofwel zij brengt zo een relatie tot uitdrukking. Genoegdoening plaatst – binnen die 'relatie' – de een als actor, als handelend subject in de richting en ten behoeve van een ontvanger. De handeling lijkt onontkoombaar en noodzakelijk voor de verhouding. Genoegdoening geven bestaat in enige vorm van tegemoetkoming of 'opoffering' van de actor aan de ander en dat gebaar drukt erkenning uit. Dat gebaar is gericht op herstel van de relatie van de actor met de ontvanger, of van de actor met diens omgeving en niet op herstel van de oude situatie. Het gebaar vereist bovendien een bepaalde vorm, enige symboliek. Een laatste kenmerk waarop reeds hier kan worden gewezen is dat alleen al de term genoegdoening een zekere maat of maatvoering impliceert: zoveel als nodig is, voldoende.

1.2 Oriënterende overwegingen

Genoegdoening als 'meer of anders' recht doen?

Uit de genoemde kenmerken van genoegdoening blijkt dat de betekenis zich niet uitstrekt tot alle vormen van 'recht doen' aan slachtoffers. Genoegdoening is toegespitst op handelingen van de dader ten opzichte van het slachtoffer, gericht op herstel of behoud van de 'relatie', en kenmerkt zich door een opoffering. Zo bezien vormt genoegdoening een bepaalde vorm van 'recht doen'.

Onder de huidige strafwetgeving, strafrechtspleging en strafrechtelijk beleid wordt op diverse, zowel juridische als niet-juridische, wijzen 'recht gedaan' aan de positie van het slachtoffer. Maar op basis van de genoemde kenmerken kunnen zelfs de recente verbeteringen van de positie van het slachtoffer in het strafproces en de daarin nog lopende

16. Waar herstel van die oorspronkelijk situatie onmogelijk is, zoekt men daarvoor een substituuat in een geldbedrag.

ontwikkelingen niet zonder meer worden gelijkgesteld met instrumenten om genoegdoening te realiseren. De vraag is zelfs of in die instrumenten wel aspecten van de notie van genoegdoening liggen besloten. Mocht dat niet zo blijken te zijn, dan zou die vaststelling wellicht antwoord kunnen geven op een vraag die in verband met de positie van het slachtoffer tot op heden weinig is gesteld en die zeker geen beantwoording heeft gekregen. Waarom zijn het slachtoffer, de nabestaanden en de 'samenleving', ondanks al deze ontwikkelingen en verbetering van de positie van het slachtoffer in het strafproces, niet tevreden? Er wordt in de beleving onvoldoende 'recht gedaan' aan slachtoffers. Blijkbaar is het (nog) niet genoeg, niet op de goede wijze of niet met de geschikte middelen.

Zou de onvrede verminderen als de positie van het slachtoffer binnen ons strafrechtelijk stelsel verder zou worden uitgebouwd? En zou er een punt van verzadiging, een grens aan die oneindige horizon van verlangen, bestaan?

Ik waag dat te betwijfelen. Vraagt 'recht doen', naast de overigens zeer terechte verbeteringen voor en rondom het slachtoffer, niet om '*meer of anders*'? Is de onvrede, het onbehagen van en rondom het slachtoffer niet juist een uitdrukking van een behoefte die – ondanks alle inspanningen – niet wordt bevredigd: een behoefte aan genoegdoening in de zojuist gekarakteriseerde betekenis? Ontbreekt het bijvoorbeeld aan erkenning of aan symboliek?

De keuze van de Nederlandse Juristenvereniging voor het thema Genoegdoening is met het oog op deze hypothese een schot in de roos. Als het '*meer of anders*' moet dan tot op heden geschiedt, biedt de notie van 'genoegdoening' immers een prachtige ingang en een bijzonder goed aanknopingspunt om dat element van 'recht doen' te onderzoeken.

De te onderzoeken vragen

De belangrijkste vragen over genoegdoening als een van de elementen van 'recht doen' kunnen als volgt worden geformuleerd:

Omvat 'recht doen' genoegdoening? Is genoegdoening een kerntaak van het recht? Kan het strafrecht wel genoegdoening in de betekenis van dit '*meer of anders*' bieden? Bevat ons strafrecht elementen van genoegdoening? Dwingt de huidige maatschappelijke context niet tot een waardering of herwaardering van genoegdoening als te erkennen rechtseis? Zou het strafrecht (meer) elementen van genoegdoening kunnen en moeten bieden? En zo ja, hoe zouden die kunnen worden geoperationaliseerd? Kan het gedachtegoed van het 'resto-

rative justice' worden vereenzelvigd met of bijdragen aan genoegdoening in de bedoelde betekenis?

In meer analytische en theoretische termen kunnen deze vragen worden vertaald en gecompleteerd met de twee hierna volgende vragen:

Kan genoegdoening – als behorend tot een niet-juridische categorie – constitutief zijn binnen een juridische, publieke strafrechtelijke context? Is er aanleiding om genoegdoening na een conceptuele vormgeving een plaats toe te kennen in de strafrechtelijke dogmatiek of de strafrechtspleging?

Deze vragen bevestigen niet alleen het maatschappelijk en juridisch belang van het thema, maar ook de actualiteit daarvan.

Deel II De notie 'genoegdoening' in een juridische context

II.1 Inleiding

In het voorafgaande werd al gesteld dat genoegdoening in de strafrechtswetgeving en rechtspleging van de afgelopen eeuw nauwelijks een rol speelt. Een verklaring daarvoor kan worden gevonden in het feit dat de notie van genoegdoening is georiënteerd op een handeling van een 'veroorzaker' in de richting van een 'slachtoffer', die een erkenning verdient. Vertaald naar een juridische verhouding betreft dat een horizontale rechtsverhouding die een zekere wederkerigheid in zich bergt. Dat type rechtsverhoudingen past onder ons huidige recht naar zijn aard beter in het privaatrecht dan in het publiekrecht. De publiekrechtelijke, strafrechtelijke betrekking is immers veel verticaler en geeft uitdrukking aan een relatie tussen overheid en burger.

Daarmee is evenwel nog niet gezegd dat voor genoegdoening slechts plaats is in een civielrechtelijke context. Er zijn diverse redenen om veel voorzichtiger te zijn met conclusies over de juridische context waarbinnen genoegdoening als concept gedijt of zou kunnen gedijen. Zo moet worden gewezen op de geschiedenis van ons recht, die niet eenvoudig kan worden beschreven in termen van ons huidige onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, noch op basis van zuiver horizontale en verticale rechtsbetrekkingen.¹⁷ Deze achtergrond geeft voldoende aanleiding om onze rechtsgeschiedenis en ons huidige civiele

17. Daarnaast moeten we uitdrukkelijk onderkennen dat de huidige, verticaal georiënteerde strafrechtelijke verhoudingen, behoorlijk aan discussie en verandering onderhevig zijn. Deze discussies en veranderingen komen in deel III aan de orde.

recht te onderzoeken op de vraag of daarbinnen 'genoegdoeningsaspecten' een plaats hebben. Daarmee krijgt de notie van genoegdoening een inkleuring die sterker is georiënteerd op een juridisch context.

II.2 Genoegdoening in rechtshistorisch perspectief

Een rechtsverhouding met kenmerken van genoegdoening past naar ons huidige recht in beginsel beter in het privaatrecht dan in het publiekrecht, werd hierboven gesteld. Maar, zoals gezegd, kan de grens tussen privaat- en publiekrecht – ondanks het op het eerste gezicht heldere onderscheid – niet steeds scherp worden getrokken.¹⁸ Dit is niet verwonderlijk omdat het strafrecht en privaatrecht vele gemeenschappelijke wortels hebben. Dit geldt zowel voor de wijze waarop schendingen in het Romeinse recht werden beschouwd en afgehandeld, als voor de wijze waarop in het Germaanse recht op onrecht werd gereageerd. Het kan verhelderend zijn enkele noties uit die geschiedenis van het strafrecht te belichten.¹⁹ Ik beperk me daarbij tot elementen die overeenkomst vertonen met de genoemde synoniemen en verwante termen van genoegdoening en de reeds benoemde kenmerken.

Voor beide rechtstradities geldt dat de reacties op en afhandeling van begaan onrecht niet werden gedomineerd door overheidsoptreden. Er bestonden diverse mogelijkheden om het gebeurde (deels) in het reine te brengen binnen de horizontale betrekking van dader en slachtoffer.

18. Zie voor de verschuivingen onder meer A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker, *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer 1995. Voor een kritische beschouwing op strafrechtelijke leest gestoeld, Serge Gutwirth en Paul de Hert, 'Grondslagentheoretische variaties op de grens tussen het strafrecht en het burgerlijk recht', in: K. Boonen, C.P.M. Cleiren e.a. (red), *De weging van 't Hart, Idealen, waarden en taken van het strafrecht*, p. 121-170.
19. Het zou binnen het bestek van dit preadvies te ver voeren om een serieuze historische verkenning te doen naar die rechtstelsels. Ik heb me dus noodzakelijkerwijs moeten verlaten op enkele secundaire bronnen. Daarbij is gebruik gemaakt van J.Ph. de Monté Verloren, J.E. Spruit, *Hoofdpijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse omwenteling*, Deventer 2000; R. Feenstra, *Vergelding en vergoeding*, Rechtshistorische cahiers nr. 6, Deventer 2002; J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden 1948; Magreet Ahsmann, 'Van "delictum" tot "delict": De gemeenschappelijke wortels van strafrecht en privaatrecht' en W.J. Zwalve, 'De autonomie van strafrecht en civiel recht', beide in A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker, a.w. p. 11-22 en p. 23-28; M. Hildebrandt, *Strafbegrip) en procesbeginsel*, diss. 2002, Rotterdam, hoofdstuk 3.

In het oudste Romeinse recht behoorden strafbaar feit en onrechtmatige daad tot hetzelfde rechtsgebied. Het recht werd, net als het Germaanse recht, gedomineerd door familiebanden. Het publieke strafrecht bevatte in die tijd slechts enkele delicten. Reacties op begaan onrecht gaan dus in de eerste plaats uit van de getroffene en zijn familie. Het slachtoffer ontleende evenals in het oude Germaanse recht aan het begane onrecht het recht om wraak te nemen (*vindicta*).²⁰ Zo treft men in de wet der XII Tafelen (450 voor Christus) het recht op fysieke wraaknemingen in gevallen van bijvoorbeeld moord en verminking. Dit recht, de *talio*, gaf het recht om de dader een zelfde kwetsing toe te brengen: oog om oog, tand om tand. Maar de dader kon wraak voorkomen. Hij kon het slachtoffer zoengeld aanbieden, bedoeld om de wraak af te kopen: de *compositio*. Men zou hier kunnen spreken van een overeenkomst, een vredesverdrag (*pacisci, pactum*). Op den duur ging de overheid bij sommige delicten over tot het dwingen tot afkoop van de *vindicta*, bij andere nam ze zelf de bestraffing ter hand. De mogelijkheid tot afkoop wordt daarmee in zekere zin gejuridiseerd. Daarmee gaan ook de wegen van privaatrecht en publiekrecht uiteen. Bij de delicten waar de overheid dwong tot afkoop groeide een en ander uiteindelijk uit tot een *obligatio ex delicto*, een wettelijk vastgestelde boete. De private delictsacties zijn niet steeds in de eerste plaats op straf gericht geweest, maar bevatten een strafelement en een schadevergoedingselement. Zij werden in de loop van de ontwikkeling steeds minder opgevat als private straf en meer als schadevergoeding. 'Ten gevolge daarvan kon men er toe komen onder poena te brengen wat wij vergoeding van immateriële schade noemen.'²¹

De Germaanse samenleving kende geen centraal gezag, zodat de rechtshandhaving in andere verbanden was georganiseerd zoals de huisgemeenschap en de stam. Het recht werd, evenals in het Romeinse recht, gedomineerd door familiebanden. Een van de vormen van rechtshandhaving tussen gelijken was de wraak die via het stamding, of tussen leden van verschillende stammen werd afgedaan. In geval van conflicten die aanleiding gaven tot bloedwraak of private wraak heeft het slachtoffer als het ware een recht op een opzettelijke inbreuk op de belangen van de dader. Wraak kon zich realiseren in een eenzijdige handeling van het slachtoffer. Vanuit het slachtoffer (of diens familie) kon echter ook – evenals in het Romeinse recht – de bereidheid worden getoond tot het aangaan van een compositie, waarmee het be-

20. Zo gold bijvoorbeeld voor rechtskrenkingen als moord, diefstal en brandstichting het recht op doden of geselen van de dader.

21. Magreet Ahsmann, a.w. p. 16; idem R. Feenstra, a.w. p. 11.

gane onrecht kon worden afgekocht. De compositie bestond uit het betalen van zoengeld of weergeld aan het slachtoffer (of diens verwanten) en de fredus, een zoengeld, waarmee de dader zich inkocht in de bescherming (de vrede) van de stam. Het gaat daarbij niet (slechts) om herstel of restitutie, maar om iets extra's. De zoen is gericht op het wegvallen van wraak en van een vete en dus op het voorkomen van punitief handelen. In het Frankische tijdperk is wél sprake van een centralistische machtsuitoefening. Daarbinnen ontstaat de mogelijkheid om het begane onrecht te beschouwen als een inbreuk op de rechtsorde en daarmee als een aantasting van het gezag van de vorst. Zo verschuift strafrechtelijke rechtshandhaving van een horizontale betrekking tussen dader en slachtoffer naar een verticale betrekking tussen dader en vorst.

Op basis van deze afdoeningsvormen uit het oud Germaanse en het oude Romeinse recht kan de notie van genoegdoening meer kleur krijgen. Veel van de bovengenoemde kenmerken van genoegdoening zijn terug te vinden in het Romeinse en Germaanse recht. De kern van de overeenkomst met genoegdoening ligt in de mogelijkheid van de dader om wraak van het slachtoffer af te kopen door het aanbieden van de compositio.²²

Allereerst is er het kenmerk van de 'relatie'. Met het aanbod van het slachtoffer tot afkoop van de wraak en de aanvaarding van de daaruit voortvloeiende verplichting door de dader is er sprake van een erkenning van een 'relatie'. Met die erkenning vervalt vervolgens de eenzijdigheid van de wraak en ontstaat (of herstelt zich) een wederkerigheid in die 'relatie' tussen dader en slachtoffer. Het betreft een horizontale betrekking tussen dader en slachtoffer of dader en gemeenschap. De zoen zelf is een tegemoetkoming, een offer dat de dader aan het slachtoffer (of diens verwanten) brengt. De zoen is niet – in ieder geval beslist niet volledig – gericht op het verleden, maar op de toekomst: het voorkomen van punitief handelen en het behoud van de 'relatie'. In de latere ontwikkelingen is er daarnaast sprake van het element schadevergoeding, zowel voor materieel als voor immaterieel leed. De 'genoegdoeningaspecten' die in de beide rechtssystemen liggen besloten hebben hun vervolg met name gekregen in het privaatrecht en minder in het publiekrecht. Een en ander is zeer begrijpelijk op

22. Indien geen compositio wordt aangegaan, blijft de wraak in stand. In de ontwikkeling van de rechtssystemen wordt de wraak getransformeerd naar het juridisch stelsel: de vergelding, waarin de eisen van het recht de vorm en de maat gaan bepalen. Daarbij gaan proportionaliteit en de relatie met de mate van schuld een rol spelen.

basis van het horizontale karakter van de 'betrekking' waarbinnen genoegdoening een rol speelt. De pendanten van die 'genoegdoeningsaspecten' zijn dan ook met name terug te vinden in ons civiele recht en niet in ons strafrecht.

11.3 Genuegdoening in ons huidige civiele recht

Aan genoegdoening komt – in tegenstelling tot in het strafrecht – in het huidige civiele recht wel een eigen en zelfstandige plaats toe. Het begrip vervult een rol bij diverse aspecten van schadevergoedingsrecht en heel expliciet in de theorie en praktijk van de immateriële schadevergoeding. Uit de parlementaire geschiedenis van ons huidige civiele recht wordt veelal afgeleid dat de functie van vergoeding van immateriële schade kan worden onderscheiden in de compensatiefunctie en de genoegdoeningfunctie.²³ De genoegdoeningfunctie heeft volgens Verheij specifiek tot doel gehad om bij de vaststelling van smartengeld een basis te hebben voor het meewegen van de schuldgraad van de aansprakelijke en de vermogenstoestand van partijen.²⁴ Genuegdoening is desondanks volgens de parlementaire geschiedenis uitdrukkelijk geen boete of straf. De genoegdoeningfunctie bevredigt het geschokte rechtsgevoel van het slachtoffer door een opoffering van de veroorzaker.

De meeste auteurs beroepen zich op deze parlementaire geschiedenis rondom smartengeld als eerste bron voor hun interpretatie(s).²⁵ Daarnaast wordt veelvuldig naar het Duitse recht verwezen waarin 'Genuegtuung' ook een van de twee functies van smartengeld vormt.²⁶ Maar, zoals gebruikelijk, zijn er verschillen van mening rondom de interpretatie van het begrip en zijn reikwijdte.²⁷ Ik refereer in het navolgende aan enkele Nederlandse auteurs die zich expliciet over genoegdoening hebben uitgelaten en benut de door Lindenbergh, op basis van de literatuur, onderscheiden betekenissen van genoegdoening.²⁸ In de eerste plaats 'de maatregel als zodanig', hetgeen duidt op schadeloosstelling in de zin van een tegemoetkoming, als blijk van erkenning door het

23. Zie hiervoor de Toelichting Meijers, PG boek 6, p. 371 e.v.; S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, diss. Leiden 1998, p. 7; A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. Amsterdam 2002, hoofdstuk VIII. Op dezelfde wijze vindt men genoegdoening terug in het Duitse recht. Zie hierover uitgebreid A.J. Verheij, a.w. hoofdstuk VIII, 2.1 en 2.2.

24. A.J. Verheij, a.w. Conclusie hoofdstuk VIII.

25. Zie hiervoor de Toelichting Meijers, PG boek 6.

26. Zie voor de meest relevante verwijzingen A.J. Verheij, a.w. hoofdstuk VIII, Duitsland.

27. S.D. Lindenbergh, a.w. hoofdstuk 3, 2.5.3.; A.J. Verheij, a.w. hoofdstuk VIII, 2.2.

28. S.D. Lindenbergh, a.w. hoofdstuk 2, 5.3.

recht van de waarde van het geschonden belang in het algemeen. In de tweede plaats behelst genoegdoening 'genoegdoening aan de benadeelde'. Het gaat om 'genoeg doen' om de benadeelde schadeloos te stellen. Veelal wordt hierbij de vraag naar de mate van schuld en de economische positie van de laedens betrokken. Zo is Verheij op grond van overwegingen uit de parlementaire geschiedenis van mening dat de schuld van de veroorzaker van de schade, de aard van de aan hem verweten gedraging en de economische omstandigheden van beide partijen een rol spelen bij de bepaling van de hoogte van het smartengeld.²⁹ In de derde plaats wordt genoegdoening gebruikt in de betekenis van 'genoeg doen door de laedens'. Hier verwijst Lindenbergh naar de meer bijbelse betekenis van 'boetedoening' of opoffering. Eykman legt op dit aspect sterk de nadruk waar hij stelt dat het genoegdoeningsprincipe (zoals hij het noemt) een zoenoffer verlangt. Hij benoemt twee kenmerkende elementen van het zoenoffer. Het eerste is dat de dader het offer uit eigen zak moet halen. Als tweede wijst hij op het element van de dramaturgie. 'De symboolwerking van het smartengeld is aan de orde (hetgeen geenszins behoeft te betekenen, dat het om een gering bedrag moet gaan). Symboliek vereist een strakke vormgeving; de vorm bepaalt mede de effectiviteit ervan'.³⁰ Als vierde noemt Lindenbergh het tamelijk ongedifferentieerde gebruik van genoegdoening waarin diverse facetten liggen besloten. Hij noemt daarbij ook 'genoegdoening aan de maatschappij' en 'preventie'. Een deel van de genoegdoeningfunctie zou erin kunnen bestaan dat het gekrenkte (geschokte) rechtsgevoel kan worden bevredigd. In deze betekenis begrijpt bijvoorbeeld Van Dam – anders dan Lindenbergh en Verheij – onder genoegdoening niet alleen het rechtsgevoel van de benadeelde, maar ook het aspect van het geschonden rechtsgevoel van de maatschappij.³¹ In de theorie leidt dit tot discussie of dit aspect van de genoegdoeningfunctie een zelfstandige functie vormt, dan wel een aparte immateriële schadepost (geschokt rechtsgevoel).

Zowel in het Nederlandse als in het Duitse civiele recht is genoegdoening erkend. Genoegdoening kan worden gekarakteriseerd als uitdrukking van een persoonlijke betrekking tussen dader en slachtoffer.³² De grondgedachte is dat door de schadeveroorzakende gebeurtenis een onevenwichtige relatie (betrekking) tussen aansprakelijke en

29. A.J. Verheij, a.w. hoofdstuk VIII, 2,1,2.

30. L.G. Eykman, 'Smart en geld', *WPNR* 5572 (1981), p. 461-465.

31. C.C. van Dam, 'Smartengeld in europees perspectief: het verdriet van Europa', In *Tijdschrift voor consumentenrecht* 1991, p. 92-107.

32. Zie A.J. Verheij, a.w. hoofdstuk VIII, 2.1 en 2.2.

benadeelde is ontstaan. De genoegdoeningsfunctie is gerelateerd aan het opheffen van die onevenwichtigheid.

Vanzelfsprekend is in het civiele recht de vraag aan de orde geweest op welke wijze de onevenwichtigheid in de relatie kan worden hersteld. Men heeft zich gerealiseerd dat het nadeel zich niet in geld laat meten en dat iedere benadeelde letsel en leed anders ervaart. Desondanks is vrij algemeen aanvaard dat een vergoeding in geld, de toekenning van smartengeld, de onevenwichtigheid in de relatie kan opheffen.³³ Eenmaal die stap gezet, is het niet verbazingwekkend om te constateren dat aan genoegdoening in het civiele recht nauwelijks meer een zelfstandige rol toekomt. Het tegemoetkomen aan de genoegdoeningsfunctie door middel van een geldbedrag creëert immers de mogelijkheid om de genoegdoeningshandeling los te koppelen van de aansprakelijke persoon. Zo kan de rol van de aansprakelijke bijvoorbeeld worden ingenomen door een verzekeringsmaatschappij. Er is dan geen sprake meer van een directe relatie tussen aansprakelijke en benadeelde, zodat afbreuk wordt gedaan aan het (persoonlijke) karakter van de genoegdoening. De genoegdoeningfunctie speelt volgens de heersende mening in de literatuur dan ook nauwelijks meer een rol als gevolg van de opkomst van aansprakelijkheidsverzekeringen.

Lindenbergh concludeert overigens ook op een andere grond dat de genoegdoeningfunctie nauwelijks een zelfstandige rol toekomt. Hij stelt dat genoegdoening eerder een bepaalde 'lading' van het smartengeld vormt, de symbolische waarde, de erkenning. En dat aspect wordt reeds door de vlag van de compensatiegedachte gedekt.

II.4 Kenmerken en karakteristieken van genoegdoening in een juridisch georiënteerde context

Op basis van en geïnspireerd door het voorafgaande kunnen we de notie genoegdoening nader invulling proberen te geven. De te onderscheiden kenmerken en karakteristieken worden ondergebracht in vier hoofdgroepen zodat een en ander overzichtelijk blijft en een vergelijking met het strafrecht mogelijk wordt. Om de notie genoegdoening scherp in beeld te krijgen worden de kenmerken hier zo veel als mogelijk uiteengerafeld. Tegelijkertijd moeten zij voortdurend in onderlinge samenhang en afhankelijkheid worden gelezen en begrepen. De beschrijving, waarin alle te onderscheiden kenmerken van genoegdoening als cumulatieve voorwaarden worden beschouwd, levert daarmee een ideaaltypisch beeld op van genoegdoening.

33. Men heeft daarvoor enkele criteria en een zekere schaal ontwikkeld. Zie hierover S. D. Lindenbergh, a.w. hoofdstuk 7.

a. Constitutieve omstandigheden en voorwaarden voor genoegdoening

Om genoegdoening tot stand te kunnen brengen zal er sprake moeten zijn van een aantal omstandigheden en voorwaarden die de betrokkenen en hun relatie betreffen.

- Er zal sprake moeten zijn van een zekere ‘relatie’ of ‘betrekking’ tussen degene die genoegdoening gaat bieden en degene die ‘recht’ heeft op genoegdoening of anderszins genoegdoening ‘verdient’: de genoegdoeningsrelatie. Het is mogelijk dat de voor genoegdoening vereiste ‘relatie’ pas ontstaat door het onrecht zelf.
- De actor is degene die het onrecht heeft gepleegd, de gekrenkte is degene die als slachtoffer van het onrecht kan worden aangeduid. Veelal wordt dat gedacht als een persoon, maar het is niet uitgesloten ook een entiteit, een groep of zelfs de samenleving als de gekrenkte te beschouwen.
- De aard van de ‘relatie’ of ‘betrekking’ tussen actor en gekrenkte is niet noodzakelijkerwijs een rechtsbetrekking. In veel gevallen zal er een ‘relatie’ tussen de betrokkenen hebben bestaan voorafgaand aan het onrecht en is het evenwicht daarbinnen door het onrecht verstoord. Zo een relatie bestaat bijvoorbeeld binnen ons juridisch staatsmodel reeds in het gegeven dat alle burgers als rechtssubjecten in een ‘relatie’ ten overstaan van elkaar kunnen worden geduid. Buiten deze juridische categorie kan worden gedacht aan bijvoorbeeld een vertrouwensrelatie, een vriendschapsband, een burenl relatie en aan diverse sociale relaties die zich kenmerken door eer- en gedragscodes. Ook – en misschien wel juist – een verstoord evenwicht in dit type relaties kan vragen om genoegdoening. Daarnaast zal het – buiten de onvervreembare juridische kaders gedacht – vaak voorkomen dat de voor genoegdoening vereiste ‘relatie’ pas ontstaat door het onrecht zelf.
- Genoegdoening wordt geboden door diegene die het onrecht heeft gepleegd of veroorzaakt. Hij is de actor ten behoeve van de *ontvangende ander*, de gekrenkte.
- Genoegdoening veronderstelt *erkenning van de ‘relatie’ of ‘betrekking’* tussen de actor en de gekrenkte. Die erkenning ligt besloten in de tegemoetkoming, het gebaar, het offer. Door en met die tegemoetkoming erkent de actor namelijk het bestaan van een schuld-, aansprakelijkheids-, of verantwoordelijkheidsrelatie met de gekrenkte op grond van het voorafgegangene onrecht.
- Omdat genoegdoening bieden erkenning veronderstelt, wordt de bedoelde ‘relatie’ niet gekenmerkt door een hiërarchisch of bevels-

karakter. De relatie heeft daardoor eerder een horizontaal dan een verticaal karakter.

- De actor creëert of herstelt met de tegemoetkoming een zekere *wederkerigheid in de 'relatie'*, ofwel hij bevestigt een daarin besloten wederkerigheid.

b. Functie en doel van genoegdoening

- Het *doel* van genoegdoening geven is gelegen in het tegemoet komen aan de gekrenkte of geschokte gevoelens, in het tevreden stellen van de gekrenkte. Er is iets 'genomen' of 'aangetaast' waardoor een tekort is ontstaan of een evenwicht is verstoord. Het tekort moet worden vereffend.
- De grond voor genoegdoening ligt in het verleden, in het onrecht. Het doel van genoegdoening ligt in de *toekomst*. Met de genoegdoening wordt het verstoorde evenwicht in de 'relatie' (of een dimensie daarvan) met de gekrenkte persoon of entiteit in zekere zin hersteld.
- Het geven of bieden van genoegdoening kan men aanduiden als een *functie*. Het is een activiteit die erop is gericht om genoegdoening – als een resultaat – te realiseren. Deze activiteit zou ook kunnen worden aangeduid als een tegemoetkomen, een gebaar of een offer.
- Een *latent of een verder liggend doel* van genoegdoening kan liggen in het bereiken van verzoening, maar ook in het tenietdoen of reduceren van wraakgevoelens en het voorkomen van vergelding, in het bijzonder van een disproportionele, onmatige, vergelding: de wraak. Angst voor repercussies kan dus aanleiding vormen voor genoegdoening.

c. De grond voor genoegdoening

- Genuegdouening vindt zijn *grond in het verleden, in het voorafgegane 'onrecht'*.
- Het wezenlijke van genoegdoening is dat het niet gaat om een tekort dat kan worden herleid tot zuiver materiële schade, maar in het bijzonder om vormen van immateriële schade: miskennen, aantasting van eer, vernedering, verdriet, verlies van zekerheid, vertrouwen of geluk. De *aard van het onrecht* dat om genoegdoening vraagt kan dus worden geformuleerd als: een geschokt of gekrenkt (rechts)gevoel. Dit impliceert dat er niet per se sprake hoeft te zijn van 'onrecht' dat juridisch als onrecht wordt erkend (zoals een strafbaar feit of onrechtmatige daad). Ook andere vormen van onrecht kunnen immers 'schade' opleveren die in een juridische

context om een tegemoetkoming vragen. Men zou hierbij kunnen denken aan omstandigheden waaronder een delict tot stand kwam, terwijl die omstandigheden op zichzelf geen erkende juridisch relevante omstandigheden opleveren, bijvoorbeeld aan een specifieke band tussen dader en slachtoffer, zoals een familie- of vriendschapsband. De aard van het onrecht is onbepaald, maar het gebeuren moet in ieder geval als onrecht gelden binnen het sociale verband of de kring waar het zich heeft afgespeeld.

- Er is sprake van een schuld-, aansprakelijkheids- of verantwoordelijkheidsrelatie van de dader met de gekrenkte op grond van het voorafgegangene onrecht.
- Genoegdoening is noodzakelijk om de relatie te herstellen en binnen de context van die relatie niet vrijblijvend: het is een verplichting.
- Niet alle vormen van onrecht geven aanleiding tot een behoefte aan of wenselijkheid of noodzaak van genoegdoening. Zo zal onrecht zonder aanwijsbaar slachtoffer – zowel in de betekenis van een persoon als een entiteit – niet altijd de behoefte aan genoegdoening oproepen.

d. De middelen

- Genoegdoening kan op heel diverse manieren worden gerealiseerd. Er valt immers niet in abstracto te bepalen welk middel geschikt is om gekwetst of geschokt (rechts)gevoel te vereffenen. De aard van genoegdoeningsmiddelen ligt dan ook niet vast. Geld, berouw, een cadeau, een bekentenis, etc, mits afkomstig van de 'schender' komen in aanmerking. Wél moet het middel de kwalificatie 'tegemoetkoming', gebaar of 'offer' verdienen. Die eis impliceert bijna noodzakelijkerwijs dat het gebaar van de schender persoonlijk moet uitgaan. Zo zal de essentie van genoegdoening zijn aangetast of zelfs ontbreken in geval van 'betaling' door een verzekering.
- Genoegdoening geven impliceert een zekere *maat of maatvoering*: zoveel als nodig is, voldoende. Genoegdoening kan worden gerealiseerd door een op het gekwetste (rechts)gevoel afgestemde tegemoetkoming. Er is dus geen vereiste van (volledig) herstel in de oorspronkelijke situatie en ook geen dwingende relatie met de mate van schuld van de schender. Dit brengt mee dat er niet sprake hoeft te zijn van een ruitrechtvaardigheid. De maat kan in beginsel slechts worden bepaald op basis van het gevoelen van het slachtoffer, maar niet zonder afstemming op de normen van de

sociale context waartoe zowel dader als slachtoffer (in hun betrokkenheid bij het onrecht) behoren.

- Genoegdoening bieden vereist een bepaalde *vorm*, een symbolische vorm die aansluit op het karakter van het geschokte of gekrenkte gevoel. Zo kan er bijvoorbeeld sprake zijn van een ritueel, een zekere dramatiek, een besloten of juist een openbaar karakter.

Deel III Genoegdoening in een strafrechtelijke context

III.1 Inleiding

In deel II werd reeds geconcludeerd dat het type rechtsverhouding waarbinnen genoegdoening tot zijn recht kan komen in ons huidige rechtsstelsel beter past in het privaatrecht dan in het publiekrecht. De nadere invulling van de notie genoegdoening brengt geen verandering in die conclusie. Genoegdoening zal in zijn ideaaltypische vorm niet in ons strafrechtelijk stelsel zijn terug te vinden. De meest cruciale belemmering daarvoor ligt in de randvoorwaarden van ons strafrechtelijk model, dat wil zeggen in het feit dat ons strafrechtelijk stelsel de constitutieve omstandigheden en voorwaarden voor genoegdoening, zoals hiervoor benoemd in de eerste hoofdgroep van kenmerken (a.), niet biedt of garandeert.

Een bespreking van dat kader in het perspectief van de genoemde kenmerken van genoegdoening zal een en ander moeten verhelderen. In paragraaf III.2 zullen daarom de constitutieve omstandigheden en voorwaarden voor genoegdoening in ons strafrechtelijk kader nader worden besproken. Deze uitweiding is essentieel om in het laatste hoofdstuk te bezien of er – binnen en ondanks de beperkingen van ons strafrechtelijk stelsel – *meer en anders* recht kan worden gedaan aan de behoeften van het slachtoffer. Vervolgens is het goed aandacht te besteden aan het feit dat, ondanks de zojuist geformuleerde conclusies, diverse van de onderscheiden elementen van genoegdoening wél in ons strafrechtelijk stelsel liggen besloten of tot hun recht kunnen komen. Het strafrecht is niet blind voor de behoefte aan genoegdoening, voor de belangen van slachtoffers. Maar juist omdat die belangen niet als hoogste prioriteit gelden, komen de genoegdoeningsaspecten niet direct in beeld. De bedoelde elementen zullen worden besproken volgens de indeling van de hoofdgroepen. Daarbij komen zowel enkele fundamentele en theoretische aspecten van straf- en strafrechtstheorieën, alsmede meer concrete elementen uit het materiële strafrecht als uit het strafprocesrecht aan de orde.

III.2 Constitutionele voorwaarden en omstandigheden voor genoegdoening in ons strafrechtelijk stelsel

III.2.1 Strafrecht is publiekrecht

De rol van het strafrecht wordt traditioneel dominant beschreven in termen die de rol van de overheid als handhaver en haar repressieve rol ten opzichte van de schuldige moeten legitimeren: strafrecht als publiek recht. Die kwalificatie impliceert dat het strafrecht met name een functie heeft in de relatie overheid-verdachte/dader en overheid-burger, een implicatie die niet eenvoudig spoort met het eerstgenoemde kenmerk van een 'relatie' tussen twee personen. De 'genoegdoeningsrelatie' blijkt immers een horizontale 'relatie' te veronderstellen en niet een verticale, van overheid naar burger of omgekeerd.

Bovendien is binnen ons strafrechtelijk stelsel de overheid de actor die repressief re-ageert in de richting van de dader. Dit uitgangspunt komt in het bijzonder tot uitdrukking in het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie. De veroorzaker van het 'aangedane onrecht', de dader, is dus niet de actor zoals in de notie van genoegdoening bedoeld.

Het publieke karakter van het strafrecht ligt stevig verankerd in ons strafrechtelijk stelsel en heeft zijn sporen in de theoretische onderbouwing daarvan nagelaten. Doelen en functies van het strafrecht en van het straffen worden in de *strafrechtstheorieën* dan ook veelal geconceptualiseerd en beschreven vanuit de rol die de overheid ten opzichte van een dader zouden kunnen of moeten spelen.³⁴ Dit geldt bijvoorbeeld voor het concept van de vergelding, de speciale preventie, resocialisatie, etc. Daarnaast worden doelen en functies geïdentificeerd en beschreven vanuit de rol die het strafrecht ten behoeve van de samenleving kan, mag en moet spelen. Hierbij kan men denken aan generale preventie en aan normstelling en -bevestiging. De strafrechtstheorieën zijn dus georiënteerd op de vraag naar de rechtvaardiging van het bestraffend optreden van overheid of slachtoffer ten opzichte van de dader. De notie van genoegdoening start vanuit een tegenovergestelde positie, namelijk vanuit de dader in de richting van het slachtoffer of de samenleving. Dit verschil in oriëntatie zou men ook kunnen aanduiden met een top down benadering van straf-

34. Zie hierover de auteurs in de bundel *Slachtoffers van delicten*, Congres Nijmegen 1971, Antos, 1971 en M.S. Groenhuijsen, *Schadevergoeding voor slachtoffers van delicten in het strafgeding*, diss. 1985, Leiden, hoofdstuk 5.2. en de aldaar aangehaalde literatuur.

recht en strafrechtstheorieën en een bottom up benadering van genoegdoening.³⁵ Precies dit verschil in oriëntatie kan verklaren dat het begrip genoegdoening in de strafrechtstheorieën van de afgelopen eeuw niet of nauwelijks een zelfstandige rol speelt.

Wil men in het strafrecht tóch spreken en denken over genoegdoening dan impliceert dat een ander vertrekpunt, namelijk die van de rol die de dader ten opzichte van slachtoffer(s) en of samenleving zou moeten spelen. Op basis van deze karakteristiek heeft het begrip genoegdoening raakvlakken met noties als compensatie, schadevergoeding en herstel (in de oude situatie), die hun vertrekpunt ook vinden in een activiteit van een 'dader' ten opzichte van slachtoffer(s). Het valt dan ook niet uit te sluiten dat elementen van genoegdoening wél liggen besloten in de *straftheorieën*. Die oriënteren zich immers mede op de vraag naar de rechtvaardiging van een verplichting voor de dader ten opzichte van de overheid of het slachtoffer: een tegemoetkoming, een 'opoffering' van de dader. Niet alleen genoegdoening als grond voor bestraffing en als doel van bestraffing, maar ook genoegdoening als maatregel of als voorwaarde toegevoegd aan een strafrechtelijke beslissing komen wellicht in aanmerking.

III.2.2 Wederkerigheid in de (rechts)betrekking?

Inleiding

Bij de genoemde constitutieve omstandigheden en voorwaarden voor genoegdoening is sprake van een samenstel van elementen waarin de begrippen 'relatie', wederkerigheid, erkenning en horizontaliteit essentieel zijn. Bovendien werd duidelijk dat de notie genoegdoening niet vereist dat de 'relatie' een rechtsbetrekking is. Deze noties benadrukken aan de ene kant de overeenkomsten met het recht, maar anderzijds lijken zij daarvan te zijn onderscheiden. Die positie vraagt om een uiteenzetting over de betekenis van wederkerigheid en een toespitsing daarvan op het strafrecht en de plaats van genoegdoening daarin.

Het wederkerigheidsbeginsel

Het wederkerigheidsbeginsel is een uiterst complex beginsel. Gedacht vanuit juridische kaders denkt men al snel aan het principe van

35. Lode Walgrave gebruikt deze aanduiding om het principiële onderscheid tussen strafrecht en herstelrecht uit te drukken. L. Walgrave, 'Op zoek naar een normatief kader voor een herstelrechtelijk rechtsmodel', in: *Herstelrecht tussen toekomst en verleden*, a.w. p. 593.

‘voor wat hoort wat’, de notie van ruilrechtvaardigheid en retributieve rechtvaardigheid en aan het gelijkheidsbeginsel. Deze associatie is niet onbelangrijk. Zij doet ons realiseren dat het denken over wederkerigheid en wederkerigheidsbeginsel zijn fundamenteen vindt in het werk van Aristoteles en nauw samenhangt met zijn notie van rechtvaardigheid en de daarin aangebrachte onderscheidingen van verdelende rechtvaardigheid, vereffenende rechtvaardigheid en ruilrechtvaardigheid.³⁶

Hoewel mag worden verondersteld dat het beginsel een belangrijke rol speelt in het juridisch denken, zijn er in Nederland relatief weinig juridische of rechtstheoretische publicaties over de grondslagen, de betekenis en de reikwijdte van dit beginsel te vinden.³⁷ In 1994 verscheen evenwel van de hand van Salet een rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid dat vele goede aanknopingspunten biedt voor dit onderzoek.³⁸ En ook de in 1999 verschenen dissertatie van Pessers voorziet op een zeer eigen wijze in die leemte.³⁹ Beide werken zijn gebaseerd op een brede (rechts)filosofische en (rechts)theoretische studie, waarin onder meer het werk van Paul Ricoeur, Hannah Arendt, Claude Lévi-Strauss, Fuller en Mauss over vormen van wederkerigheid en giftethiek zijn verwerkt.⁴⁰

Wederkerigheidsrelaties

Karakteristiek voor wederkerigheidsrelaties is dat zij afhankelijk zijn van een proces van herkenning van het eigene (in de ander) en erkenning van de ander. Dat proces kan slechts plaatsvinden binnen

36. Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, (vert. Thuys), Antwerpen 1954.

37. Wel wordt aandacht besteed aan het wederkerigheidsbeginsel in de civielrechtelijke dissertaties van J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden 1979 en van B. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht. Een (rechts)vergelijkend onderzoek naar een aanvullende wijze van ontstaan en tenietgaan van verbintenissen*, diss. Deventer, 1991.

38. W.G.M. Salet, *Om recht en staat. Een sociologische verkenning van sociale, politieke en rechtsbetrekkingen*, WRR, V83, 1994.

39. D.W.J.M. Pessers, *Liefde, solidariteit en recht. Een interdisciplinair onderzoek naar het wederkerigheidsbeginsel*, diss. UvA 1999.

40. Ik volsta hier – met het oog op eventuele raadpleging door juristen – met verwijzingen naar de samenvattende en interpreterende teksten van Salet en Pessers, waarin naar diverse relevante auteurs op dit gebied wordt verwezen. Daarmee is niet gezegd dat de werken van de genoemde auteurs geen zelfstandige bestudering verdienen. Integendeel. Lectuur van die werken biedt een brede oriëntatie op de filosofische, sociologisch/antropologische en politieke context waarin de notie van wederkerigheid en de ethiek van de gift een rol spelen.

een symbolische orde.⁴¹ Binnen verwantschapsgroepen bestaat normaal gesproken wederkerigheid tussen de leden, bemiddeld door een symbolische orde in de zin van een gemeenschappelijk betekenisstelsel. Indien de voor wederkerigheid vereiste herkenning op dit sociale niveau niet mogelijk is, kan ook geen erkenning plaats vinden. Het recht heeft dan een onmisbare betekenis. Het vormt een andere (partiële) symbolische orde, een instantie die tussen 'vreemden' kan bemiddelen. De affectieve en sociale wederkerigheid wordt door het recht – als bemiddelende instantie – getransformeerd in een rationele, formele wederkerigheid tussen rechtssubjecten. Deze wederkerigheid kan conceptueel dus worden onderscheiden van andere vormen van wederkerigheid, die worden herkend en erkend in de relatie tussen leden van een affectieve, familiale, of andere sociale gemeenschap, bemiddeld door een symbolische orde in de zin van een gemeenschappelijk betekenisstelsel.

Het begrip wederkerigheid

Wederkerigheid kan zowel in een beperkte als in een brede betekenis worden geïnterpreteerd. Pessers spreekt van reciprociteit en mutualiteit. Salet duidt het wederkerigheidsbeginsel eveneens aan als reciprociteit en wel in de betekenis van 'wederkerige betrokkenheid van verantwoordelijke subjecten'. Hij onderscheidt niet zoals Pessers mutualiteit en reciprociteit, maar formuleert twee daarmee sterk overeenkomende vormen van reciprociteit: een sociaal-economische ruilreciprociteit en een intersubjectieve, morele, normatieve reciprociteit. In het navolgende wordt gebruik gemaakt van de terminologie van Pessers. De beide betekenissen van wederkerigheid zijn van belang voor een goed inzicht in de notie van genoegdoening binnen een juridisch kader.

Mutualiteit

Mutualiteit – de beperkte betekenis van wederkerigheid – duidt op 'het tegelijk, aan weerskanten oversteken', op wederzijdsheid. Binnen juridische kaders duidt men deze betekenis wel aan als ruilrechtvaardigheid, in de zin van 'voor wat hoort wat'. Aristoteles onderkende reeds

41. Het begrip symbolische orde wordt in de juridisch literatuur niet veel gebruikt en verdient daarom eigenlijk een nadere uitwerking. Het zou echter het doel van dit preadvies ver te buiten gaan om dit omvattende en complexe begrip nader toe te lichten. Het begrip speelt onder meer een rol in de psychoanalyse, de antropologie, de sociologie, de hermeneutiek en de semiotiek. In deze tekst wordt het begrip gebruikt om die verbanden aan te geven waarin sprake is van niet vrijblijvende gemeenschappelijke (wereld)beelden, collectieve duiding en het collectief afstemmen van verwachtingen en handelingen op elkaar.

het bestaan van deze vorm van rechtvaardigheid. Deze ziet volgens hem toe op de wederkerigheid, die de polis bijeen moet houden door ruilverkeer. Deze wederkerigheid kan niet worden uitgedrukt in termen van gelijkheid, zodat de prestaties ten opzichte van elkaar op een andere wijze onder een gemeenschappelijke noemer moeten worden gebracht. Deze noemer is het geld. Ruilrechtvaardigheid is in zijn ogen dan ook niet meer dan een economisch bemiddelde rechtvaardigheid en bevat geen aspecten van de morele deugd.

Reciprociteit

Reciprociteit, de bredere betekenis van wederkerigheid, ligt ten grondslag aan mechanismen van sociale ordening. Pessers spreekt in dit verband van een mechanisme van solidariteit, een noodzakelijke bestaanswijze, een psychologisch en sociaal structuurbeginsel. Reciprociteit omvat verhoudingen waarin wordt gehandeld of plichten worden nagekomen, terwijl er geen begunstigen zijn die een recht kunnen doen gelden of een tegenprestatie leveren: altruïsme uit moreel plichtsbewustzijn. Reciprociteit zou men kunnen omschrijven als 'een circulaire beweging van heen en wederkeren'. Wederkerigheid in deze betekenis betreft dus persoonlijke verhoudingen, maar is daarmee nog niet onverplichtend. Reciprociteit betekent dat subjecten zich aan elkaar gehouden weten. Zij nemen ten opzichte van elkaar een 'code' in acht die meebrengt dat men over en weer verwachtingen heeft en behoort na te leven. De basis van die plicht kan – volgens Ricoeur – worden verklaard uit de economie van de gift, die verplicht tot 'geven' omdat aan mij is gegeven. Deze plichtethiek heeft haar religieuze oorsprong in het 'gegeven zijn van de wereld', waarin de gedachte centraal staat dat het leven en de wereld verplicht tot ontvangen en doorgeven. Pessers beschrijft de gift in aansluiting daarop als een prototype van wederkerigheid: wederkerigheid met een persoonlijk, maar ook een verplichtend karakter.

Ook Salet geeft een uitvoerige beschrijving van de wijze waarop diverse auteurs de reciprociteit als morele verplichting funderen.⁴² Hij vat een en ander samen door een paar eigenschappen van reciprociteit te benoemen: vrijwillige deelname (gebaseerd op vrijwillig 'lidmaatschap' van de morele code), een impliciete of expliciete onderlinge verstandhouding, een vorm van gelijkwaardigheid tussen partijen (in de vorm van – ondanks verschillen – gelijkelijk gewaardeerd) en onomkeerbaarheid. Morele verplichtingen zijn bovendien niet beperkt

42. W.G.M. Salet, a.w. par. 3.2.1.

tot groepen, maar zij bestaan ook tussen organisaties en over en weer jegens de staat.

Reciprociteit sluit aan op hetgeen Aristoteles benoemt als vereffennende rechtvaardigheid.⁴³ Daarbij gaat het niet om de verdeling van maatschappelijke goederen, maar om herstel van het verbroken evenwicht tussen partijen. Deze vorm van rechtvaardigheid ziet dus uitsluitend op de partijen. De verplichting om de ontstane ongelijkheid te vereffenen veronderstelt niet alleen schade, maar ook onrechtvaardigheid, onrecht. Aristoteles' notie van vereffennende rechtvaardigheid is onbepaald in die zin, dat niet vaststaat wat onrechtvaardig is.

Wederkerigheid in het recht

Zoals gezegd vormt het recht een (partiële) symbolische orde, een instantie die tussen 'vreemden' kan bemiddelen.⁴⁴ De ordening van de samenleving door middel van het recht is geen vrijblijvende zaak. Men kan eerder spreken van een taak of opgave. Binnen een democratische rechtsstaat vormen een politieke en juridische structuur namelijk enerzijds een voorwaarde voor de vrijheid van de burger, anderzijds de grondslag voor machtsuitoefening door overheidsorganen. Het recht maakt daarmee deel uit van een structuur die kunstmatig door de mens tot stand wordt gebracht. Een van de instrumenten daartoe is wetgeving. Dankzij een democratisch wetgevingsproces wordt gemeenschappelijke aanvaarding van de normen verondersteld. De ruimte van het recht die daarmee ontstaat, bestaat zodoende uit een geheel van waarden, normen, procedures, begrippen en beginselen die een gemeenschappelijke referentiekader en een gemeenschappelijke taal opleveren: de symbolische orde van het recht. De taal en de begrippen waarmee de ordening is vormgegeven vormen dus een uitdrukking van gemeenschappelijkheid, zij worden geacht door een ieder te zijn aanvaard. In deze zin biedt het recht een openbare en kenbare geconstrueerde ruimte met een zeker gezag en waardigheid. En ondanks die openheid is het een besloten ruimte, in die zin dat de mogelijkheid om daar een rol te vervullen wordt bepaald door de gemeenschappelijkheid van de taal en begrippen, normen, waarden en kenbare regels. Deze ruimte van het recht biedt daarmee de mogelijkheid om over een maatschappelijk geschil te

43. Zie voor een beknopt doch helder overzicht A.M. Hol, *Gewogen recht. Billijkheid en efficiëntie bij onrechtmatige daad*, diss. Leiden 1993, Kluwer 1993.

44. Een deel van deze tekst is letterlijk overgenomen uit deel V van mijn Leidse oratie, *Geding buiten geding. Een confrontatie van het geding voor de strafrechter met strafrechtelijke ADR-vormen en mediation*, Kluwer 2001.

communiceren en debatteren, maar dan wel geabstraheerd van de alledaagse werkelijkheid. De relatie tussen overheid en burger wordt binnen die ruimte geconstrueerd als een rechtsbetrekking. De juridische vrijheid van het individu wordt daarbij gegarandeerd door de kunstmatige notie van rechtssubjectiviteit. Rechtssubjectiviteit in de hier bedoelde betekenis is een juridische categorie die het eigen domein van de persoon, zijn intimiteit, ontoegankelijk maakt voor het recht. Het recht garandeert dat de overheid een zekere afstand bewaart en het individu zijn eigen domein laat.

De rationele wederkerigheid van het recht is die van de mutualiteit. Maar ook in het recht, en zelfs op het niveau van het positieve recht, behoren beide vormen van wederkerigheid – reciprociteit en mutualiteit – een plaats te hebben. Een rechtsgemeenschap kan namelijk slechts maximaal wederkerig functioneren als binnen de symbolische orde van het recht niet slechts de gemeenschappelijke rechtssubjectiviteit functioneert, maar ook vormen van wederkerigheid uit andere symbolische ordes functioneren. Zij beïnvloeden elkaar, maar zijn daarmee ook deels van elkaar afhankelijk. De affectieve en sociale wederkerigheid wordt door het recht – als bemiddelende instantie – immers (deels) getransformeerd in een rationele, formele wederkerigheid tussen rechtssubjecten. Tegelijkertijd zal duidelijk zijn dat volledige inbedding van reciprociteitsrelaties in het recht niet haalbaar is en zelfs ook niet wenselijk.⁴⁵

Zowel Pessers als Salet maken zichtbaar dat er sprake kan zijn van een discrepantie tussen de rationele, formele door de symbolische orde van het recht bemiddelde wederkerigheid en de morele normatieve reciprociteit, de ethische verplichting. Niet alle conflicten zijn immers uit te drukken in rechten, plichten en procedures. Dientengevolge bestaat de mogelijkheid dat wederkerigheid in de betekenis van reciprociteit, van moraal, niet of niet volledig kan worden geïncorporeerd in het formeel juridisch kader. Pessers duidt dit aan als een 'morele reductie'.

De discrepantie zal zich in het bijzonder doen gevoelen in een sterk heterogene samenleving, gekenmerkt door zeer dynamische complexe maatschappelijke omstandigheden.

De rol van de staat bij wederkerigheidsrelaties

De democratische staat heeft niet alleen belang bij het bestaan van wederkerigheidsrelaties. Zij is enerzijds van afhankelijk, anderzijds zal zij wederkerigheid moeten bevorderen. De democratische staat

45. Op dit aspect wordt in deel IV nader ingegaan.

heeft namelijk de opdracht om het onverenigbare te verenigen. Zij moet principiële duurzame wederkerigheidsbetrekkingen in het leven roepen en ook zichzelf daaraan binden. Niet alleen de formele, maar ook de morele reciprociteit, de moraliteit als ethische verplichting behoort door de staat te worden bevorderd. Juist waar de samenleving veel en gedifferentieerde symbolische ordes in zich bergt is het belang van de bemiddelende functie van de staat groter.⁴⁶

In aansluiting op de rol van de staat trekt Salet de conclusie dat wederkerigheid niet alleen tot stand komt in directe betrekkingen tussen subjecten, maar ook indirect, zoals bijvoorbeeld in de betrekkingen tussen staat en burger. De indirecte vorm komt sterk overeen met de idee van het recht als bemiddelende instantie die een rationele, formele wederkerigheid tot stand brengt. Waar Pessers wijst op het feit dat de reciprociteit niet steeds volledig is of kan worden geïncorporeerd in de rationele wederkerigheid van het recht ('morele reductie'), wijst Salet op een daarmee nauw samenhangend risico. Hij problematiseert het feit dat uit zijn analyse blijkt dat reciprociteit 'zich concentreert op horizontale sociale betrekkingen, de betekenis van 'verticale' hiërarchische verhoudingen in het maatschappelijk en het statelijk verkeer verdwijnt hiermee uit het vizier'.⁴⁷ Reciprociteit betreft dus in essentie horizontale betrekkingen. Reciprociteit binnen machts- en bevelsverhoudingen is daarom conceptueel moeilijker te funderen en berust dan ook volgens hem uiteindelijk op vertrouwensrelaties. Die reciprociteitsrelaties zijn daardoor zeer kwetsbaar.⁴⁸ Met name in geval van sterk verticale, hiërarchische verhoudingen in de relatie tussen overheid en burger zullen er dus discrepanties kunnen optreden.

Wederkerigheid in het strafrechtelijk stelsel

Het belang van de uitweiding over wederkerigheid ligt met name in het belichten van het bestaan van discrepantie tussen de formele wederkerigheid van het recht en de morele, normatieve reciprociteit en de daarbij geïdentificeerde risicofactoren. Want, daar waar in het voorgaande (deel I) werd geconstateerd dat het slachtoffer in het huidige maatschappelijke klimaat niet tevreden is en behoefte lijkt te hebben aan *meer en anders* dan het strafrecht hem biedt, zou dat precies de uitdrukking kunnen vormen van de hier toegelichte discrepantie. Een toespitsing op de strafrechtelijke rechtsorde en de genoegdoeningsrelatie is daarom hier op zijn plaats.

46. W.G.M. Salet, a.w.

47. W.G.M. Salet, a.w. p. 44.

48. Hij doet vervolgens een poging om ook hiërarchische betrekkingen vanuit de grondslag van reciprociteit te conceptualiseren. W.G.M. Salet, a.w. hoofdstuk 4.

In aansluiting op het voorafgaande kan men het rationele wederkerigheidsbegrip aanduiden als een van de constitutieve beginselen van onze moderne rechtsorde. De rationele, formele wederkerigheid tussen rechtssubjecten is in ons rechtssysteem – een democratische rechtsorde – niet weg te denken. Het beginsel is constitutief voor de rechtsorde en ligt dus ook besloten in de beginselen van onze strafrechtelijke rechtsorde. Zowel dader als slachtoffer kunnen daarbinnen worden beschouwd als leden van dezelfde rechtsgemeenschap. Wederkerigheidsrelaties binnen de juridische orde kunnen conceptueel op diverse niveaus worden gedacht. Voor het strafrecht kan men daarbij denken aan vier niveaus van de relatie:

- (1) overheid-verdachte/dader;
- (2) overheid-slachtoffer;
- (3) vervolgende overheid-samenleving;
- (4) verdachte/dader-slachtoffer.

Bezien vanuit het perspectief van wederkerigheidsrelaties en de noodzaak daarvan voor het structureren van een gemeenschap is het feit dat er een, onder verantwoordelijkheid van de overheid gegarandeerd, strafrechtelijk stelsel bestaat van groot belang. Door middel van strafbaarstelling in wettelijke delictsomschrijvingen worden bepaalde menselijke gedragingen en de gevolgen daarvan ook juridisch relevante gedragingen. Daarin ligt uitdrukkelijk een erkenning besloten, die voor wederkerigheidsrelaties essentieel is. Diverse morele verplichtingen uit reciprociteitsrelaties tussen mensen worden daarmee immers erkend als relaties die bemiddeling door het recht verdienen en worden daarmee tevens mutualiteitsrelaties.⁴⁹ Bij deze conclusie past echter een kanttekening.

Zoals gezegd kan men niet aan een 'morele reductie' ontkomen, in die zin, dat wederkerigheid in de betekenis van reciprociteit, van moraal, niet of niet volledig kan worden geïncorporeerd in het formeel juridisch kader. Uit het navolgende zal blijken dat zeker bij het strafrecht sprake is van een tamelijk sterke 'morele reductie'. Deze morele reductie vindt niet alleen plaats door de omzetting van menselijke gedragingen in strafbaarstellingen, maar ook door de procedurele reducties die hun neerslag hebben gekregen in de strafrechtelijke procedures.

Zoals gezegd is het wederkerigheidsbeginsel constitutief voor de rechtsorde en ligt het dus ook besloten in de beginselen van onze straf-

49. Dit aspect sluit aan op de benadering van het strafrecht waarin dat rechtsgebied wordt beschouwd als sanctierecht. Deze opvatting heeft met name brede ingang gevonden via de leerboeken van Ch.J. Enschedé.

rechtelijke rechtsorde. De formalisering van wederkerigheidsrelaties in het wettelijk strafvorderlijk stelsel is een beperkte. Als gevolg van het publiekrechtelijke, verticale en sterk eendimensionale (hiërarchische) karakter van ons strafrecht betreffen de daarin geformaliseerde wederkerigheidsverhoudingen primair de verhoudingen tussen de overheid en de verdachte/dader (1).

De strafbaarstelling vormt allereerst een reductie van de veelheid aan reciprociteitsrelaties waaraan begaan onrecht ten grondslag ligt. Niet alle vormen van onrechtmatig gedrag worden immers getransformeerd in een door het strafrecht bemiddelde wederkerigheid tussen rechts-subjecten. De strafbaarstelling in een delictsomschrijving staat bovendien verder af van de reciprociteitsverhouding dan men veelal onderkent. De delictsomschrijving bevat – zeker voor de klassieke delicten – geen normstelling die is gericht op de dader, maar creëert een bevoegdheid voor de overheid om op te treden in geval van overtreding van de genoemde norm.⁵⁰ Daarmee is de strafrechtelijk geformaliseerde wederkerigheid al van meet af aan een indirecte vorm van wederkerigheid. Bovendien is er sprake van een hiërarchische of machtsverhouding van de vervolgende overheid ten opzichte van de dader.⁵¹

Het slachtoffer komt helemaal op de laatste plaats. Binnen het strafrechtelijk stelsel is de morele, ethische wederkerigheidsverhouding (reciprociteit) tussen dader en slachtoffer(s) (4) slechts zeer marginaal en indirect geïnstitutionaliseerd. Strafrechtelijk geduid kan dit worden herkend in de marginale juridische erkenning van rechten van het slachtoffer en in het feit dat de overheid met het vervolgingsmonopolie in de plaats treedt van het slachtoffer en de samenleving (2 en 3). De reciprociteit is dus zeer indirect vormgegeven en bovendien sterk ingebed in een bevels- of machtsstructuur. Voor de erkenning van het onrecht, wezenlijk voor de reciprociteitsrelatie, is het slachtoffer aangewezen op het Openbaar Ministerie, de beperkte procedurele rechten die hem toekomen en op een vonnis van de rechter over de dader en zijn daad. Dat vonnis vormt wederom slechts zeer marginaal en indirect een bevestiging van zijn reciprociteitsrelatie met de dader (1). Het gaat niet over hem, het slachtoffer.

50. In verband met de strekking van dit argument voor het onderhavige betoog worden de noodzakelijke nuances op deze opvatting hier achterwege gelaten.

51. Zowel de strafbaarstelling als de strafoplegging zijn in beginsel gebaseerd op eenzijdige besluitvorming en kunnen zonder erkenning, instemming of medewerking van de betrokken personen worden ingezet. Zie bijvoorbeeld M. Hildebrandt, *Strafbegrip en procesbeginsel*, diss. EUR, Kluwer 2002, hoofdstuk 2.

Bezien vanuit het slachtoffer kan de strafrechtelijke rechtsorde diens tengevolge op drie aspecten tekort schieten.⁵² Allereerst kan er discrepantie bestaan tussen de reciprociteit (in de betekenis van de morele verplichting) van dader en slachtoffer en de rationele geformaliseerde wederkerigheid (een mutualiteitsrelatie), als gevolg van de ernst en de aard van het gepleegde onrecht zoals dat wordt beleefd door het slachtoffer. Ik doel hier op de 'morele reductie' van Pessers. Deze discrepantie betreft de relatie dader-slachtoffer (4). Daarnaast kan er discrepantie ontstaan doordat de reciprociteit tussen dader en slachtoffer slechts via de zeer indirecte weg van het overheidsoptreden kan worden erkend. De relatie tussen dader en slachtoffer (4) is voor realisering van morele verplichtingen op het strafrechtelijk niveau in beginsel aangewezen op de bemiddelende rol van de vervolgende overheid.⁵³ Maar er is nog een derde aspect. In de terminologie van Salet is er namelijk niet alleen sprake van een indirecte wederkerigheid, maar bovendien van reciprociteit binnen hiërarchische, machts- of bevelsverhoudingen. Zoals gezegd berust de reciprociteit daarbinnen uiteindelijk op vertrouwensrelaties. De kwetsbaarheid van die reciprociteitsrelaties in het strafrecht behoeft daarom nauwelijks betoog. De erkenning van de reciprociteit en de daaruit voortvloeiende verplichting van de dader ten opzichte van het slachtoffer kan ontbreken in geval het slachtoffer het optreden van de overheid in zijn (het slachtoffer) plaats niet of niet meer kan herkennen als 'erkennen'. De symbolische orde van het recht schiet in die situaties te kort, omdat de reciprociteit uit andere symbolische ordes daarbinnen dan onvoldoende tot zijn recht komt.

Wederkerigheid in de genoegdoeningsrelatie

Genoegdoening is geen juridisch begrip, geen juridische categorie. Een genoegdoeningsrelatie is een persoonlijke relatie. Genoegdoen veronderstelt herkennen en vervolgens erkennen door de dader van een schuld-, aansprakelijkheids- of verantwoordelijkheidsrelatie met de gekrenkte op grond van het voorafgegane onrecht. Het onrecht bestaat in het geschokte of gekrenkte (rechts)gevoel en hoeft niet noodzakelijkerwijze juridisch als 'onrecht' te worden erkend.

In termen van het hierboven uitgewerkte wederkerigheidsbeginsel is de genoegdoeningsrelatie een reciprociteitsrelatie waarin een ethische

52. Dit betekent nog niet dat het strafrecht te kort schiet. De vraag is immers of het strafrecht ooit (volledig) aan de behoefte tot genoegdoening kan tegemoetkomen. In deel IV zal op die vraag nader worden ingegaan.

53. Daarbij moet men zich realiseren dat de primaire aandacht bij de taak van het Openbaar Ministerie niet ligt in de bemiddeling.

of morele verplichting ligt besloten. De reciprociteitrelatie tussen dader en slachtoffer is er dus een uit de symbolische orde van de affectieve, familiale of sociale verwantschap, ofwel van banden die zijn ontstaan door het onrecht, de schadetoebrengende gebeurtenis zelf. Die reciprociteit kenmerkt zich – zoals toegelicht – door het persoonlijk karakter, maar ook door het verplichtend karakter.

Bij een genoegdoeningsrelatie gaat het om een verplichting tegemoet te komen aan een geschokt gevoel, aangetaste eer, vernedering, etc. Een genoegdoeningsrelatie kan dus (volledig) zijn gebaseerd op reciprociteit via een symbolische orde van een gemeenschappelijke cultuur, een sociale groep, sociale gelijkenis, gemeenschappelijke geschiedenis en gemeenschappelijke gebeurtenissen.

Genoegdoeningsrelaties in het recht

Natuurlijk is het mooi als genoegdoening volgens de regels van desbetreffende symbolische orde, waarbinnen het onrecht plaats vond, wordt gerealiseerd. Dan zou in ieder geval het concrete slachtoffer van een strafbaar feit recht worden gedaan in de zin van *meer of anders*. Wij weten beter: dat is valse hoop. De maatschappelijke realiteit is onvermijdelijk anders. En juist aan het feit dat die weg nooit in alle gevallen en omstandigheden kan worden gerealiseerd, ontleent het recht zijn bemiddelende functie.

Ook de symbolische orde van het recht heeft wegen gecreëerd om in de behoefte aan genoegdoening te bemiddelen. Die mogelijkheid is er onder meer als het onrecht bestaat in een aantasting van lijf, eerbaarheid of goed en wel via de burgerlijke rechter. Waar deze naast de schadevergoeding – in de zin van herstel van de oude situatie of compensatie daarvoor – ook een immateriële schadevergoeding toekent is er naast de verdelende rechtvaardigheid ook sprake van vereffenende rechtvaardigheid. Daarmee kan aan vele kenmerken van de verplichting uit een genoegdoeningsrelatie zijn voldaan. Maar deze mogelijkheden moeten ook niet worden overschat. Vele relaties en vele vormen van onrecht lenen zich niet zonder meer voor deze weg. De procedures zijn bovendien kostbaar, niet snel en ook niet altijd succesvol. De genoegdoening aan het slachtoffer met behulp van strafrechtelijke middelen vergt dus nadere uitwerking.

Genoegdoening aan slachtoffer en nabestaanden langs strafrechtelijke weg

De wederkerigheidsrelaties uit de symbolische orde van een gemeenschappelijke cultuur, een sociale groep, sociale gelijkenis, gemeenschappelijke geschiedenis, gemeenschappelijke gebeurtenissen, zijn

slechts zeer beperkt geïnstitutionaliseerd in de door het recht gewaarborgde wederkerigheidsverhouding van dader en slachtoffer. De oorzaken zijn divers. Allereerst is daar het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel, dat onvermijdelijk bijdraagt aan een 'morele reductie' door formalisering van menselijke gedragingen als bestanddelen van een delictsomschrijving. Daarnaast bewerkstelligt de strafrechtelijke procedure – als gevolg van de daarbij toe te passen selecties – dat slechts veroordeling kan worden uitgesproken in geval aan alle voorwaarden voor een strafbaar feit is voldaan.⁵⁴ De hoeveelheid in aanmerking komende gedragingen wordt daarmee sterk gereduceerd. De behoefte van het slachtoffer aan genoegdoening wordt evenwel niet beperkt door die selectie. Deze blijft dus in volle omvang bestaan en wordt wellicht zelfs groter als gevolg van een mogelijk voor hem onbevredigende beslissing in het vonnis. Het gezag van de rechter en de motivering van de beslissingen in het vonnis zijn dientengevolge medebepalend voor de toch al beperkte mogelijkheden om het slachtoffer genoegdoening te bieden. Als derde oorzaak kan worden gewezen op het feit dat de door de wet gewaarborgde wederkerigheidsrelatie tussen dader en slachtoffer is gereduceerd tot een beperkte schade-compensatieverhouding.⁵⁵ In de termen van Aristoteles ziet de verdelende – en niet de vereffende – rechtvaardigheid op schadecompensatie. Het verdelingsprincipe is gebaseerd op een contractueel fundament. Nieuwenhuis formuleert het als volgt: 'Rechtvaardig is dat principe dat door alle betrokkenen overeengekomen zou kunnen zijn.'⁵⁶ Het gaat om het herstel van het evenwicht in de verdeling van maatschappelijke goederen en niet, zoals bij de vereffende rechtvaardigheid om evenwicht in de verhouding tussen partijen. Juist omdat het bij een genoegdoeningsrelatie gaat om geschokt rechtsgevoel en aangetaste eer voldoet het verdelingsbeginsel niet. De omvang van de behoefte aan genoegdoening wordt namelijk niet bepaald door de aard of de omvang van de schade, maar is sterk afhankelijk van de individuele beleving van het onrecht door het slachtoffer. Het strafrechtelijk stelsel biedt dus met zijn geformaliseerde wederkerigheidsrelaties (mutuali-

54. Zowel de politie als het Openbaar Ministerie en de rechter hebben een rol in die selectie. Voor de rechter kan men daarbij denken aan de vragen van art. 348 en 350 WvSv en de mogelijke beslissingen daarop in het vonnis zoals geformuleerd in art. 349, 351 en 352 WvSv.

55. Denk hierbij aan de schadevergoedingsregeling voor de benadeelde partij, de schadevergoeding als voorwaarde voor transactie, de schadevergoedingsmaatregel en de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.

56. J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden 1979, Kluwer 1979, p. 56.

teit) geen garantie dat de dader bij veroordeling tot vergoeding van de schade, tegemoet komt aan de behoefte aan genoegdoening van het slachtoffer.

Als laatste oorzaak kan worden gewezen op het feit dat de genoegdoeningsrelatie tussen dader en slachtoffer slechts via de zeer indirecte weg van het overheidsoptreden kan worden erkend. Genoegdoening in de zin van tegemoetkomen aan slachtoffers geschiedt in het strafrecht niet door de dader, maar in een gesublimeerde vorm. Het is slechts de overheid die overgaat tot actie en bovendien niet in de richting van het gekwetste slachtoffer. Genoegdoening – als verplichting voortvloeiend uit een reciprociteitsrelatie – kan, als gevolg van deze indirecte, gesublimeerde en op machtsverhoudingen gebaseerde mutualiteitsrelatie, uiteindelijk slechts zijn gebaseerd op vertrouwen. Zij is dus in belangrijke mate afhankelijk van het gezag van die overheid, de wetgever, justitie en de politie. Die afhankelijkheid geldt in het bijzonder en in laatste instantie voor het gezag van de rechter, die in een rechtsorde specifiek is belast met oordelen volgens de ethiek van de vereffende rechtvaardigheid.⁵⁷

Genoegdoening aan de samenleving langs strafrechtelijke weg

Zelfs al zouden de civielrechtelijke en strafrechtelijke wegen in onderlinge samenhang voldoende uitkomst bieden voor het slachtoffer, dan zouden we er nog niet zijn. De samenleving vraagt namelijk ook om genoegdoening wegens de krenking van de rechtsorde of het geschokte rechtsgevoel. En die behoefte aan genoegdoening is nu juist door middel van het strafrecht geïnstitutionaliseerd en geformaliseerd. De overheid heeft de afdoening van deze behoefte aan genoegdoening immers aan zich getrokken en de plaats van slachtoffer én van de samenleving overgenomen door het Openbaar Ministerie de vervolgingsbevoegdheid en het vervolgingsmonopolie toe te kennen. De genoegdoening aan de samenleving kan derhalve slechts zeer indirect, via de bemiddeling door de symbolische orde van het recht worden bewerkstelligd. De reciprociteit in de relatie tussen de vervolgende overheid en de samenleving berust dan misschien niet op een hiërarchische of bevelsverhouding, maar wel op een machts- en vertegenwoordigingsverhouding. Daarom zal ook daar de reciprociteit uiteindelijk alleen kunnen berusten op vertrouwen van de samenleving in de overheid, aangevuld met wettelijk procedurele waarborgen en de ongeschreven rechtsbeginselen.

57. Deze gedachte wordt onder meer uitgewerkt door Aristoteles in het vierde boek van zijn *Politeia*, maar kan ook worden gebaseerd op Montesquieu.

Realisering van genoegdoeningsrelaties binnen de juridisch orde van ons strafrechtelijk stelsel

Het voorafgaande neemt niet weg dat het belang van slachtoffers wel een plaats heeft gekregen in de strafvorderlijke verhoudingen. Aanstands wordt echter duidelijk dat aan de regelingen met behulp waarvan die belangen kunnen worden gerealiseerd het meest karakteristieke element van genoegdoening ontbreekt. Geen van die regelingen is namelijk gebaseerd op het uitgangspunt dat de dader actie onderneemt naar het slachtoffer.

Allereerst kan hiervoor worden gewezen op de mogelijkheid tot aangifte volgens art. 161 WvSv door een slachtoffer of ieder ander die kennis draagt van een strafbaar feit. Diverse delicten uit het WvSr zijn slechts vervolgbaar op klacht van het slachtoffer, zijn wettig vertegenwoordiger of zijn nabestaanden (de absolute klachtdelicten volgens art. 64 en 65 WvSr). Daarnaast bestaan de relatieve klachtdelicten: delicten die in het algemeen vervolgbaar zijn, maar in geval er een in de wet genoemde relatie bestaat tussen dader en slachtoffer, alleen op voorwaarde van een klacht. Indien het Openbaar Ministerie besluit niet tot vervolging over te gaan, kan volgens art. 12 e.v. WvSv beklag worden gedaan over de niet (verdere) vervolging. Deze regeling biedt belanghebbenden, waaronder het slachtoffer, de mogelijkheid om de macht van de overheid die is gelegen in de combinatie van vervolgingsmonopolie en opportuniteitsbeginsel te corrigeren.⁵⁸ Deze regeling is onlangs herzien met het oog op de versterking van de rechtspositie van het slachtoffer.⁵⁹

Door middel van deze regelingen heeft het slachtoffer de gelegenheid zijn geschokte (rechts)gevoel of anderszins behoefte aan vergelding, erkenning, tegemoetkoming etc. aan de vervolgende overheid – en soms later aan de rechter – over te brengen. Deze mogelijkheden hebben in het juridisch stelsel niet direct een tegenhanger in de vorm van erkenning en tegemoetkoming aan de tot uitdrukking gebrachte behoefte. Gebruikmaking van de desbetreffende mogelijkheden leidt namelijk niet automatisch tot vervolging. Er is van de bovenbedoelde wederkerigheid binnen de juridische orde niet echt sprake. Alleen indien het gerechtshof in geval van een beklag op grond van art. 12 WvSv beveelt dat vervolging zal worden ingesteld of voortgezet zal het Openbaar Ministerie zijn bevoegdheid tot vervolging moeten aanwenden. Het wederkerigheidskarakter van deze regelingen is beperkt. De behoefte aan genoegdoening van het slachtoffer is noch naar zijn aard, noch naar zijn omvang vertaald in een juridisch/formele weder-

58. TK 26 436, 1989/1999, nr. 3, p. 4.

59. *Stb.* 2001, 531 en *Stb.* 2002, 135 (TK 26 436, nr. 3 p. 5).

kerighedsrelatie en bovendien is er alleen sprake van een indirecte wederkerighedsrelatie.

Op grond van de artikelen 51a-51f, 167 lid 3, 332-335, 361, 421 en 554 WvSv kan de benadeelde partij – en daarmee het slachtoffer van een delict – zich voegen in de strafprocedure teneinde een schadevergoeding te krijgen zonder een civiele procedure te starten. Voeging kan reeds in het vooronderzoek plaatsvinden, zodat het slachtoffer de confrontatie met de verdachte op een terechtzitting kan vermijden. De vordering is niet (meer) aan een maximumbedrag gebonden. De voeging is en blijft accessoir aan de strafprocedure. Via deze regeling kan recht worden gedaan aan de ernst van de gevolgen van het delict voor een slachtoffer. Daarbij komt zowel de materiële als de immateriële schade voor vergoeding in aanmerking. De wederkerigheid in de betrekking tussen slachtoffer en dader is in die zin aanwezig dat de 'relatie' die is veroorzaakt door het onrecht, wordt beschouwd als een rechtsbetrekking in de zin van het civiele recht. De daarbij passende wederkerigheid komt tot uitdrukking in de veroordeling tot betaling van de vergoeding. Zeker waar er sprake is van vergoeding van immateriële schade lijkt het reciprociteitskarakter van genoegdoening tot zijn recht te kunnen komen. Daar staat echter tegenover dat de betrekking tussen dader en slachtoffer slechts zeer indirect vorm heeft gekregen, nu het slachtoffer contact met de verdachte/dader kan vermijden en voorkomen. Bovendien kan de voor genoegdoening vereiste herkenning en erkenning ontbreken: de dader betaalt om er vanaf te zijn. Het persoonlijke, morele reciprociteitskarakter van de voegingsregeling is diensgevolge zeer relatief.

III.2.3 Conclusie

Het is duidelijk geworden dat genoegdoening in zijn ideaaltypische vorm niet in ons strafrechtelijk stelsel valt terug te vinden. De kern van de oorzaak ligt in de discrepantie tussen de mogelijkheden van ons rationele/formele klassieke strafrechtelijk stelsel en de constitutionele omstandigheden en voorwaarden waarbinnen genoegdoening als een niet juridische categorie kan gedijen.

De verplichting tot tegemoetkoming aan onrecht door de dader aan het slachtoffer is hoe dan ook een verplichting binnen de symbolische orde van sociale verwantschap, familiebetrekkingen etc. In geval het onrecht daarvoor in aanmerking komt, bemiddelt onze overheid – als uitvloeisel van onze democratische rechtsstaat – door middel van het strafrecht in dit onrecht. De morele verplichting van de niet-juridische symbolische orde heeft slechts op een zeer indirecte en gereduceerde

wijze zijn neerslag gekregen in de symbolische orde van het recht: het gerationaliseerde, formele stelsel van strafrechtelijke betrekkingen. Met andere woorden, de reciprociteit uit de genoegdoeningsrelatie is dus slechts zeer beperkt geïncorporeerd in ons strafrechtelijk stelsel. Het strafrecht houdt zich namelijk primair bezig met de verhouding overheid-verdachte/dader en niet met de verhouding dader-slachtoffer. Het karakter van het strafrecht brengt bovendien mee dat de voor genoegdoening vereiste relatie tussen schender en gekrenkte niet centraal staat en de actie niet uitgaat van de schender, maar van de overheid (mede in naam van de schender). Daarbij komt nog dat het publieke karakter van ons strafrecht meebrengt dat de wederkerigheid-betrekkingen in dit rechtsgebied tamelijk eendimensionaal en verticaal zijn georiënteerd.

Kortom, de genoegdoeningsrelatie tussen dader en slachtoffer/nabestaanden/samenleving wordt weliswaar door het strafrecht bemiddeld, maar wel met een groot aantal beperkingen als resultaat. Er is sprake van een 'morele reductie', een procedurele reductie, een indirecte relatie en een verticale en hiërarchische relatie. Daarmee zijn alle denkbare discrepanties tussen verplichtingen uit de reciprociteitsrelaties en mutualiteitsrelaties in theorie vervuld. Het is al met al dus niet verwonderlijk dat ons strafrecht het niet gemakkelijk heeft met het 'opstandige slachtoffer' en zijn behoefte aan genoegdoening.

III.3 Doel en functie van genoegdoening geplaatst in ons strafrechtelijk stelsel

III.3.1 Genoegdoening en doel en functie van het strafrecht

Doel en functie van het strafrecht

Het doel van het strafrecht kan kort worden aangeduid als handhaving van de rechtorde of rechtshandhaving.⁶⁰ Het strafrecht maakt daartoe gebruik van de daarvoor ten dienste gestelde bevoegdheden, zoals controle op, opsporing, vervolging, berechting en sanctionering van strafbare feiten alsmede de tenuitvoerlegging van straffen. De inzet van deze middelen om rechtshandhaving te kunnen realiseren wordt veelal ook aangeduid met de term rechtshandhaving. Het strafrecht mag deze middelen slechts inzetten met inachtneming van de rechtsstatelijke voorwaarden van ons bestel. Strafrechtstoepassing – gericht op rechtshandhaving – vereist en impliceert daarmee waarborging van rechten

60. Met zo een beknopte omschrijving wordt natuurlijk geen recht gedaan aan het belang van het rechtsgebied en de theoretische fundering daarvan. Voor het doel van deze beschouwing kan echter met deze korte oriëntatie worden volstaan.

van burgers en verdachten en van andere belangen die samenhangen met de naleving, handhaving en sanctionering daarvan. De daartoe bij wet gestelde eisen worden gecomplementeerd met ongeschreven rechtsstatelijke normen. Die kwalificatie van rechtshandhaving als doel betekent echter niet dat het begrip rechtshandhaving zelf een statisch begrip is. Integendeel. Rechtshandhaving in een democratische rechtsstaat is een contextgebonden begrip dat steeds opnieuw interpretatie behoeft met inachtneming van heersende maatschappelijke belangen en opvattingen. Het strafrecht is in deze opvatting geen doel in zichzelf, maar vervult als middel van strafrechtelijke rechtshandhaving wel een autonome maatschappelijke functie.⁶¹

Doel en functie van genoegdoening binnen het strafrecht

Ook genoegdoening bieden is geen doel op zichzelf. Het primaire doel ligt in het tevreden stellen van de gekwetste. Als verder liggend doel kan worden gedacht aan verzoening en voorkomen van wraak of mateloze vergelding. Het bieden van genoegdoening, door middel van een handeling of gebaar, ontleent zijn waarde en betekenis volledig aan de context waarbinnen die handeling plaatsvindt, die van het aangedane onrecht. De functie van genoegdoen is dus geen autonome functie.

Naar zijn eigen aard staat er dus niets aan in de weg om de functie van genoegdoening te benutten in een strafrechtelijke verhouding en ten behoeve van strafrechtelijke rechtshandhaving. De vraag is eerder of omgekeerd de (autonome) functie en het doel van het strafrecht ook kunnen worden verrijkt met het inzetten van de functie van genoegdoening. Anders geformuleerd, kan genoegdoening worden benut als middel tot en ten dienste van strafrechtelijke rechtshandhaving, of ligt dit zelfs al ten dele daarin besloten?

Het antwoord op deze vraag ligt reeds besloten in de bespreking van het wederkerigheidsbeginsel en de wederkerigheid in het recht. De symbolische orde van het recht – en dus ook het strafrecht – functioneert pas optimaal als daarin juist ook verplichtingen uit andere symbolische ordes tot hun recht kunnen komen. In zekere zin is het strafrecht daarom zelfs ten dele afhankelijk van tegemoetkomen in de betekenis van genoegdoening.

61. Zie hierover A.C. 't Hart, 'De autonomie van het strafrecht', *DD* 2001, p. 237-250 alsmede S. Gutwirth en P. de Hert, 'Een theoretische onderbouwing voor een legitimiteitsproces', *DD* 2001, p. 1048-1087 en van dezelfde auteurs *Grondslagen-theoretische variaties op de grens tussen het strafrecht en het burgerlijk recht*, a.w.

III.3.2 Genoegdoening en doel van straffen

Het doel van straffen

Over het doel van de straf is onnoemelijk veel geschreven.⁶² In deze verhandeling blijft de bespreking daarom beperkt tot die aspecten en die gezichtspunten die van belang zijn om de betekenis van de notie genoegdoening voor het strafrecht zichtbaar te maken.

Volgens de in Nederland veelal gehanteerde verenigingstheorie kan het doel van de straf kortweg worden omschreven als vergelding en preventie. Vanuit de vergeldingsgedachte wordt de straf gerechtvaardigd omdat in het verleden is misdreven. Er moet daarom ook evenredigheid bestaan tussen de ernst van de normovertreding en de zwaarte van de straf. Tegelijkertijd vormt de vergelding een strafdoel in zichzelf. Door te vergelden wordt tegemoetgekomen aan de door het onrecht ontstane wraakgevoelens van zowel slachtoffer als samenleving. In de vergelding vallen strafgrond en strafdoel dus samen. Voor de preventie – zowel de generale als de speciale – geldt dat de grond ligt in het verleden, het doel in de toekomst. In de preventiegedachte ligt het herstel van het gezag van de geschonden norm besloten. De bovengrens van de straf kan worden gezocht in de vergeldingsgedachte, waarbinnen de overige strafdoelen moeten worden gerealiseerd. Anderen zoeken de bovengrens in de preventie of in andere utiliteitsdoelen, waarbinnen de overige strafdoelen kunnen worden gerealiseerd. Welk perspectief men ook kiest, de straf die in een concreet geval wordt opgelegd moet altijd zijn gerelateerd aan de ernst van het feit en mag niet hoger zijn dan kan worden gerechtvaardigd vanuit utiliteitsoverwegingen.

Schadevergoeding, compensatie of herstel in de oorspronkelijk situatie worden in het strafrecht niet als zelfstandig strafdoel beschouwd. Wel wordt voor deze doelen plaats gemaakt via de weg van de op te leggen maatregelen. Bezien kan dus ook nog worden of schadevergoeding, in de huidige betekenis als schadevergoedingsmaatregel opgelegd door de rechter en ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, elementen van genoegdoening in zich dragen.

Het doel van genoegdoening als element van straffen

Het doel van genoegdoening, de tegemoetkoming, het offer, ligt in de toekomst. Het 'gebaar' komt tegemoet in de door het onrecht ontstane onvrede, verstoorde verhouding of evenwicht. Daarmee is genoegdoe-

62. Zie recent S. Gurtwirth en P. de Hert, a.w. DD 2001 en M. Hildebrandt, *Strafbesluit* en *procesbeginsel*, a.w. hoofdstuk 2.

ning gericht op herstel van een 'relatie', en niet op herstel van het gezag van de geschonden norm of op herstel van de oorspronkelijke situatie.

Maar er is meer. Genoegdoening helpt de mensen om hun wraak in bedwang te houden, vergelding te voorkomen. Die reacties worden afgewenteld door middel van een 'substituut': het gebaar, het offer. Genoegdoening draagt eraan bij om de ontkiemende spiraal van geweld te smoren en te voorkomen dat er een keten van reacties en acties van onrecht ontstaat.

Genoegdoening is ook zeker niet identiek aan vergelding. Vergelding is gericht op het verleden en een strafdoel in zichzelf. Een toekomst tussen dader en slachtoffer, in welke vorm dan ook, wordt niet beoogd. Genoegdoening is géén doel in zichzelf, maar juist uitdrukkelijk gericht op de toekomst en op behoud of herstel van de relatie. Genoegdoening kan uitdrukkelijk bijdragen aan het voorkomen van wraak of de behoefte aan vergelding. Omdat bij genoegdoening de gerichtheid op het verleden ontbreekt is er geen noodzakelijke relatie met de ernst van het feit. Die relatie hoeft ook niet te worden gelegd om een normerend effect voor de toekomst te bereiken. Herstel van het gezag van de norm of generale preventie vormen immers ook geen doel van genoegdoening. Daarmee ontbreken voor genoegdoening zowel een objectief te benoemen ondergrens als een bovengrens.

Omdat genoegdoening (in zijn ideaaltypische vorm) niet is gericht op herstel in de oude situatie of compensatie kan zelfs directe schadevergoeding van dader aan slachtoffer – bijvoorbeeld als voorwaarde voor een voorwaardelijk sepot – niet als genoegdoening worden aangeduid. Schadevergoeding voor immateriële schade aan de benadeelde partij, opgelegd door de rechter deels wel. Daarnaast kan er sprake zijn van betaling van een door de rechter op basis van art. 36f WvSr opgelegde schadevergoedingsmaatregel. Ook deze maatregel kan vergoeding van immateriële schade omvatten en voor dat deel als genoegdoening worden aangeduid. Ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel komt slechts neer op herstel van de oude situatie en valt dus niet als genoegdoening te kwalificeren.⁶³

Recapitulerend kunnen we vaststellen dat genoegdoening geen strafdoel vormt en daaraan dientengevolge geen zelfstandige functie in ons publiekrechtelijk strafrechtelijk bestel is toebedeeld. Genoegdoening is ook geen doel in zichzelf, het vervult geen autonome functie. Wel kan met het bieden van genoegdoening een bijdrage worden geleverd

63. Waarbij overigens niet valt uit te sluiten dat het slachtoffer wel tevreden is met deze 'oplossing'.

aan het realiseren van de strafdoelen. Zo kan onmatige vergelding en eigenrichting worden voorkomen of bijvoorbeeld de weg naar verzoening worden opengezet. De rechtshandhaving kan dus zonder meer worden gediend met genoegdoening.

III.4 De gronden voor genoegdoening geplaatst in ons strafrechtelijk stelsel

Gronden voor genoegdoening

In deel II zijn de gronden voor genoegdoening aangegeven. Er moet sprake zijn van een onrecht in de zin van een geschokt of gekrenkt (rechts)gevoel: aantasting van eer, gevoel, vertrouwen, geluk, etc. De kwalificatie als onrecht brengt mee dat schade op zichzelf niet voldoende is. Maar de vraag of het gebeurde als onrecht kan worden gekwalificeerd kan ook niet slechts worden bepaald op basis van de persoonlijke ervaring van het gebeuren door het slachtoffer. Daarvoor is ook vereist dat het gebeurde binnen de symbolische orde waarvan dader en slachtoffer gezamenlijk deel uitmaken als onrecht geldt. Er moet dus sprake zijn van een genoegdoeningsrelatie die is gebaseerd op schending van de regels of rituelen van een sociale ordening die hen verbindt. Zo kan er sprake zijn van een familieband, een groepsband, een buurtverwantschap of zelfs van een relatie die slechts is gebaseerd op het gebeuren zelf. Bovendien veronderstelt die kwalificatie dat de dader schuldig, aansprakelijk of verantwoordelijk kan worden geacht voor het veroorzaakte onrecht.

Gronden voor genoegdoening in het strafrecht

De gedachte van reageren op begaan onrecht is niet vreemd aan het strafrecht. In oorsprong werden immers juist die gedragingen strafbaar gesteld die werden verondersteld een moreel onrecht in zich te sluiten. De klassieke commune delicten uit ons Wetboek van Strafrecht zijn daarvan de vrucht. Veel van de Titels van de misdrijven uit dat wetboek geven nog steeds uitdrukking aan die gedachte, zoals: misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid (XVII), misdrijven tegen het leven gericht (XIX), misdrijven tegen de zeden (XIV), mishandeling (XX) en diefstal en stroperij (XXII).

De ernst van een delict is in beginsel verdisconteerd in de strafbedreiging. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van ons wetboek van strafrecht blijkt dat bij het bepalen van strafmaxima niet alleen rekening is gehouden met de objectieve ernst van het delict, maar ook met de subjectieve ernst in de vorm van de gezindheid van

de dader.⁶⁴ De objectieve ernst van het delict was het belangrijkste ijkpunt voor het bepalen van de maximale vrijheidsstraf. Daaronder werd onder meer begrepen: de gevolgen, het kostbare karakter van het geschonden rechtsgoed, de schokkende aard van het feit, het misbruik van vertrouwen dat spreekt uit het delict etc. In hoeverre de gevolgen van de ernst van het delict voor het slachtoffer ook worden begrepen onder de noemer van de objectieve ernst van het delict is niet altijd duidelijk. Impliciet ligt dat overigens wel besloten in de genoemde factoren. Bij bepaalde delicten, zoals bijvoorbeeld de zedendelicten wordt de ernst van de gevolgen voor het slachtoffer wel uitdrukkelijk genoemd als factor voor het bepalen van het strafmaximum. De wetswijzigingen die in de loop der jaren, als gevolg van gewijzigde maatschappelijke opvattingen ten aanzien van deze delicten tot stand zijn gekomen, bevestigen de erkenning van de beleving van het slachtoffer als relevante factor.

De neerslag van het belang van de subjectieve ernst in de vorm van de gezindheid van de dader vindt men met name in het aanzienlijke verschil in de hoogte van de bedreigde straf in geval van dodelijke en in geval van culpoze delicten. Langs deze weg krijgt de daderzijde een veel hogere prioriteit dan de 'slachtofferzijde'.

Bij de naar het gevolg gekwalificeerde delicten komt de ernst van hetgeen het slachtoffer is overkomen sterk naar voren. Bij die delicten is de strafbedreiging hoger in geval de gevolgen voor het slachtoffer ernstiger zijn. Bovendien zijn deze strafverzwarende gevolgen geobjectiveerd, zodat het opzet van de dader niet van invloed is op deze verzwaring. Het bekendste voorbeeld is de eenvoudige mishandeling uit artikel 300 WvSr, waarvan lid 2 en 3 het strafverzwarend gevolg van lichamelijk letsel, respectievelijk de dood bevatten.

Ook strafverzwarende begeleidende omstandigheden die in of bij diverse delictsomschrijvingen zijn benoemd staan soms direct of indirect in verband met de beleving van slachtoffers. Als voorbeeld kan dienen artikel 145 WvSr dat een strafverzwarende vorm bevat van het verhinderen van vergadering, zoals bedoeld in artikel 143. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat de bijzondere bescherming (strafverzwaring) niet wordt verleend om de geestelijke of de kerk te beschermen, maar omdat de aard van ons volk meebrengt dat inbreuk op zijn godsdienstzin als een zwaarder vergrijp wordt opgevat.

Ook in de rechtspraak zijn ontwikkelingen aanwijsbaar die bij toepassing kunnen leiden tot een sterker verdisconteren van de gevolgen van

64. Zie J. de Hullu, I.M. Koopmans & Th.A. de Roos, *Het wettelijk strafmaximum. Een onderzoek naar het patroon van strafmaxima in het commune en het bijzondere strafrecht*, Deventer 1999.

een delict voor het slachtoffer. Zo biedt bijvoorbeeld de interpretatie van de causaliteitseis volgens de leer van de redelijke toerekening de mogelijkheid om – meer dan voorheen – rekening te houden met de bijzondere kwetsbaarheid van het slachtoffer, alsmede met ex post gegevens.⁶⁵ De persoonlijke ervaring van onrecht van het slachtoffer komt dus niet op de eerste plaats, maar speelt wel een rol van betekenis.

In dit verband zou ook nog aandacht kunnen worden besteed aan de vraag hoe in het strafrecht wordt omgegaan met de idee van het dragen van eigen risico en met toeval. Het denken in maatschappelijke risico's manifesteert zich niet alleen breed in het maatschappelijk leven, maar ook in het juridisch denken. In het civiele recht is deze notie reeds sterk doorgedrongen, maar ook het strafrecht ontkomt niet aan deze tendens. De invloed van het risico-denken zal met name tot uitdrukking komen in het niet meer herkennen en vervolgens erkennen van een verplichting jegens de ander volgens een reciprociteitsrelatie. De verplichting uit een genoegdoeningsrelatie kan dan – evenals in het recht – zelfs al in de intersubjectieve verhoudingen van de sociale symbolische orde worden weggerationaliseerd. Het (deels) afwentelen van risico's op partijen zal uiteindelijk de positie van het slachtoffer zowel in de reciprociteitsverhouding als in de mutualiteitverhouding van het recht kunnen verslechteren.⁶⁶ Dit onderwerp vergt echter een diepgaander behandeling dan binnen het bestek van dit preadvies mogelijk is.⁶⁷

Recapitulerend kunnen we vaststellen dat bepaalde gronden zoals die gelden voor genoegdoening ten dele zijn geïncorporeerd in de strafbaarstellingen van ons stelsel. Dat geldt in ieder geval voor onrecht in de vorm van aantasting van lijf, eerbaarheid en goed. De gronden voor strafverzwaring en objectivering van bepaalde gevolgen zijn ook deels gefundeerd op de ernst van het onrecht voor het slachtoffer en bevestigen het belang van erkenning daarvan. Daarmee kunnen zij indirect een bijdrage leveren aan genoegdoening.

65. In deze richting bijvoorbeeld W. Nieboer, G.A.M. Strijards, 'Criteria voor gevolgstoerekening', *DD* 1980, afl. 6, p. 415.

66. Overigens valt ook niet uit te sluiten dat alle verantwoordelijkheden naar de overheid worden geschoven. Zie hierover Th.A. de Roos, 'Strafrecht als risicomanagement', in E.R. Muller en C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Boom, Den Haag 2001, p. 221-234.

67. Ik voelsta hier daarom met het noemen van enkele relevante literatuurverwijzingen. E. Claes, 'Rechtszekerheid, rechtsvinding en toeval in het strafrecht', *Rechtskundig Weekblad* 2001-2002, nr. 30, p. 1049-1059; C.C. van Dam, 'Smartegeld in Europees Perspectief: het verdriet van Europa', *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 1991, nr. 2, p. 92-107.

III.5 De middelen van genoegdoening geplaatst in ons strafrechtelijk stelsel

Genoegdoeningsmiddelen

Met welke middelen kan men genoegdoening realiseren? In hoeverre sluiten deze vormen aan of passen die binnen het strafrechtelijk stelsel? En, zijn er wellicht in het strafrecht reeds middelen voorhanden die voldoen aan de eisen van genoegdoening?

De genoegdoeningsrelatie verplicht niet tot herstel van de oude situatie of tot financiële compensatie daarvoor. Het doel van genoegdoening ligt immers niet in herstel of een vorm van ruilrechtvaardigheid. Het doel ligt ook niet in vergelding of bestraffing. De nakoming van de verplichting uit de genoegdoeningsrelatie is gericht op herstel van de verhouding tussen partijen.

De aard van het onrecht is wel bepalend voor het ontstaan van een genoegdoeningsrelatie, maar niet bepalend voor het middel, het gebaar van genoegdoening. De ernst van het onrecht is niet bepalend voor de maat van genoegdoening.

Dit brengt met zich mee dat niet vastligt met welke middelen genoegdoening kan plaatshebben en ook niet in welke omvang. Er valt immers niet in abstracto te bepalen welk middel geschikt is om gekwetst of geschokt (rechts)gevoel te vereffenen. Bezien vanuit de aard van de genoegdoeningsrelatie, een intersubjectieve morele verplichtende relatie, moet het middel wel de kwalificatie 'tegemoetkoming', gebaar of 'offer' verdienen. Die eis impliceert wel een zekere *maat of maatvoering*: zoveel als nodig is, voldoende. Genoegdoening wordt dus gerealiseerd door een op het gekwetste (rechts)gevoel afgestemde tegemoetkoming. En die eis impliceert bijna noodzakelijkerwijs dat het gebaar van de schender persoonlijk moet uitgaan. Zo zal de essentie van genoegdoening bijvoorbeeld ontbreken in geval van 'betaling' door een verzekering.

Genoegdoening eist geen directe relatie met de waarde van de geschonden goederen, of de ernst van het feit. Daarmee ontbreekt ook iedere relatie met de mate van schuld van de dader: er hoeft geen sprake te zijn van een ruilrechtvaardigheid. Bezien vanuit het slachtoffer zal de beleving of waardering van het aangedane onrecht wel een rol spelen en wel in die zin dat die (mede) bepalend kan zijn voor de vraag wanneer voor hem de tegemoetkoming voldoet. Het belangrijkste criterium voor de aard en de maat van genoegdoening zal moeten worden gevonden in de relatie tussen dader en slachtoffer. Die relatie is er een van verwantschap op een bepaald niveau van sociale ordening. Zo kan er sprake zijn van een familieband, een groepsband, een buurtverwant-

schap of zelfs van een relatie die slechts is gebaseerd op het onrecht zelf. Bij dat laatste kan men bijvoorbeeld denken aan een fout in het verkeer die schade heeft veroorzaakt. De relatie tussen dader en slachtoffer kan weer toekomst krijgen door de genoegdoening af te stemmen op de regels en rituelen van de desbetreffende symbolische orde. Dit betekent overigens niet dat partijen in de toekomst als de beste vrienden verder moeten kunnen. Het betekent wél dat er geen beletsel of belemmering meer aanwezig mag zijn om binnen de symbolische orde(s) waarvan zij beiden gezamenlijk deel uitmaken, de daarbinnen heersende aanspraken en verwachtingen over en weer, ten opzichte van elkaar te realiseren.

Noch de aard, noch de maat van genoegdoening kunnen dan ook verplichtend worden vastgesteld. Zo kunnen geld, berouw, een cadeau, een bekentenis, etc. in aanmerking komen. Een symbolisch gebaar kan soms volstaan, een bloemetje doet goed en een welgemeend excuus herstelt veel pijn. Misschien zal in bepaalde kringen een robbertje vechten – geïnspireerd op het oude duel – zelfs het beste aansluiten en daarom een bevredigend middel zijn. Uit diverse bronnen komt naar voren dat sommige slachtoffers al tevreden zijn met aandacht, met erkenning, met een klein gebaar of een excuus. Anderen zullen behoefte hebben aan een gesprek, uitleg. Weer anderen zullen blijven steken in wraak en wrok, waar geen enkel middel van genoegdoening tegenop is gewassen.

Genoegdoeningsmiddelen in het huidige strafrecht

Hiervoor is vastgesteld dat de symbolische orde van het recht diverse soorten reducties met zich meebrengt: morele reductie, procedurele reductie en indirecte, verticale wederkerigheid. Als het gaat om middelen die kunnen bijdragen aan genoegdoening moeten we vaststellen dat ook de middelen waarmee het strafrecht in tegemoetkoming kan bemiddelen – bijna noodzakelijkerwijze – zijn gereduceerd tot vormen ontleend aan de notie van ruilrechtvaardigheid; zoals straffen naar de mate van schuld, vergelding naar de mate van schuld, preventie binnen de grenzen van proportionaliteit en utiliteit, in betaling van schadevergoeding gebaseerd op principes van economische wederkerigheid. De strafrechtelijke middelen geven dus weinig tot geen aanknopingspunten voor de middelen waarmee genoegdoening tot zijn recht kan komen.

Toch liggen in de strafvorderlijke procedure ook mogelijkheden besloten om het slachtoffer op enige wijze tegemoet te komen. Met name in de fase direct of snel na het plegen van een strafbaar feit hebben zowel politie als OM vele mogelijkheden om op een informele, niet

strikt juridisch genormeerde wijze aan een herstel van de verhouding tussen verdachte/dader en slachtoffer bij te dragen. Zowel de wijkbemiddeling, dading, mediation, als Stop- en Halt-trajecten liggen dichterbij aan tegen morele verplichtingen op basis van een reciprociteitsverhouding, dan tegen de formele, gerationaliseerde verplichtingen op basis van het recht.⁶⁸ Genoegdoening van de dader aan een slachtoffer in deze fase is vaak bevredigender vanwege de directe aansluiting op het strafbare feit en vanwege het scala aan mogelijke – niet-geformaliseerde – middelen.

Juist omdat er veelal sprake zal zijn van een emotionele schade, een aantasting van gevoel of vertrouwen leent een financiële vergoeding zich niet zonder meer voor genoegdoening. Maar als de verplichting uit een genoegdoeningsrelatie slechts met behulp van bemiddeling door het recht kan worden gerealiseerd neemt men veelal wel genoegen met een financiële vergoeding voor immateriële schade. Deze vorm is in het civiele recht uitdrukkelijk erkend.⁶⁹ Ook in het strafrecht wordt deze vorm aanvaard voor een tegemoetkoming in de immateriële schade van de benadeelde partij (en bij de schadevergoedingsmaatregel).

III.6 Een veranderende strafrechtelijke context

III.6.1 Inleiding

Er zijn veel ontwikkelingen in en rondom het strafrecht, die ons strafrechtelijk stelsel en de strafrechtelijke concepten ter discussie stellen of dwingen tot aanpassing en nuancering daarvan. Voor een beantwoording van de gestelde vragen over de plaats van genoegdoening als concept binnen ons strafrechtelijk stelsel is het noodzakelijk het eerder geschetste beeld van ons strafrechtelijk stelsel te complementeren en te nuanceren. In het navolgende volgt een overzicht van de bedoelde ontwikkelingen. De beschrijving daarvan wordt beperkt en 'gekleurd' door het perspectief van de kenmerken en karakteristieken van genoegdoening.

De ontwikkelingen in en rondom het strafrecht zullen worden gevolgd door een beknopte beschrijving van de beweging van 'restorative justice'. Die beweging sluiten enerzijds aan bij zowel theorie en praktijk van het zoeken naar alternatieven voor het strafrecht en strafrecht als

68. Hoewel zij ook dan altijd een stok achter de deur hebben.

69. Zie hiervoor onder II.3.

'ultimum remedium'.⁷⁰ Daarnaast kan deze beweging worden beschouwd als een poging om de omgang met begaan onrecht zowel in theorie als praktijk te funderen op wezenlijk andere principes dan het strafrecht. Daarmee poogt de beweging van 'restorative justice' onder meer een antwoord te vinden op de als onbevredigend ervaren positie van het slachtoffer in het strafrecht. Deze uitweiding is wenselijk omdat diverse kenmerken van genoegdoening nauw aansluiten bij herstelrecht en omdat deze beweging verder gaat dan de beschreven ontwikkelingen in en rondom het strafrecht zelf. Ook deze beschrijving zal worden beperkt en 'gekleurd' door het perspectief van de kenmerken van genoegdoening.

III.6.2 Het publiekrechtelijk karakter onder druk

Allereerst staat het (primaire) publiekrechtelijk karakter van ons strafrechtelijk stelsel behoorlijk onder druk en wordt dat karakter soms zelfs 'overschaduwd' door andere uitgangsposities. Zo ontkomt ook het strafrecht niet aan de druk van de huidige cultuur van privatisering en individualisering. Maar wellicht het meest pregnant komt deze druk op ons stelsel naar voren in het 'slachtoffer-gericht' denken, waarbinnen zowel de wetgever, als de strafrechtspleging en de strafrechtwetenschappers wordt verweten dat zij zich te weinig bekommeren om het slachtoffer.⁷¹ Inmiddels wordt zowel op het niveau van de rechtspraktijk, als de regelgeving en de strafrechtstheorie getracht de betrekking tussen overheid en slachtoffer zowel conceptueel als feitelijk meer inhoud te geven. We zien deze ontwikkeling in de rechtspraktijk onder meer in een toenemende aandacht van de rechter ter terechtzitting voor de behoeften van het slachtoffer.⁷² Als voorbeeld kan dienen dat de rechter het slachtoffer toestaat om tijdens de terechtzitting het woord te voeren. Daarnaast is zichtbaar dat de rechter bij de keuze voor strafmaat en strafsoort zijn betrokkenheid bij het slachtoffer vaker 'een plaats geeft' en dat explicieter dan voorheen in zijn strafmo-

70. Ik doel hierbij onder meer op het abolitionisme en de verschuiving naar bestuursrechtelijke handhaving. De theoretische basis voor deze ontwikkelingen in Nederland is gelegd door L.H.C. Hulsman.

71. De meest vergaande uitwerking daarvan vindt men bij Hans Boutellier, *Solidariteit en slachtofferschap. De morele betekenis van criminaliteit in een postmoderne cultuur*, diss. UvA 1993, SUN, Nijmegen 1993. Zie voor een strafrechtstheoretische benadering A.C. 't Hart, 'Straf, recht en waarden', alsmede Y. Buruma, 'Victimalisering van het strafrecht', beide in: M. Moerings (red.), *Hoe punitief is Nederland?*, Arnhem 1994.

72. Zie hierover bijvoorbeeld R. Kool, M. Moerings en W. Zandbergen, *Recht op schrift. Evaluatie projecten Schriftelijke slachtofferverklaringen*, Kluwer 2002.

tivering tot uitdrukking brengt. De Nederlandse rechtspraak wordt bovendien 'gestimuleerd' door uitspraken van het EHRM, dat op eigen wijze het slachtoffer een niet te verwaarlozen positie toedeelt.⁷³

Ook op het terrein van de regelgeving wint het slachtoffer aan terrein ten opzichte van de overheid. Als voorbeeld kunnen dienen de slachtofferrichtlijnen voor politie en Openbaar Ministerie en de Europese richtlijnen voor de benadering van slachtoffers in het strafrecht.⁷⁴

Ook de recente veranderingen in de regeling voor beklaag tegen niet-of niet verdere vervolging geven uitdrukking aan de terreinwinst van het slachtoffer ten opzichte van de monopoliepositie van de overheid.⁷⁵ Inmiddels is in de Tweede Kamer een initiatiefwetsvoorstel voor spreekrecht voor het slachtoffer aanvaard.⁷⁶

Ook aan de strafrechtswetenschap is het veranderend oordeel over de (primaire) publiekrechtelijke positie van ons strafrecht niet voorbijgegaan. Men treft een kritische aandacht voor die positie onder meer in de (rechts)theoretisch georiënteerde literatuur over de positie van de vrouw als slachtoffer van seksueel geweld, in beschouwingen over de taak van de strafrechter en in de 'relationele interpretaties' van recht, rechtsbescherming en rechtshandhaving geïnspireerd op het gedachtegoed van 't Hart.⁷⁷

73. Zie hiervoor onder meer C.P.M. Cleiren, 'De anonieme getuige: een vervolgsverhaal, annotatie bij EHRM 26 maart 1996, Doorson', AA september 1996, p. 585-590.

74. Zie de 'Aanwijzing Slachtofferzorg van het Openbaar Ministerie', *Stet.* 1999, 141; voor Europese richtlijnen zie de mededeling van de Europese Commissie: *Crime Victims in the European Union- Reflexions on Standards and Action*, Brussels, 14 juli 1999, 349.

75. Zie hiervoor met name de meest recente wetwijziging van 1 november 2001, *Stb.* 2001, 531, in werking getreden op 1 mei 2002.

76. Voorstel van wet van de leden Dittrich en Schonewille tot wijziging van enige bepalingen van het Wetboek van Strafvordering (invoering van spreekrecht voor slachtoffers en nabestaanden), Kamerstukken II, 2000/2001-2001/2002, 27 632.

77. Zie voor literatuur over slachtoffers van seksueel geweld vele publicaties van Heikelen Verrijn Stuart, van Renée Kool en van Katinka Lünemann. Voor beschouwingen over slachtoffers en de taak van de strafrechter vele publicaties van M.S. Groenhuijsen en voor een - van de zojuist genoemde auteurs - sterk afwijkende mening Y. Buruma, *De aandacht van de strafrechter*, oratie Nijmegen 1996, Deventer 1996. Zie voor het gedachtegoed van 't Hart, onder meer A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem 1994, in het bijzonder p. 280-285; 'Strafrecht, recht en waarden', in: M. Moerings e.a. (red.), *Hoe punitief is Nederland?*, Arnhem 1994, p. 31-44; De meerwaarde van het strafrecht, Den Haag, 1997, p. 116 e.v.; *Hier gelden wetten, Over Strafrecht, Openbaar Ministerie en multiculturalisme*, Deventer 2001. In en langs het spoor van dit gedachtegoed onder meer: S. Gurtwirth & P. de Hert, 'Een theoretische onderbouwing voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van →

In het huidige maatschappelijk tijdsgewricht is het alleen al daarom niet meer vanzelfsprekend om over strafrechtelijke doelen, beginselen en systematiek primair te denken en deze te duiden vanuit de verticale betrekking tussen overheid en verdachte/dader, waarbij de overheid als actor steeds het monopolie heeft.

III.6.3 Herwaardering van de horizontale dimensies van strafrechtelijke functies

De verticale relatie overheid-verdachte/dader wordt ook 'genuanceerd' als gevolg van verschuivende opvattingen over de rol van het strafrecht ten behoeve van de rechtshandhaving. Al sinds 1970 wordt expliciet uitgedragen dat rechtshandhaving niet slechts moet zijn geïnspireerd op de wet, maar ook op het algemeen belang. Deze interpretatie van recht en rechtshandhaving biedt ruimte voor een op de maatschappelijke context gerichte inzet van het strafrecht. Enerzijds heeft deze interpretatie de afgelopen decennia een onmisbare rol gespeeld bij het verwezenlijken van het gedachtegoed van 'het strafrecht als ultimum remedium' en het benutten en ontwikkelen van andere handhavingstelsels. Anderzijds biedt deze interpretatie van recht en rechtshandhaving ook openingen en dus ruimte om het strafrecht vaker en intensiever in te zetten. Dit betekent overigens niet dat er geen grenzen kunnen worden gesteld aan de inzet van het strafrecht. Afgezien van de onverkort geldende eisen van legaliteit zullen de grenzen aan die inzet in ieder geval mede moeten worden ontleend aan de waarden en beginselen van onze democratische rechtsstaat.

Met name in tijden van maatschappelijke onrust, onvrede, onzekerheid en onveiligheid wordt het strafrecht vaak beschouwd en aangegrepen als hét middel voor alle kwalen. De huidige maatschappelijke situatie vormt daarvan een duidelijke illustratie. In het huidige tijdsgewricht zien we een sterke tendens om het doel van rechtshandhaving – en in het verlengde daarvan het inzetten van strafrecht – nagenoeg volledig te denken en te duiden in termen van veiligheid.⁷⁸ Boutellier introduceert hiervoor zelfs de term 'veiligheidsutopie'.⁷⁹ Een en ander heeft

→ de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers', *DD* 2001, p. 1048-1087; M. Hildebrandt, *Strafbegrip en procesbeginsel*, diss. EUR 2002, Kluwer 2002, onder meer hoofdstuk 2.4.

78. Deze tendens kan overigens niet los worden begrepen van de genoemde cultuur van privatisering en individualisering.

79. Hans Boutellier, *De veiligheidsutopie, Hedendaags onbehagen en verlangen rond misdaad en straf*, Den Haag 2002.

gevolgen voor de wijze waarop de strafrechtelijke rechtsbescherming-taken worden geprioriteerd. De basis van de rechtsbeschermingstaak ligt in onze juridische staatsstructuur, waarbinnen juridische relaties tussen burgers onderling en tussen de burger en de staat als op voorhand gegeven worden beschouwd. De rechtsbeschermende taak brengt mee dat de overheid individuele rechtsbescherming op deze beide niveaus moet garanderen. De huidige 'veiligheidsutopie' leidt ertoe dat aan de bescherming van de relaties tussen burgers onderling hogere prioriteit wordt toegekend dan voorheen. Daardoor krijgt de interpretatie van strafrechtelijke handhaving binnen deze 'veiligheidsutopie' naast de verticale dimensie steeds meer een horizontale dimensie.⁸⁰

III.6.4 Herwaardering van de 'relatie' tussen slachtoffer en dader

Ook de betrekkingen tussen dader en slachtoffer zijn het laatste decennium niet aan discussie en verandering ontkomen. En ook hier zien we deze tendens zowel op het niveau van de rechtspraak, als de regelgeving en de strafrechtstheorie.

In de (rechts)praktijk is een ontwikkeling zichtbaar van activiteiten van zowel overheids- als particuliere instellingen om oplossingen tussen dader en slachtoffer te bevorderen en aantrekkelijk te maken. Deze activiteiten lopen uiteen van organiseren, coördineren, stimuleren en kanaliseren van wijk- en buurtprojecten, Justitie in de buurt, Halt en Stop-projecten tot bijvoorbeeld dading en mediation. Maar ook de rechter neemt een gebaar van de dader naar het slachtoffer – of het nu een financiële vergoeding behelst of een bloemetje in het ziekenhuis – vaak mee in zijn oordeel over de persoon van de verdachte en daarmee in de straftoemeting.

In de regelgeving zien we eveneens een uitdrukking van groeiend besef van het belang van enige vorm van tegemoetkoming aan het slachtoffer. Zo is tamelijk recent de schadevergoedingsmaatregel ten behoe-

80. Zie hiervoor A.C. 't Hart die een relationele opvatting van het rechtsbegrip uitwerkt en onderbouwt in de lijn waarvan rechtshandhaving een fundamenteel onderbepaald begrip is, waarbinnen rechtsbescherming op diverse niveau's gestalte kan krijgen. Vanuit deze rechtsopvatting kan en mag het strafrecht niet slechts in een verticale verhouding tussen overheid-verdachte/dader worden vormgegeven. Zie onder meer: *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, a.w.; *De meerwaarde van het strafrecht*, a.w.; *Hier gelden wetten, Over Strafrecht, Openbaar Ministerie en multiculturalisme*, a.w. Deze visie op rechtshandhaving wordt nader uitgewerkt door M. Hildebrandt in *Strafbegrip*) en *procesbeginsel*, a.w.

ve van het slachtoffer ingevoerd en zijn de mogelijkheden voor het slachtoffer als benadeelde partij in het strafrecht versterkt.⁸¹

Ook in de wetenschap is het veranderend oordeel over de verhouding dader-slachtoffer zichtbaar. Dit discours is met name gecentreerd in de 'bewegingen' rondom het herstelrecht (restorative justice), de dading en de mediation.⁸²

III.6.5 Een nieuw paradigma?

Hoewel de benoemde kenmerken en karakteristieken van genoegdoening niet goed aansluiten op ons strafrechtelijk stelsel, zou het veel te eenvoudig zijn om te concluderen dat de notie van genoegdoening op grond daarvan voor het strafrecht geen interessante notie is. De beschrijving van de veranderingen in en discussie rondom de wezenlijke kenmerken van dat stelsel illustreren dat.

Hoewel in het strafrechtstheoretisch discours altijd wel een diversiteit aan doelen en functies van strafrecht en straffen is onderkend, ontkomen we in het huidig maatschappelijk en juridisch klimaat nauwelijks aan een zekere herwaardering van de verticale dimensies van ons strafrecht en van de primair bij strafrechtelijke handhaving betrokken 'partijen'. De tamelijk verticale verhoudingen krijgen steeds meer horizontale dimensies en de 'eendimensionale rechtbetrekking' overheid-verdachte/dader maakt plaats voor een ruimte van 'multidimensionale' betrekkingen. De strafrechtspleging heroriënteert zich als het ware op de te garanderen reciprociteitsrelaties.

Op grond van het voorafgaande kan zelfs de vraag worden gesteld of dit klimaat de voorbode vormt van een nieuw paradigma.⁸³ Vatten we het discours samen vanuit een breder perspectief, dan kunnen we immers stellen dat de rationaliteit en de proceduraliteit van ons 'klassieke' strafrecht onder grote druk staat. De eerder genoemde ontwikkelingen en verschuivingen in het denken over het slachtoffer in het strafrecht vormen daarvan een illustratie. Zij beperken zich bovendien niet

81. Deze wetgeving kwam tot stand op basis van de voorstellen van de commissie Terwee, die op 20 augustus 1985 werd ingesteld. De commissie bracht rapport uit in maart 1988: Commissie Wettelijke voorzieningen slachtoffers in het strafproces (Terwee), 's-Gravenhage 1988. De dosbetreffende wet is van 23 december 1992, *Stb.* 1993, 29.

82. Herstelrecht zal in het hiernavolgende onder III.6.6 worden besproken.

83. In het besef van het regelmatig oneigenlijk gebruik van dit begrip wordt het – desondanks – hier gebruikt omdat in de meest radicale opvattingen van de herwaardering (bijvoorbeeld in de meest radicale opvattingen van 'restorative justice') inderdaad sprake zou zijn van een nieuw paradigma.

tot Nederland, niet tot Europese landen en ook niet tot het strafrecht in de betekenis van een formeel erkend strafrechtelijk stelsel.

Deze beweging heeft diverse culturele, maatschappelijke, theoretische en uit de praktijk voortvloeiende achtergronden, die niet alleen met elkaar samenhangen, maar die elkaar ook sterk beïnvloeden. Het preadvies van Zijderveld biedt een breder overzicht van deze achtergronden, zodat ik hier volsta met het noemen van enkele achtergronden die ook in Nederland hun sporen hebben nagelaten.

In brede zin passen deze achtergronden in een tendens van victimologisering van moraal en strafrecht.⁸⁴ Men zou de tendensen ook kunnen duiden in termen van een paradox van enerzijds autonomie en anderzijds kwetsbaarheid van het individu.⁸⁵ De ontwikkeling van een pluralistische samenleving, het feminisme, de ontzuiling of herziene verzuiling, de verzorgingsstaat en het 'verval' daarvan, de individualisering, alsmede het gedachtegoed van de postmodernisten, vormen een voedingsbodem voor deze victimologisering.⁸⁶ Op deze voedingsbodem heeft de groei van victimologische kennis bijgedragen tot een stevige verdieping van de benadering van het fenomeen slachtoffer.⁸⁷ Deze verdieping sluit aan op ontwikkelingen in de penologische wetenschap die de aandacht voor de maatschappelijke betekenis van de straf weer nieuwe impulsen heeft gegeven, een ontwikkeling die zich met name sterk heeft ontwikkeld vanuit de ervaringen met aanpak van jeugdige daders.

Ook de juridische – en juridisch georiënteerde – cultuur maakt natuurlijk deel uit van deze meer omvattende cultuur. Daar signaleren we in

84. H. Boutellier, *Solidariteit en slachtofferschap*, a.w. 1993. Zijn werk is sterk beïnvloed door het werk van R. Rorty, *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

85. Onderbouwing voor deze gedachte vindt men onder andere in G.J.M. van den Brink, 'Waar komt het grote onbehagen vandaan', in: Het grote onbehagen, special *NJB* 2000, nr. 45/46, p. 2173-2178 en de daarin vermelde onderzoeken van zijn hand; Idem, *Mondiger of moeilijker. Een studie naar de politieke habitus van hedendaagse burgers*, Voorstudies en achtergronden WRR, V115; D. Garland, *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1990 en P. Ricoeur, 'Morale, éthique et politique', in *Pouvoirs, Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques*, 1993, p. 5-18.

86. Zie voor verschil in opvattingen daarover het preadvies van Anton C. Zijderveld, *De wisselende aandacht voor slachtoffers, enkele cultuursociologische overwegingen* en met name zijn kritische beschouwing van de opvattingen in het werk van H. Boutellier, *Solidariteit en slachtofferschap*, a.w.

87. Voor de Nederlandse situatie kunnen we daarbij met name wijzen op het werk van J.J.M. van Dijk en vele onderzoeken onder verantwoordelijkheid van het WODC en het ministerie van Justitie, alsmede op de activiteiten en publicaties van M.S. Groenhuijsen.

diezelfde periode een groeiende cultuur van het claimen van recht en rechten, die – overigens op het eerste gezicht paradoxaal – samenvalt met een tendens tot de-juridisering. Een en ander vindt zijn neerslag onder meer in de beschreven verbeteringen van de positie van het slachtoffer in het strafproces, en daarnaast in de genoemde ontwikkeling van vormen van dading, mediation, schikken etc.

In ieder geval kunnen we constateren dat er sprake is van een discours waarbinnen de notie van genoegdoening niet zonder meer uit de toon valt. En, vanuit het perspectief van die ontwikkelingen zou de notie van genoegdoening wellicht zelfs een heel zinvolle bijdrage kunnen leveren aan het debat. Des te paradoxaler is het overigens om te constateren dat het slachtoffer, zijn nabestaanden en de samenleving bepaald niet meer tevreden lijken dan twee decennia terug.

III.6.6 De beweging rondom 'restorative justice'

De laatste twee decennia hebben de hierboven beschreven ontwikkelingen naast de ontwikkelingen in en rondom het strafrecht zelf een sterke groei doorgemaakt naar een beweging die men wel samenvat onder de noemer 'restorative justice' of herstelrecht.⁸⁸ De theorievorming in ons taalgebied vangt aan rond 1993 in België met het onderzoek van Tony Peters en Lode Walgrave aan de KU te Leuven.⁸⁹ Er bestaat geen algemeen aanvaarde definitie van wat onder herstelrecht moet worden verstaan. Lode Walgrave omschrijft herstelrecht als volgt: een visie op recht doen die prioriteit geeft aan het herstel van de schade, leed en sociale onrust die door een misdrijf zijn ont-

88. Een handig en beknopt overzicht van deze ontwikkelingen, alsmede van daarover te raadplegen literatuur vindt men in: John Blad, 'Strafrecht en bemiddeling: opkomst en toekomst van herstelrecht in Nederland', in: *Recht der werkelijkheid*, 2000, nr. 2, p. 51-71; Marijke Malsch en Raphaëla Carrière, 'Dading en bemiddeling: geschikt voor het strafrecht?' In: *Recht der werkelijkheid*, 1996, 1; L. Walgrave, 'Over "Reintegrative Shaming" en restorative Justice, Een pleidooi voor klaarheid in terminologie en theorie', *Tijdschrift voor Criminologie* 1996, 4. Overigens is ook in België veel handige (overzichts)literatuur over de beweging van het restorative justice te vinden, met name van de hand van Lode Walgrave en Tony Peters. Zie onder meer L. Dupont en F. Hutsebaut (eds.), *Herstelrecht tussen toekomst en verleden*, Liber Amicorum Tony Peters, Universitaire Pers Leuven 2001.

89. Deze theorievorming sluit overigens nauw aan bij het werk van Hulsman, die in Nederland reeds daarvoor de fundamenteën van het strafrecht aan een grondige en kritische beschouwing onderwierp. Zie voor een 'overzicht' van zijn denken J.R. Blad, *Abolitionisme als strafrechtstheorie, Theoretische beschouwingen over het abolitionisme van L.H.C. Hulsman*, diss. EUR 1996.

staan.⁹⁰ Waar binnen het traditionele strafrecht vergelding als primair doel wordt benoemd, ligt het primaire doel van het herstelrecht dus in het herstel van de aangerichte schade. Leedtoevoeging wordt niet nagestreefd, maar kan wel een neveneffect zijn.⁹¹ In de ogen van sommige auteurs is het mogelijk vergelding binnen de notie van restorative justice een plaats te geven. Diverse andere auteurs, waaronder de op dit terrein zeer gezaghebbende Braithwaite, delen die mening niet.

Het onrecht wordt – anders dan in het traditionele strafrecht – primair beschouwd als een conflict tussen dader en slachtoffer, waarbij de overheid slechts een secundaire rol vervult. Herstelrecht erkent zowel een individuele burger, als een instelling of de samenleving als mogelijk slachtoffer van de aangerichte schade. De aard van de schade kan zowel materieel als immaterieel zijn en ook de oplossingen kunnen in beide vormen plaatsvinden. Omdat de intentie om tot herstel te komen essentieel is, kan de oplossing zeer concreet, maar bijvoorbeeld ook symbolisch zijn. Bovendien is in samenhang daarmee de aard of de omvang van de geboden oplossing niet noodzakelijkerwijs gebonden aan de ernst van het onrecht of de mate van schuld. Binnen het traditionele strafrecht krijgt de dader zijn verdiende loon in relatie tot de ernst van het gepleegde onrecht.

Herstelrecht tracht herstel in beginsel tot stand te brengen door middel van een vrijwillig overleg tussen dader en slachtoffer, in aanwezigheid van of begeleid door een derde. Een belangrijk aspect van herstelrecht wordt daarom gevormd door het proces om de motivatie voor dat vrijwillig overleg tot stand te brengen. Deze interpretatie van herstelrecht ligt dicht aan tegen vormen van dading en mediation. De theorievorming rondom herstelrecht wordt onder meer uitgewerkt in de richting van een republikeinse strafrechtstheorie, waarin de notie 'dominion' als te beschermen doel centraal staat. In het spoor van dat gedachtegoed hangt de theorie rondom herstelrecht nauw samen met 'shaming'.⁹²

Als de beweging van 'restorative justice' radicaal wordt opgevat, als een breed gedragen culturele beweging, als een intellectuele traditie

90. L. Walgrave, 'Op zoek naar een kader voor een herstelrechtelijk rechtsmodel', in: L. Dupont en F. Hutsebaut (eds.), *Herstelrecht, Tussen toekomst en verleden*, Liber Amicorum Tony Peters, p. 579 en eerder in G. Bazemore and L. Walgrave, 'Restorative Juvenile Justice' in: Search of Fundamentals and an Outline for Systematic Reform, in: Bazemore G. and Walgrave L. (ed.), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm by Youth Crime*, Criminal Justice Press 1999.

91. L. Walgrave, *Over 'Reintegrative Shaming' en restorative Justice*, a.w. 1996.

92. Zie in het bijzonder J. Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989 en L. Walgrave, a.w. 1996.

of als een politieke implicatie van een nieuwe vorm van democratie, dan zijn de consequenties ingrijpend. In die visie kan niet worden volstaan met een hervorming van ons strafrechtelijk systeem, maar zal moeten worden overgegaan tot een meer omvattende transformatie van onze juridische stelsels. Men spreekt bij die opvattingen daarom ook wel in termen van een nieuw paradigma.⁹³

Binnen de beweging van het herstelrecht wordt door diverse auteurs aandacht geschonken aan de theoretische onderbouwing van de noties van herstelrecht en de fundamentele vraag of de doelstellingen van herstelrecht niet ook binnen de procedurele en formele kaders van het 'traditionele' strafrecht kunnen worden gerealiseerd.⁹⁴ In zo een meer gematigde opvatting tracht men met behoud van de kaders van het traditionele strafrecht zo veel als mogelijk aan het doel van herstelrecht – herstel – tegemoet te komen. De hierboven genoemde verbeteringen van de positie van slachtoffers en andere belanghebbenden die de laatste twee decennia in ons stelsel zijn doorgevoerd, vormen in zekere zin een illustratie van de gematigde opvatting. Zo zijn diverse auteurs van oordeel dat herstel ook onder dwang (of drang) en in een verplichtend kader van een juridische procedure moet kunnen plaatsvinden. In die – gematigde – interpretatie liggen diverse elementen van het herstelrecht dichter aan tegen strafrechtelijke sanctievormen zoals de schadevergoedingsmaatregel en de werkstraf.

De belangrijkste karakteristieken van de beweging van 'restorative justice' overziend, kan worden geconstateerd dat vele van de genoemde kenmerken en karakteristieken van de notie genoegdoening daar zeer goed bij aansluiten. Zo valt vergoeding van immateriële schade binnen die kaders, is de mate van schuld niet bepalend en vervult de symboliek een wezenlijke rol. Een van de meest essentiële kenmerken van genoegdoening, namelijk herstel van de betrekking, vormt echter niet de essentie van restorative justice. Die beweging accepteert immers ook herstel in de vorm van herstel van de oude situatie of compensatie daarvoor. In die gevallen waar niet wordt tegemoet gekomen aan de eis van herstel van de relatie kan niet van genoegdoening worden gesproken.

Hoe dan ook, wil men kunnen voldoen aan alle vereisten van het ideaaltypisch model van genoegdoening, dan zal men ten minste de radicale opvatting van 'restorative justice' moeten volgen. De juridische

93. Zie hiervoor III.5.

94. Het eerder genoemde *Liber Amicorum* voor Tony Peters is daarvan een goed voorbeeld: L. Dupont en F. Hutsebaut (eds.), *Herstelrecht, Tussen toekomst en verleden*, Liber Amicorum Tony Peters, a.w.

stelsels zouden ingrijpend moeten worden getransformeerd. Omdat dit preadvies de notie van genoegdoening aan slachtoffers tracht te bezien binnen en vanuit de strafrechtelijke kaders, zal het vanuit het perspectief van de radicale vertegenwoordigers van 'restorative justice', niet zeer bevredigend kunnen zijn.

Overigens overlappen de grondslagentheoretische vragen waar zowel de radicale als de minder radicale vertegenwoordigers van 'restorative justice' mee worstelen en zeer actief aan werken – als gevolg van de gesignaleerde overeenkomsten – de fundamentele vragen die met betrekking tot genoegdoening aan de orde zijn.

Deel IV Meer mogelijkheden voor genoegdoening?

In deel III is de conclusie getrokken dat de constitutieve voorwaarden en omstandigheden voor genoegdoening in ons klassiek strafrechtelijk model ontbreken. Maar precies daar waar die ontbreken ligt het strafrecht onder vuur: het publiekrechtelijk karakter, de verticale relatie overheid-burger en de verwaarlozing van de 'relatie' tussen slachtoffer en dader. Het belang en de ernst van de druk op het strafrecht wordt bekrachtigd door het slachtoffer, dat roept om '*meer of anders*' recht doen. Paradoxaal genoeg lijken de reeds tot stand gebrachte versterkingen van de positie van het slachtoffer in de diverse fases van de strafvorderlijke procedure niet bij te dragen aan een grotere tevredenheid.

Er is dan ook meer dan voldoende reden om te kijken of in het strafrecht plaats kan en moet worden ingeruimd voor '*meer of anders*', voor genoegdoening. We keren daarom terug naar de vragen die in deel I zijn gesteld en recapituleren met het oog daarop de bevindingen uit het voorafgaande.

Genoegdoening als verplichting binnen een symbolische orde

Genoegdoening aan slachtoffers heeft een veel beperktere betekenis dan 'recht doen' aan slachtoffers. Het is slechts één van de mogelijkheden waarmee recht kan worden gedaan.

Het bieden van genoegdoening is een eis die voortvloeit uit de structuur en de regels van een sociale gemeenschap of verwantschapsgroep. De verplichting tot genoegdoening door de dader ontstaat binnen en volgens de structuur (symbolische orde) van een sociale gemeenschap als gevolg van een door hem begaan onrecht. De morele, intersubjectieve wederkerigheid tussen dader en slachtoffer is daardoor verstoord en moet worden hersteld.

Genoegdoening is een handeling die moet worden verricht door een dader ten opzichte van een slachtoffer om datgene weg te nemen dat aan een goede verhouding in de weg staat: een gebaar. Dat gebaar is noodzakelijk om de geschonden morele, intersubjectieve wederkerigheidsrelatie tussen dader en slachtoffer een nieuwe toekomst te bieden. Om het samenleven binnen de sociale gemeenschap waarvan zowel dader als slachtoffer deel uitmaken weer mogelijk te maken, kan genoegdoening zelfs als een morele verplichting worden gekwalificeerd. Die morele verplichting ontstaat niet louter op basis van de subjectieve ervaring van het onrecht door het slachtoffer. De aard van het onrecht is weliswaar onbepaald, maar binnen de betreffende symbolische orde en de context moet het gebeurde wel als onrecht gelden. Kortom, genoegdoening geeft door herkenning en erkenning van het onrecht én het slachtoffer de relatie tussen dader en slachtoffer een toekomst.

De symbolische orde van het recht

Het recht staat niet neutraal ten opzichte van dergelijke sociale verbanden, noch ten opzichte van die morele wederkerigheidsrelaties. Waarden en normen uit sociale verbanden krijgen in een democratische rechtsstaat immers een neerslag in het recht.

Zoals gezegd vormt het recht een (partiële) symbolische orde, een instantie die tussen 'vreemden' kan bemiddelen. De ruimte van het recht bestaat uit een geheel van waarden, normen, procedures, begrippen en beginselen die een gemeenschappelijke referentiekader en een gemeenschappelijke taal opleveren: de symbolische orde van het recht. De taal en de begrippen waarmee de ordening is vormgegeven vormen dus een uitdrukking van gemeenschappelijkheid, zij worden geacht door een ieder te zijn aanvaard. In deze zin biedt het recht een openbare en kenbare geconstrueerde ruimte met een zeker gezag en waardigheid. Daarbinnen biedt het recht de mogelijkheid om over een maatschappelijk geschil te communiceren en debatteren. De procedures die het recht daarvoor creëert en de rituelen waarvan het zich bedient kunnen niet worden gemist in dat debat. Zij vormen niet alleen de kaders, maar deels ook 'de taal' van het recht.

Het juridisch debat is dus gekleurd door de orde van het recht, het is geabstraheerd van de alledaagse werkelijkheid. Daarin ligt enerzijds de kracht van het recht: communicatie wordt mogelijk gemaakt en het debat is gericht op beëindiging van het conflict. Het recht heeft juist daar een onmisbare betekenis. Maar anderzijds ligt daar ook de beperking – of wil men het noemen de zwakte – van het recht. De affectieve en sociale wederkerigheid van de onderliggende verhoudingen tussen

betrokkenen bij een conflict komt in het recht slecht getransformeerd aan de orde. En ook al zijn de waarden, normen, beginselen en wederkerige relaties uit andere symbolische ordes zo veel als mogelijk opgenomen in het recht, het recht kan die structuren, regels en rituelen slechts met haar eigen taal en haar eigen gesublimeerde, procedurele en geritualiseerde vormen tot uitdrukking brengen en realiseren. Zo zijn de juridisch gegarandeerde normen het resultaat van een selectie binnen het democratisch proces van wetgeving. En daar komt bij dat niet alle sociale- en morele normen en verplichtingen zich lenen voor transformatie naar het niveau van de symbolische orde van het recht. Het karakter van een artificieel geconstrueerde orde, gericht op rechts-subjecten en beperkt tot een geformaliseerde taal, geformaliseerde procedures en vastliggende rituelen leent zich nu eenmaal niet voor het realiseren van alle menselijke gevoelens en ervaringen.

De realisering van genoegdoening binnen de symbolische orde van het recht

Zoals de wraak door het recht is getransformeerd tot een juridisch genormeerde en geaccepteerde vorm van proportionele vergelding, zou in theorie ook genoegdoening kunnen zijn getransformeerd en geformaliseerd in de juridische strafrechtelijke structuur. Genuegdoening bleek evenwel in zijn ideaaltypische vorm niet in ons strafrechtelijk stelsel te zijn terug te vinden. De kern van de oorzaak werd gevonden in de discrepantie tussen de mogelijkheden van ons rationele/formele klassieke strafrechtelijk stelsel en de constitutieve omstandigheden en voorwaarden waarbinnen genoegdoening als een niet-juridische categorie kan gedijen.

De verplichting tot tegemoetkoming aan onrecht door de dader aan het slachtoffer is hoe dan ook een verplichting binnen de symbolische orde van sociale verwantschap. Deze morele verplichting heeft slechts op een zeer indirecte en gereduceerde wijze zijn neerslag gekregen in de symbolische orde van het recht: het gerationaliseerde, formele stelsel van strafrechtelijke betrekkingen. Kortom, de genoegdoeningsrelatie tussen dader en slachtoffer/nabestaanden/samenleving wordt weliswaar door het strafrecht bemiddeld, maar het resultaat is marginaal. Op grond van de analyse in deel III moet worden geconstateerd dat de mogelijkheden van het strafrecht sterk zijn beperkt, als gevolg waarvan het slachtoffer tevreden moet zijn met een vorm van 'gesublimeerde' genoegdoening. De constitutieve voorwaarden en omstandigheden voor genoegdoening worden in het juridisch strafrechtelijk kader slechts marginaal gegarandeerd. Zo werd geconstateerd dat de mogelijkheid om genoegdoening daadwerkelijk te realiseren wordt

beperkt door de 'morele reductie', de procedurele reductie, het publieke karakter, het indirecte karakter en het verticale (hiërarchische) karakter. Waar wél genoegdoeningsaspecten in het strafrecht herkenbaar zijn, bleek het resultaat daarvan sterk te moeten worden gerelativeerd, als gevolg van het genoemde indirecte en verticale karakter van de wederkerigheidsrelaties. Zo is overwogen dat een vergoeding van immateriële schade aan de benadeelde partij als genoegdoening zou kunnen worden begrepen. Tegelijkertijd bleek echter dat deze – reeds zeer beperkte – mogelijkheid door de wetgever is 'ontdaan' van een voor genoegdoening essentieel aspect, zoals een ontmoeting tussen de betrokken partijen, dader en slachtoffer.

De roep van het slachtoffer en de samenleving om 'meer en anders' recht doen

De morele verplichting tot genoegdoening door de dader ontstaat binnen en volgens de structuur van een sociale gemeenschap, als gevolg van een door hem begaan onrecht. De morele, intersubjectieve wederkerigheid is door het onrecht verstoord en moet worden hersteld. In beginsel zal de sociale gemeenschap of de symbolische orde waarbinnen het onrecht zich heeft afgespeeld regels en normen kennen waarlangs herstel van de relatie tussen haar leden (dader en slachtoffer) zou moeten kunnen worden gerealiseerd. De sociale werkelijkheid is helaas vaak weerbarstiger. Onze huidige samenleving kenmerkt zich door een grote diversiteit, een grote complexiteit en zeer heterogene groepen. Onder die omstandigheden blijken de relaties tussen mensen vaak zo heterogeen en zo weinig 'wederkerig' dat genoegdoening binnen de sociale context niet wordt of niet kan worden gerealiseerd. Als deze informele wegen tekort schieten groeit het beroep op de juridische orde. De actuele onvrede over het strafrecht binnen de samenleving kan waarschijnlijk mede aan de huidige belemmeringen en hindernissen in de informele wegen (van de niet-juridische symbolische ordes) worden toegeschreven.

Kan het recht meer bijdragen aan genoegdoening?

Wat kan het recht? Kan het strafrecht bijdragen aan het herstel van een geschonden intersubjectieve relatie, moet het dat beogen en tot op welke hoogte?

In het voorafgaande is duidelijk geworden dat de belangrijkste belemmeringen om aan genoegdoening bij te dragen liggen in een aantal beperkende constitutieve voorwaarden en omstandigheden van het recht: de 'morele' reductie, de procedurele reductie, het publieke karakter, het indirecte karakter en het verticale (hiërarchische) karakter.

Kortom, genoegdoening is dan wel een eis van moraal en een eis van gerechtigheid, maar daarmee nog niet zonder meer een eis van het (straf)recht. Op deze vaststelling volgen diverse vragen. Allereerst rijst de vraag of het recht zodanig ingrijpend zou moeten worden veranderd of getransformeerd dat de notie genoegdoening uit de symbolische orde van sociale verbanden volledig in de symbolische orde van het recht zou worden verwerkt. Zo nee, dan rijst de vraag of de morele, intersubjectieve eis van genoegdoening een zodanige is dat deze wel bij wettelijke strafrechtelijke regelingen zou moeten worden gewaarborgd. Zo nee, zouden de strafrechtelijke organen die eis van genoegdoening als aanvullende eis van recht kunnen of wellicht zelfs moeten beschouwen? En zo ja, waar ligt de grens voor zo een doorwerking van eisen uit andere symbolische ordes?

Transformatie van het recht?

De eerste vraag die om beantwoording vraagt is of het recht zodanig ingrijpend zou moeten worden veranderd of getransformeerd dat de notie genoegdoening uit de symbolische orde van sociale verbanden volledig in een (nieuwe) symbolische orde van het recht zou kunnen worden gerealiseerd. Deze vraag kan zeer kort worden beantwoord. Afgezien van de vraag of zo een transformatie mogelijk is, geven de conclusies over de beperkte realisatie van genoegdoening binnen het strafrecht geen aanleiding om een totale transformatie van onze rechtsorde te bepleiten zoals in de meest radicale vorm van 'restorative justice' wel wordt betoogd. De analyse over genoegdoening doet namelijk niets af aan het belang van de overige doelen en belangen waar het strafrecht voor staat: de strafrechtelijke bescherming van de rechtsorde in al zijn facetten. De wijze waarop het strafrecht dankzij deze opdracht kan bemiddelen in conflicten tussen rechtssubjecten is in belangrijke mate toe te schrijven aan het publiekrechtelijke karakter en het machtsmonopolie dat de overheid bij wet is toebedeeld. Indien deze randvoorwaarden van het strafrechtelijk stelsel zouden worden verlaten om meer aan de behoefte aan genoegdoening te kunnen tegemoetkomen, zullen andere doelen van het strafrecht onvermijdelijk in de verdrukking komen. De voordelen daarvan zouden, gezien vanuit de gemeenschap als geheel, niet opwegen tegen de nadelen.

Wettelijke inbedding van genoegdoening?

De tweede vraag die aan de orde is, is of de morele, intersubjectieve eis van genoegdoening een zodanige is dat deze bij wettelijke strafrechtelijke of strafvorderlijke regelingen zou moeten worden gewaarborgd. Genoege-doening is maar één van de behoeften die leeft onder

burgers en slachtoffers. Omdat de prioriteiten in hun belangen kunnen en zullen verschuiven is een wettelijke oplossing niet altijd de meest verkieslijke. Zolang het recht voldoende 'openheid' bezit om de veelheid en diversiteit aan belangen afhankelijk van en afgestemd op de maatschappelijke context te interpreteren, verdient die weg de voorkeur.

Maar er is meer. Genoegdoening is een verplichting die voortvloeit uit een andere orde dan het recht. Zowel de kwalificatie van het gebeuren als onrecht, als de middelen waarmee genoegdoening kan worden gerealiseerd, zijn daarmee afhankelijk van de regels, normen, waarden en rituelen van de orde waarbinnen dader en slachtoffer elkaar ontmoeten. De daaruit voortvloeiende genoegdoeningsrelatie is gebaseerd op de waarden, normen en de taal van die orde. Een vertaling van de daaruit vloeiende verplichtingen naar de wettelijke taal en de strikt formele orde van het recht is – in het licht van de eerder getrokken conclusies – gedoemd te mislukken. Alle genoemde vormen van reductie (de 'morele reductie', de procedurele reductie, het publieke karakter en de indirecte, verticale verhoudingen) staan als het ware garant voor een onoverbrugbare discrepantie. De vraag naar de wenselijkheid van zo een inbedding is dan ook eigenlijk geen realistische vraag.

Biedt de symbolische orde van het recht ruimte?

De derde vraag die om beantwoording vraagt is, of en hoe de strafrechtelijke organen de eis van genoegdoening als aanvullende eis van recht zouden kunnen of wellicht zelfs zouden moeten beschouwen. En zo ja, waar ligt de grens voor zo een doorwerking van eisen uit andere symbolische ordes?

Er valt niet aan te ontkomen dat genoegdoening langs de weg van het recht altijd bloot staat aan enige vorm van 'morele reductie'. Toch zijn de gememoreerde beperkingen op de inbedding van sociale waarden, normen en beginselen in de geformaliseerde juridische orde minder 'hard' dan men wellicht zou verwachten op grond van het strafvorderlijk en strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Immers, in onze democratische rechtsstaat wordt recht gedaan overeenkomstig de eisen van de wet, maar niet zonder inachtneming van de beginselen van de democratische rechtsstaat. Uit die beginselen vloeit onder meer voort dat de doelen van het strafrecht en de taak tot rechtshandhaving niet statisch zijn. Zo hebben we gezien dat de interpretatie van het begrip rechtshandhaving mede wordt bepaald door de maatschappelijke context en de daarbinnen spelende belangen. En daarnaast brengen die beginselen bijvoorbeeld mee dat beginselen van een goede procesorde

in acht moeten worden genomen. De daarin besloten aanvullende normen gelden voor alle bij de strafrechtspleging betrokken organen, de rechter daaronder begrepen. Die organen hebben dus niet alleen de bevoegdheid, maar ook de plicht om hun taken te vervullen in overeenstemming met wet, recht en de beginselen van de democratische rechtsstaat. Dat genoegdoening geen deel uitmaakt van de wettelijk gegarandeerde eisen van recht betekent dus niet dat er geen enkele ruimte is voor realisering van die notie. De bedoelde openheid van het recht is evenwel niet oneindig. De te beschermen belangen kunnen weliswaar variëren in het licht van de maatschappelijke context en aldus ook een andere prioriteit krijgen, maar niet alleen de ruimte, maar ook de grenzen zullen in en binnen de beginselen van de democratische rechtsstaat moeten worden gevonden. Het is dus een vrijheid in gebondenheid.

Kortom, hoewel de constitutieve voorwaarden en omstandigheden voor genoegdoening binnen de juridische strafrechtelijk orde erg beperkt zijn, biedt het strafrechtelijk stelsel ook mogelijkheden. Deze conclusie sluit goed aan op de conclusie in het voorafgaande (III.3.1) dat er naar zijn aard niets aan in de weg staat om de functie van genoegdoening te benutten in een strafrechtelijke verhouding en ten behoeve van strafrechtelijke rechtshandhaving.

De derde vraag die we ons stelden kan daarom worden aangevuld met een positiever benadering van genoegdoening: kan de autonome functie van het strafrecht worden verrijkt door genoegdoening te benutten als middel ten dienste van rechtshandhaving?

Allereerst biedt de ruimte tot interpretatie van de rechtshandhavingstaak gelegenheid aan politie en Openbaar Ministerie om de beschermingsfunctie die daarin ligt begrepen zodanig te interpreteren dat ook genoegdoening aan slachtoffers daaronder wordt begrepen. Daarmee kan de behoefte van het slachtoffer aan genoegdoening meer recht worden gedaan. Deze opvatting wordt door 't Hart uitgewerkt onder de noemer van de relationele opvatting van het rechtsbegrip.⁹⁵ De vraag is of en hoe een dergelijke 'open' en brede interpretatie van rechtsbescherming en de rechtshandhavingstaak zou kunnen bijdragen aan de realisering van genoegdoening binnen het strafrecht. Ingeval men – ten behoeve van de rechtshandhavingstaak – geen afbreuk wil doen aan het primair publiekrechtelijke karakter van het strafrecht en het vervolgingsrecht en vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie in stand wil houden zullen de mogelijkheden voor genoegdoe-

95. Zie noot 77.

ning beperkt blijven. Alle genoemde reducties blijven dan namelijk in stand, zodat de discrepantie met de symbolische ordes waarin de genoegdoeningsverplichting aan de orde is, groot blijft. Dit geldt zowel voor de politie, als het Openbaar Ministerie en de rechter. Toch blijkt de rechtspraktijk hier nieuwe mogelijkheden te kunnen aanboren: mogelijkheden die de horizontale wederkerigheidsrelaties bevorderen zonder afbreuk te doen aan het vervolgingsrecht of vervolgingsmonopolie, noch aan het publiekrechtelijke karakter van het strafrecht. Een voorbeeld kan dit toelichten. Naarmate de rechtshandhavingstaak sterker wordt geïnterpreteerd in de betekenis van 'veiligheid', zoals in de huidige maatschappelijke omstandigheden, groeit de mogelijkheid om de horizontale relaties tussen dader en slachtoffer mee te begrijpen in de interpretatie van de rechtbeschermende functie. Langs deze weg kan bijvoorbeeld een bepaalde invulling van leerprojecten, arbeid ten algemene nutte, haltprojecten, bemiddelingstrajecten en mediation bijdragen aan genoegdoening. De genoegdoeningsfunctie zal sterker zijn naarmate de vorm dichter aanligt tegen de kenmerken van het ideaaltypisch beeld van genoegdoening. Dat impliceert dat die functie optimaler zal zijn indien de wederkerigheidsrelaties niet te indirect zijn. Zo valt slachtofferhulp zonder inbreng van de dader niet als genoegdoening te kwalificeren, terwijl het informeren van het slachtoffer over te nemen stappen onder bepaalde omstandigheden wél aan genoegdoening zou kunnen bijdragen. De praktijken van politie en Openbaar Ministerie tonen inmiddels diverse creatieve wegen waarmee de wederkerigheid in de verhouding tussen dader en samenleving of dader en slachtoffer wél wordt hersteld of kan worden versterkt. Dat deze brede interpretatie van de taak van politie en Openbaar Ministerie onder de huidige maatschappelijke omstandigheden onder strafrechtelijk handhaving van de rechtsorde wordt begrepen impliceert overigens niet dat deze taken altijd aan deze organen zullen zijn of blijven voorbehouden. Want precies deze werkerterreinen vallen niet dwingend onder de eerder genoemde autonome functie van het strafrecht en zouden dus door andere organen kunnen worden 'bezet' of geclaimd.

De rechter, als sluitstuk van de strafrechtelijke keten, kan wellicht het meest worden aangesproken op de taak om alle belangen en dus ook die van het slachtoffer mee te wegen. Het is immers ook zijn taak om het conflict als een onpartijdige derde af te sluiten en daarmee een formele vereffening tot stand te brengen.⁹⁶ Zijn mogelijkheden om elementen van de genoegdoeningsfunctie te realiseren zijn evenwel niet zeer ruim. De oorzaken liggen besloten in de eerder beschreven

96. Zie voor een uitwerking van deze gedachte mijn oratie, *Geding buiten geding*, a.w.

constitutieve voorwaarden en omstandigheden die het strafrecht biedt. De procedurele reducties, het ontbreken van welke vorm van wederkerigheid dan ook tussen verdachte/dader en slachtoffer ter terechtzitting en het hiërarchische karakter van zijn eigen rol veroorzaken een grote discrepantie tussen zijn mogelijkheden en de genoegdoeningsfunctie. Meer geconcretiseerd kan worden gewezen op de procedurele voorschriften waarlangs het proces ter terechtzitting is vormgegeven, het ontbreken van wettelijk gewaarborgde rituelen die passen op de aard van een genoegdoeningsrelatie, het gegeven dat de partijen bij een genoegdoeningsrelatie veelal niet beide gelijktijdig op de terechtzitting aanwezig zullen zijn, het gegeven dat in ons stelsel de verdachte/dader geen verplichting is opgelegd om bij het proces tegenwoordig te zijn, het gegeven dat het slachtoffer niet in de hoedanigheid van slachtoffer maar 'slechts' als benadeelde partij of als getuige een rol is toebedeeld, het feit dat de rol van de rechter wel juridische relaties kan bemiddelen en transformeren in een beslissing, maar geen persoonlijke relaties. We zullen ons in het navolgende dus moeten richten op de vraag of de belemmeringen als gevolg van de beperkingen enigszins kunnen worden teruggedrongen of worden omzeild. Daarbij kan worden gedacht aan bestaande procedurele mogelijkheden, alsmede aan meer informele mogelijkheden, vormen en rituelen, passend bij de symbolische orde van het recht, die kunnen worden benut met het oog op aspecten van genoegdoening.

Het belang van de openbare erkenning

Kunnen de gevolgen van de beperkingen van het strafrecht enigszins worden teruggedrongen? Zijn er procedurele mogelijkheden, informele mogelijkheden, vormen en rituelen die kunnen bijdragen aan genoegdoening? Deze vraag kunnen we niet beantwoorden zonder eerst te bezien wat daarmee dan wél kan worden bereikt.

Het belang van het benutten van dergelijke op zichzelf marginale mogelijkheden om aan genoegdoening bij te dragen, ligt met name in de openbare erkenning: een openbare erkenning van het bestaan van een genoegdoeningsrelatie of genoegdoeningsverplichting, en wel door een met gezag beklede organisatie. Gezag niet alleen voor de leden van de sociale gemeenschap of verwantschapsgroep waarbinnen het gebeuren als onrecht geldt, maar gezag ontleend aan de gehele gemeenschap. Nu kunnen we in de huidige maatschappelijke omstandigheden het gezag van politie, Openbaar Ministerie en rechter misschien niet meer beschouwen als door een ieder als vanzelf aanvaard. Dat kan gevolgen hebben waar het gaat om de rol die deze organen in het kader van genoegdoening zouden kunnen spelen. De

morele wederkerigheidsrelaties die tot genoegdoening verplichten bleken in het recht conceptueel moeilijk te funderen.⁹⁷ Die relaties bleken kwetsbaar, in het bijzonder daar waar er sprake is van sterk verticale machts- en hiërarchische verhoudingen. De wederkerigheid in die relaties berust volgens Salet uiteindelijk op gezag en vertrouwen. En waar dat er niet is of ter discussie staat blijft genoegdoening in het recht zeer kwetsbaar.

Laten we desalniettemin bezien welke rol de openbare erkenning zou kunnen vervullen. Ook al reikt de bevoegdheid of de macht van het Openbaar Ministerie en de rechter niet zover dat ze genoegdoening kunnen bewerkstelligen, de openbare erkenning van de genoegdoeningsrelatie kan wél de basis of een aanknopingspunt bieden voor de vereiste tegemoetkoming op het niveau van de morele, intersubjectieve relatie. Maar dat niet alleen. Ook voor de samenleving als geheel is de erkenning van de genoegdoeningsrelatie van essentieel belang. Ook al is het recht beperkt in zijn mogelijkheden, het kan wel een functie vervullen daar, waar men binnen de samenleving niet of niet volledig in staat blijkt om de morele verplichtingen te articuleren en in aansluiting daarop te vervullen. Het bevestigen van de geschonden rechtsnorm en het plaatsvervangend herkennen en erkennen van de daaronder begrepen morele verplichting (bijvoorbeeld door de rechter) kan een onmisbare bindende functie in de samenleving vervullen. De openbare erkenning van de genoegdoeningsverplichting dient daarmee een belang dat het belang van de concrete zaak ver overstijgt. Juist waar het gezag van Openbaar Ministerie en rechter niet steeds als vanzelf gegeven wordt aanvaard, kan zo een attitude wellicht zelfs bijdragen aan het behoud van het noodzakelijk gezag en vertrouwen in de justitiële organen en de rechter. Hieraan kan worden toegevoegd dat openbare erkenning van de genoegdoeningsverplichting niet hoeft te zijn beperkt zijn tot concrete handelingen of beslissingen, maar mede tot uitdrukking kan worden gebracht door bepaalde handelingen of beslissingen achterwege te laten of door een bepaalde attitude. Op deze wijze kan genoegdoening inderdaad een bijdrage leveren aan rechtshandhaving.

Een enkel voorbeeld

Diverse bestaande procedurele mogelijkheden uit het Wetboek van Strafvordering kunnen – indien gewenst – mede worden benut om de behoefte aan genoegdoening meer recht te doen.

97. Zie deel III.2.2.

Allereerst is daar natuurlijk het requisitoir van het Openbaar Ministerie. In veel gevallen wordt dat requisitoir al benut om de ernst van het delict voor slachtoffer en samenleving te benadrukken. Waar mogelijk zou kunnen worden getracht de indirecte en verticale wederkerigheid die nu eenmaal eigen is aan het strafrecht ook voor de verdachte en een aanwezig slachtoffer te verhelderen en daarmee de directe wederkerigheid tussen de twee betrokkenen te bekrachtigen.

De rechter zou de wederkerigheid in de relatie tussen verdachte/dader en slachtoffer onder omstandigheden kunnen bevorderen door te bevelen dat de verdachte in persoon moet verschijnen en eventueel zijn medebrenging te gelasten (art. 278 lid 2 WvSv). De strafmotivering en de openbare voorlezing van het vonnis kunnen in daarvoor in aanmerking komende gevallen door de rechter worden benut om de wederkerigheidsrelatie tussen veroordeelde en slachtoffer te benadrukken. De motivering in het vonnis mag echter niet zo ver gaan dat daarmee het essentiële karakter van beslissing van de rechter – een machtswoord dat een einde maakt aan het debat – verloren gaat. Maar een vonnis hoeft ook niet bij te dragen aan het beeld dat met de opgelegde straf de morele verplichting van de veroordeelde ten opzichte van het slachtoffer vervalt.

Het creëren van spreekrecht voor het slachtoffer kan valse illusies wekken als het om genoegdoening gaat. Met het spreken zelf wordt de genoegdoening namelijk nog niet gediend. Om enigszins aan genoegdoening te kunnen bijdragen zal de verdachte ten minste aanwezig moeten zijn bij de uitoefening daarvan. Maar dan nog is er geen gebaar van de verdachte/dader naar het slachtoffer, zoals vereist voor genoegdoening, maar omgekeerd. Genoege-doening zal dan mede afhangen van het feit of de verdachte/dader reageert op het gesprokene en er herkenning en erkenning van het onrecht én het slachtoffer (vereist voor genoegdoening) uit zijn reactie blijkt. Reageert de verdachte/dader niet of niet naar wens of verwachting van het slachtoffer, dan is het slachtoffer verder van huis dan daarvoor. Iedere hoop op genoegdoening op het niveau van de sociale verwantschap in een latere fase is dan verdwenen. Dit doet niet af aan het belang van de openbare erkenning die ligt besloten in de geboden mogelijkheid tot spreken. De rechter kan immers alleen al door het bieden van de mogelijkheid om te spreken bijdragen aan de openbare erkenning van een genoegdoeningsrelatie. Dat is een waarde op zichzelf. Zijn invloed op het uiteindelijke genoegdoeningresultaat is echter marginaal.

De waarde van het strafgeding

Er zijn, naast de reeds genoemde voorbeelden die de rechter en het Openbaar Ministerie ter beschikking staan, meer mogelijkheden om genoegdoening te versterken. De kern daarvan valt te herleiden tot de betekenis die toekomt aan de rol van de rechter in het openbare strafgeding.⁹⁸ De rechter richt zich niet op het oplossen van gevoelens van wraak of op verzoening of op genoegdoening, maar brengt het conflict tussen dader en samenleving en dader en slachtoffer op een juridisch niveau tot oplossing. Hoewel de eerste betekenis van het strafgeding en het oordeel van de rechter dus noodzakelijkerwijs zijn beperkt tot het niveau van de reciprociteitsverhoudingen, mag het belang van het geding en de rol van de rechter niet worden onderschat. Met een veroordeling richt hij zich niet primair op herstel van de oude situatie, maar op herstel van de positie van de veroordeelde als rechtssubject, als lid van de gemeenschap. Het slachtoffer wordt door zijn uitspraak een door de samenleving erkend slachtoffer. De uitspraak van de rechter brengt samenleving/slachtoffer en dader in die zin bij elkaar dat zij op het niveau van het recht weer gaan behoren tot dezelfde gemeenschap, de gemeenschap van het recht. Daarmee ontstaat nog geen genoegdoening of verzoening, maar er ontstaat wel ruimte voor een nieuwe, gezamenlijke toekomst. Dat aspect van de veroordelende uitspraak komt overeen met één van de belangrijke kenmerken van genoegdoening, namelijk gerichtheid op de toekomst.

Hoewel het geding en de uitspraak zich niet richten op de intermenselijke gevoelens en behoefte aan genoegdoening kunnen zij daaraan wel bijdragen. Een en ander gaat echter niet vanzelf. De ruimte van het recht, de taal en de rituelen die de rechter dankzij de symbolische orde van het recht ter beschikking staan, zijn essentieel om aan deze behoefte te kunnen bijdragen.⁹⁹ De mogelijkheden die daarmee aan de rechter worden geboden, dragen bij aan het vertrouwen in en gezag van de rechtspraak. En dat gezag en vertrouwen is – zo bleek in het voorafgaande – noodzakelijk voor het overbruggen van de discrepan-

98. Deze gedachtegang werkte ik uitvoeriger uit in mijn oratie *Geding buiten geding*, a.w. deel VI.

99. In mijn zojuist gememoreerde oratie benoem ik deze voorwaarden als het forum, het decorum en de potentie van het recht. Inspiratie voor de betekenis van deze rol van rechter en strafgeding vindt men onder meer bij D. Salas, *Du procès pénal. Éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, Paris, Presses Universitaires de France 1992 en bij P. Ricoeur, *The Just*, Chicago/London, The University of Chicago Press 2000, in het bijzonder p. 127-146. Zie ook A.M. Hol, 'Conflictbeslechting – Rituelen en praktijken', in P.P. Rijpkema, J. Tichelaar (red.), *Grondslagen van het recht 2, achtergronden*, Den Haag 2002.

tie tussen de indirecte en verticale wederkerigheidsrelaties van het strafrechtelijk stelsel en de mutualiteitsrelaties uit de niet-juridische symbolische ordes. De ruimte van het recht, de taal en de rituelen vormen de juridische constitutieve voorwaarden waarmee de rechter aan genoegdoening kan bijdragen. Het is aan hem om deze mogelijkheden optimaal te benutten. En in het voorafgaande is duidelijk geworden dat het strafrecht op dat punt meer openheid biedt dan men op grond van de beperkingen van het strafvorderlijk en strafrechtelijk legaliteitsbeginsel zou verwachten.¹⁰⁰

Tot slot

In het eerste en derde interimrapport van het Onderzoeksproject Strafvordering 2001 wordt zeer ruim aandacht besteed aan het slachtoffer in het strafproces.¹⁰¹ Daarbij worden principiële keuzes niet geschuwd en vele – ook tamelijk concrete – voorstellen gedaan ter verbetering van de positie van het slachtoffer in ons strafproces. Diverse voorstellen ten behoeve van slachtoffers passen in de hier bedoelde attitude om de morele wederkerigheidsrelatie tussen dader en slachtoffer in het strafrecht in het openbaar te erkennen en bekrachtigen en waar mogelijk de vervulling van de genoegdoeningsverplichting te bevorderen. De diepgang en omvang van dat onderzoek rechtvaardigen om binnen het beperkte kader van dit preadvies te volstaan met een verwijzing naar de concrete en meer uitgewerkte voorstellen die in dat onderzoeksproject tot uitdrukking zijn gebracht. Daarbij past echter wel een waarschuwing, die rechtstreeks voortvloeit uit de in dit preadvies omliggende betekenis van genoegdoening. Verbetering van de positie van het slachtoffer in het strafrecht is niet identiek aan genoegdoening. Genuegdoening verwijst immers niet naar het slachtoffer, maar naar de dader in zijn relatie tot het slachtoffer. De bevinding in dit preadvies, dat die relatie essentieel is voor genoegdoening zou wellicht een welkom – aanvullend – criterium kunnen bieden bij de vraag welke voorstellen prioriteit zouden moeten krijgen.

En, waar de wet niet kan spreken kunnen het Openbaar Ministerie en de rechter de handschoen oppakken. De kracht en het gezag van de

100. Zie deel III.

101. A.L.J. van Strien, 'De positie van het slachtoffer in het strafproces', in M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, *Het onderzoek ter terechtzitting*, Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Groningen 1999, p. 249-250; M.S. Groenhuijsen, N.J. M Kwakman, 'Het slachtoffer in het vooronderzoek', in M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen*, Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Groningen 2002, p. 773-978.

Genoegdoening aan slachtoffers in het strafrecht

hen ter beschikking staande taal, vormen, gebaren en rituelen biedt – ondanks alle beperkingen – nog meer dan ‘*genoeg*’.

*Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht**

Prof. mr. C.E. du Perron

Inhoud

<i>Inleiding</i>	107
<i>A. Compensatie zonder genoegdoening</i>	110
<i>A.1. Schadevergoeding zonder 'onrecht'</i>	110
<i>A.2. Waar niet is, verliest de keizer ...</i>	115
<i>B. Geen compensatie, dus geen genoegdoening</i>	118
<i>B.1. Wel schade, geen vergoeding</i>	119
Immateriële schade in het Nederlandse recht	119
De houding ten opzichte van immateriële schade	125
Bezwaren tegen het vergoeden van affectieschade	131
<i>B.2. Geen schade, wel genoegdoening?</i>	147
De plaats van andere dan vermogensbelangen in het privaatrecht	148
De waarde van een verklaring van recht	153
<i>C. Andere vormen van compensatie zijn denkbaar</i>	156
<i>Afsluitende opmerkingen en stellingen</i>	160

* Ik dank Julia van Ooststroom voor haar onderzoekswerk ten behoeve van dit preadvies.

Inleiding

1. Het begrip 'genoegdoening' heeft diverse betekenissen. Zo kan het staan voor de schadeloosstelling van de benadeelde, voor de bevrediging van het geschokte rechtsgevoel van de benadeelde, voor een offerende van de aansprakelijke persoon ten gunste van de benadeelde en voor meer van of al deze betekenissen samen.¹ Als kern van het begrip beschouw ik dat

- a. iemand in reactie op leed dat hij een ander ten onrechte heeft aangedaan of nadeel dat hij een ander ten onrechte heeft toegebracht;
- b. in zijn verhouding tot die benadeelde;
- c. dit aandoen van leed of toebrengen van nadeel geheel of gedeeltelijk goedmaakt.

Oudtestamentisch² en historisch³ lijkt het begrip 'genoegdoening' of '*satisfactio*' een connotatie te hebben van straf of boete in tegenstelling tot het begrip '*restitutio*', waarbij het enkel gaat om herstel of vergoeding van schade. Het heeft wortels in het oude *talio*-beginsel (oog om oog, tand om tand) en ziet mede op het neutraliseren van wraakgevoelens (gecontroleerde wraakneming).⁴ Genoegdoening kan bestaan uit schadevergoeding, maar houdt meer in dan alleen de vergoeding van de schade.

In de hedendaagse discussie in het aansprakelijkheidsrecht worden de begrippen

1. Ik verwijs voor een uitgebreide beschouwing over het begrip, met verdere verwijzingen, naar het preadvies van C.P.M. Cleiren. Zie in de civielrechtelijke context in het bijzonder S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, diss. Leiden 1998, p. 38 e.v. en A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU 2002, p. 427-429.
2. Bij voorbeeld (deels afhankelijk van de vertaling) Genesis 9:5; Exodus 21:24; Leviticus 5:6-7, 15 en 25 en 24:20; zie voorts Mattheüs 5:38-45.
3. R. Feenstra, *Vergelding en vergoeding. Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Rechtshistorische cahiers 6, 3e druk, herzien door de auteur en bewerkt door L.C. Winkel, Deventer 2002, p. 23-24 en 48-49 (Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, I, 6 § 11-12) en *Asser-Harikamp* 4-III (2002), nr. 3-5.
4. Zie de ingangen 'boete', 'genoegdoening', 'satisfactie' en 'restitutie' in het *Woordenboek der Nederlandse Taal* en voor het – historisch verwante – Zuid-Afrikaanse recht Johann Neethling, *Troosgeld en kompensatie vir persoonlikheidsnadeel in Suid-Afrika*, nog te publiceren bijdrage aan de workshop aansprakelijkheid en verzekering op het Amsterdamse jaarcongres 2002 van de onderzoeksschool Ius Commune (georganiseerd door Gerrit van Maanen).

genoegdoening en erkenning min of meer uitwisselbaar gebruikt.⁵ Ik zal tussen die begrippen in het navolgende evenmin steeds een scherp onderscheid maken. Erkenning kan een vorm van genoegdoening zijn en genoegdoening impliceert erkenning.

2. Genoegdoening wordt gerekend tot de functies van het aansprakelijkheidsrecht, naast schadevergoeding of herstel,⁶ preventie, erkenning, het ongedaan maken van verrijking, rechtshandhaving en soms ook bestraffing.⁷ Omdat genoegdoening het onderwerp is van dit preadvies, zal ik in het navolgende de nadruk leggen op deze functie. De andere functies komen slechts zijdelings aan de orde, en wel voorzover zij voor de genoegdoeningsfunctie van belang zijn. Het beeld dat deze deelstudie van het aansprakelijkheidsrecht geeft, is noodzakelijkerwijs vertekend.⁸

3. De verhouding tussen aansprakelijke en benadeelde is – anders dan in het strafrecht – de spil van het civiele aansprakelijkheidsrecht. Voor die verhouding lijkt het begrip genoegdoening zijn belang grotendeels te hebben verloren. De belangrijkste oorzaak hiervan is dat het civiele recht bestraffing als zelfstandige doelstelling overlaat aan het strafrecht, ten minste in rechtsstelsels, zoals het Nederlandse, die geen *punitive damages* kennen.⁹ De primaire reactie van het aansprakelijkheidsrecht op een onrechtmatige daad is dat voor de aansprakelijke een verplichting ontstaat de schade van de benadeelde te vergoeden (art. 6:162 BW).¹⁰ De benadeelde mag van de aansprakelijke rechtens niet meer verwachten.

5. Zie voor het gebruik van de termen de hierna (nr. 41 e.v.) te bespreken brief van de regering inzake de vergoeding van affectieschade, HR 20 september 2002, RvdW 2002, 142 (Compatiënt) en R.-J. Tjittes, *Smartengeld voor bewustelozen*, noot bij HR 20 september 2002, RvdW 2002, 142, *NTBR* 2003, p. 49 e.v., aldaar p. 50.
6. Het subtiel onderscheid tussen vergoeding en herstel van schade in de traditionele opvatting van het aansprakelijkheidsrecht laat ik hier buiten beschouwing; zie A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer 1965, nr. 82. Herstel in de vorm van *restorative justice* komt hierna aan de orde onder C. Ik verwijs verder naar het preadvies van Cleiren.
7. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU 2002, p. 404 met verdere verwijzingen.
8. Dat geldt eveneens voor het beeld dat de voetnoten geven van de literatuur en de rechtspraak. Reeds om de omvang van het preadvies binnen de gestelde perken te houden, moest ik afzien van het streven naar volledigheid. Handboeken, losbladige werken en databanken kunnen eenvoudig in die leemte voorzien.
9. Lindenberg, *Smartengeld*, diss. Leiden 1998, p. 31 e.v.; *Asser-Hartkamp* 4-III (2002), nr. 7, beide met verdere verwijzingen.
10. *Asser-Hartkamp* 4-III (2002), nr. 7 en Chr. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band I, München 1996, nr. 1 e.v.

Wel kan de benadeelde in rechte in beginsel een verbod verkrijgen tot onrechtmatig handelen in de toekomst en een verklaring voor recht dat het handelen of nalaten van de aansprakelijke onrechtmatig was.¹¹

Ik beperk mij in mijn beschouwingen tot de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Veel van het gestelde zal ook opgaan voor contractuele aansprakelijkheid. Doordat in het contractenrecht prestaties worden toegezegd en in beginsel recht op nakoming van die toezeggingen bestaat (art. 3:296 BW), zou het integraal behandelen van de gevolgen van niet-nakoming van overeenkomsten de beschouwingen te zeer compliceren.

4. Dat schadevergoeding genoegdoening voor de benadeelde kan betekenen, is een neveneffect waaraan in de regel geen rechtsgevolgen zijn verbonden. Hetzelfde geldt voor de andere genoemde functies van het aansprakelijkheidsrecht, zoals preventie, rechtshandhaving en zelfs bestraffing. Zolang deze functies kunnen 'meelopen' met de verplichting tot het betalen van schadevergoeding, en geen zelfstandige rechtsgevolgen vereisen, voegt een beschouwing erover niet veel aan het aansprakelijkheidsrecht toe. Interessant wordt het pas als de compensatiefunctie en de andere genoemde functies niet meer (geheel) samengaan.

Zo kan, als de verplichting tot het betalen van schadevergoeding niet voldoende is uit oogpunt van preventie, voor het bereiken daarvan behoefte ontstaan aan *punitive damages*.¹² Te denken valt aan gevallen waarin de 'pakkans' klein is, bijvoorbeeld doordat de schade zo gering is dat het voor de slachtoffers niet of nauwelijks de moeite waard is om erover te procederen. De aansprakelijke persoon zal dan meestal aan de gevolgen van zijn aansprakelijkheid ontkomen en dus van zijn onrechtmatig handelen kunnen profiteren. Een voorbeeld is het in weerwil van een eventueel wettelijk verbod verzenden van ongevraagde elektronische reclame (spam). De principiële afwijzing van *punitive damages*¹³ betekent in dergelijke gevallen dat het aansprakelijkheidsrecht in preventieve werking tekortschiet. In deze leemte kan ook worden voorzien door de pakkans te vergroten, bijvoorbeeld door een collectieve actie tot compensatoire schadevergoeding mogelijk te ma-

11. Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 116 e.v.
12. *Encyclopedia of law and economics*, 3700 (A. Mitchell Polinsky en Steven Shavell).
13. Zoals vervat in de brief van de Minister van Justitie van 17 juni 1999 inzake claimcultuur (*Kamerstukken II 1998/99*, 26 630, nr. 1); zie voorts Claimcultuur; Lijst van vragen en antwoorden (*Kamerstukken II 1999/2000*, 26 630, nr. 2). E.M. van der Heijden, *Punitive damages* en de calculerende schadeveroorzaker, *NJB* 2001, p. 1749-1756, houdt een pleidooi voor de invoering van *punitive damages* in gevallen als in de tekst bedoeld.

ken.¹⁴ Zo lang de leemte bestaat, zal de preventie bewerkstelligd moeten worden door het strafrecht of het bestuursrecht.¹⁵

5. Lang niet altijd gaan de compensatiefunctie en de genoegdoeningsfunctie in het aansprakelijkheidsrecht samen. Men kan de gevallen waarin dat niet zo is, of behoeft te zijn, in twee hoofdgroepen te verdelen: A. gevallen waarin recht op compensatie bestaat, maar waarin deze geen of onvoldoende genoegdoening oplevert en B. gevallen waarin geen recht op compensatie bestaat, zodat deze vanzelfsprekend geen genoegdoening kan opleveren. Beide typen gevallen zal ik hierna bespreken. Tot slot (C.) behandel ik de vraag welke plaats er in het privaatrecht is voor andere vormen van genoegdoening dan compensatie.

A. Compensatie zonder genoegdoening

6. Als aan het recht op compensatie niet 'aangedaan onrecht' ten grondslag ligt, maar de wens maatschappelijke risico's te spreiden, is de compensatie niet mede gericht op genoegdoening, al kan de benadeelde dit anders ervaren (A.1.). Het recht op schadevergoeding zal doorgaans geen genoegdoening kunnen bieden indien het illusoir is doordat de aansprakelijke geen of onvoldoende verhaal biedt (A.2.).

A.1. Schadevergoeding zonder 'onrecht'

7. Het toekennen van een aanspraak op schadevergoeding is in het moderne aansprakelijkheidsrecht in veel gevallen geen reactie op 'aangedaan onrecht', op 'verwijtbaar onzorgvuldig handelen', maar een vorm van het toedelen van maatschappelijke risico's.¹⁶ Zo heeft wie gewond raakt doordat een tweejarig kind hem onder de voet loopt, een aanspraak op schadevergoeding tegen de ouders, ook als dezen niets te verwijten valt (art. 6:169 BW); heeft degene die schade lijdt door een onjuiste beschikking een aanspraak op schadevergoeding tegen de overheid, al treft het betrokken overheidslichaam geen enkel

14. Art. 3:305a lid 3 BW staat in de weg aan een collectieve actie die strekt tot vergoeding van schade in geld.

15. Zie over de 'pakkans' J.M. Barendrecht, *Aansprakelijkheid en welzijn*, *NJB* 2002, p. 605-617, aldaar p. 607-608.

16. Aldus ook J.M. Barendrecht, *Aansprakelijkheid en welzijn*, *NJB* 2002, p. 605-617, aldaar p. 608-609.

verwijt;¹⁷ heeft in het arbeidsovereenkomstenrecht de werknemer die tijdens zijn werk een verkeersongeval overkomt een aanspraak op schadevergoeding tegen zijn werkgever, al kon die noch het ongeval, noch de gevolgen daarvan verhinderen;¹⁸ en is de bestuurder van een auto gehouden tot het vergoeden van de schade van een jeugdig kind dat hij heeft aangereden, al had hij de aanrijding niet kunnen voorkomen.¹⁹

Het compenseren van de gevolgen van gevaarstelling (al dan niet in combinatie met lichte fouten) kan men ook opvatten als het herstel van 'onrecht'.²⁰ Het vervelende daarvan is dat men noch het zetten van het gevaar zelf (dat als zodanig maatschappelijk niet onwenselijk en doorgaans juist wenselijk is: de (moderne) samenleving kan niet (meer) zonder gebouwen, gevaarlijke stoffen, motorvoertuigen e.d.), noch het maken van menselijke fouten werkelijk als 'onrecht' kan beschouwen. Daaruit volgt niet dat de (toevallige) slachtoffers geen compensatie moeten krijgen, wel dat het de vraag is of die compensatie de compensatie voor andere onrechtvaardigheden van het lot moet overtreffen. Voor volledige compensatie kunnen goede redenen bestaan (het doorberekenen van kosten, in verband met preventie en met het oog op het profijtbeginsel bij voorbeeld), maar genoegdoening wegens onrecht lijkt mij daarvoor in dergelijke gevallen niet een relevant argument.

8. In de in de vorige alinea besproken gevallen gaat het vooral om de vraag waar de compensatiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht begint – of ophoudt. Is het uitgangspunt nog steeds 'ieder draagt zijn eigen schade', of regeert thans 'pech moet weg'? Het valt buiten het bestek van dit preadvies om uitgebreid op die discussie in te gaan.²¹

17. HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112 m.nt. CJHB (Van Gog/Nederweert); *Asser-Hartkamp* 4-III (2002), nr. 79, 274 en 274a.
18. HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 253 m.nt. PAS (Vonk/Van der Hoeven); HR 9 augustus 2002, *RvdW* 2002, 130 (De Bont/Oudenallen).
19. HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 700 m.nt. CJHB; zie voor een overzicht van de verkeersaansprakelijkheid *Asser-Hartkamp* 4-III (2002), nr. 214 e.v.
20. Zie over deze kwestie E.F.D. Engelhard, Een 'zuiver financieel' of 'zuiver emotioneel' belang? De betekenis van microbelangen voor de belangrijkste functie van aansprakelijkheid bij regres, nog te publiceren bijdrage aan de workshop aansprakelijkheid en verzekering op het Amsterdamse jaarcongres 2002 van de onderzoeksschool *Ius Commune* (georganiseerd door Gerrit van Maanen).
21. Zie het preadvies voor de NJV uit 1996 van A.T. Bolt en J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, *Handelingen NJV* 1996-I en over de discussie voorts *Asser-Hartkamp* 4-III (2002), nr. 12 e.v., met verdere verwijzingen naar de overvloedige literatuur. De kritisch bedoelde kreet 'pech moet weg' is bij mijn weten geïntroduceerd door mijn betreunde collega Roelf Stutterheim; zie zijn column onder deze titel van 18 januari 1997, →

9. De genoegdoeningsfunctie kan vanuit het gezichtspunt van de benadeelde ook bij aansprakelijkheid die berust op de wens het maatschappelijk risico te spreiden een rol vervullen. De benadeelde kan het immers als onrecht ervaren dat het risico zich juist ten opzichte van hem heeft verwezenlijkt en kan het als genoegdoening zien dat de maatschappij zich zijn lot aantrekt en – bijvoorbeeld via een systeem van aansprakelijkheid en verzekering – zorgdraagt voor compensatie. Dat de compensatie niet direct ten koste van de directe veroorzaker van de schade wordt voldaan, is bij gevallen waarin geen sprake is van werkelijke verwijtbaarheid voor de benadeelde waarschijnlijk niet relevant. Niet de verhouding tussen benadeelde en directe veroorzaker, maar de verhouding tussen benadeelde en de samenleving als geheel staat bij deze vorm van 'genoegdoening' centraal. Die vorm, waarvan niet meer de relatie tussen de benadeelde en de veroorzaker de kern vormt, maar de vraag of de benadeelde tevreden is met de manier waarop zijn schadegeval is afgehandeld (vindt dat er voor hem 'genoeg is gedaan'), of dat nu door de veroorzaker, diens verzekeraar, of de maatschappij was, is voor het civiele aansprakelijkheidsrecht mijns inziens belangrijker aan het worden (en wellicht zelfs al geworden) dan de traditionele vorm.

10. Ik heb het woord genoegdoening in de vorige alinea tussen aanhalingstekens geplaatst, omdat het nog maar de vraag is of het subjectieve perspectief van de benadeelde dat hem onrecht is aangedaan waarvoor hij aanspraak kan maken op compensatie volgens de maatstaven van het aansprakelijkheidsrecht – hetgeen in beginsel betekent: volledige vergoeding van de schade – bij iedere verwezenlijking van een maatschappelijk risico juist is. Dat geldt ook waar het risico bestaat uit het optreden van lichte fouten die in het menselijk verkeer in wezen niet te vermijden zijn. Waarom zou de fietser die schade lijdt door een menselijkerwijs niet te vermijden verkeersongeluk in beginsel recht hebben op volledige vergoeding van zijn schade indien bij dat ongeval een motorrijtuig is betrokken, terwijl hij is aangewezen op het stelsel van de sociale zekerheid als het een eenzijdig ongeval betreft?²² Waarom krijgt degene die door een lichte beoordelingsfout van een arts letsel schade oploopt in beginsel volledige schadevergoeding, terwijl degene die een ernstige ziekte oploopt door een andere

→ opgenomen in zijn: *Recht voor de burger*, Amsterdam 2002. Zie voorts *Pech moet weg. Noodlotige verhalen over vrijheid* (bundel opgedragen aan Roelf Stutterheim, N. van Manen en R. Wiersma, red.), Bloemendaal 2001.

22. Een vraag die ook wordt gesteld in HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. JBMV (Kindertaxi).

oorzaak waaraan hijzelf vreemd is (genetische predispositie, verwezenlijking van het achtergrondrisico bij gevaarlijke stoffen) het met de sociale voorzieningen zal moeten doen? Is het ene geval van 'pech' zodanig anders dan het andere dat een dergelijk groot verschil in compensatie op zijn plaats is? Wie verdient de bonus van het aansprakelijkheidsrecht?²³ Als bij de beantwoording van deze vragen het rechtsgevoel van de benadeelde en van zijn sympathisanten beslissend is, leidt dat op de lange termijn onvermijdelijk tot een claimcultuur waarin bijvoorbeeld de kosten van medische zorg voor een belangrijk deel uit de kosten van aansprakelijkheid zullen bestaan²⁴ en waarin de aansprakelijkheid voor medische fouten onverzekeraar zal worden.²⁵ Antwoorden op de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht moeten niet vanuit het rechtsgevoel in het individuele geval worden gegeven, maar vanuit een bredere visie op gerechtigheid, maatschappelijke risico's en solidariteit, waarin vergelijkbare gevallen in de beoordeling worden betrokken en waarin de algemene consequenties van het aangaan van aansprakelijkheid worden gezien.²⁶

23. De vragen zijn indringend aan de orde gesteld door P.S. Atiyah, *The Damages Lottery*, Oxford 1997. Zie in Nederland onder meer J.M. Barendrecht, *Aansprakelijkheid en welzijn*, *NJB* 2002, p. 605-617 en de hiervoor in nr. 7 genoemde literatuur. Op het belang van het onderscheid tussen de verschillende stelsels van maatschappelijke compensatie heeft in het bijzonder T. Hartlief gewezen in zijn oratie, *Ieder draagt zijn eigen schade*, oratie Leiden 1997, Deventer 1997. Het hier genoemde thema is een rode draad in Hartlief's werk.
24. F.C. Schirmeister, *Amerikaanse toestanden in het aansprakelijkheidsrecht. De vergoeding van letsel schade in de Verenigde Staten*, diss. VU 1996, p. 450 e.v. beschrijft ontwikkelingen op het gebied van de medische aansprakelijkheidsverzekering in de Verenigde Staten. De kosten van aansprakelijkheid maken volgens <http://www.snopes.com/legal/lawsuits.htm> (een Amerikaanse *tort law reform* pagina) \$ 8 uit van de prijs van \$ 11,50 van het DPT-vaccin, \$ 191 van de kosten van \$ 578 voor het verwijderen van amandelen, \$ 170 van de prijs van \$ 1000 voor een gemotoriseerde rolstoel en \$ 3000 van de \$ 18 000 voor een pacemaker.
25. Zie over de claimcultuur T. Hartlief, *Kroniek van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 1998-2000*, *NTBR* 2001, p. 20-35 e.v. i.h.b. p. 22 en 34-35, met verdere verwijzingen, en de in noot 13 genoemde bronnen.
26. De worsteling waartoe dat in individuele gevallen leidt is goed kenbaar uit de conclusies van A-G Spier. Zie voor de thematiek ook zijn Tilburgse afscheidsrede *Een nieuwe dageraad voor het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer 1999; zijn Maastrichtse oratie, *Rampscenario's: de prijs van de onzekerheid na de aanslagen in de Verenigde Staten op 11 september 2001*, Deventer 2002, zijn Grenscorrecties bij letsel schade, *NTBR* 2002, p. 100-105, en, in iets andere vorm in: *Schadevergoeding: een eeuw later* (Bloembergen-bundel), Deventer 2002, p. 123-137, en zijn nog te publiceren bijdrage aan de workshop aansprakelijkheid en verzekering op het Amsterdamse jaarcongres 2002 van de onderzoeksschool →

11. In gevallen waarin aan aansprakelijkheid niet verwijtbaarheid of onzorgvuldigheid ten grondslag ligt, maar de wens tot het spreiden van risico, kunnen in verband met de genoegdoeningsfunctie problemen ontstaan vanuit het perspectief van de aansprakelijke persoon. Deze kan ervaren dat hij gehouden is tot schadevergoeding en daarmee tot genoegdoening hoewel hem niets te verwijten valt.²⁷ Dit doet zich vooral voor bij de verkeersaansprakelijkheid,²⁸ waarschijnlijk zowel door het grote aantal ongevallen als door de beperkte mate waarin voor bestuurders van motorrijtuigen een beroep op overmacht openstaat. De automobilist die een jong kind aanrijdt zonder dat hem een verwijt te maken valt, kan het licht als onbillijk ervaren dat hij het kind schadevergoeding moet betalen op grond van *onrechtmatig* handelen. Vrijwel zeker als onbillijk ervaart de automobilist²⁹ het dat hij tot ten minste 50% aansprakelijk is voor de schade van de zonder verlichting door rood rijdende fietser, omdat hij met diens verkeersfout rekening had dienen te houden. Daaraan doet niet af dat zijn aansprakelijkheid verzekerd zal zijn. Even afgezien van een mogelijk verlies van *no claim*-korting,³⁰ blijft de bestuurder ook zonder dat het ongeval voor hem financiële gevolgen heeft, zitten met de gedachte dat het recht hem verantwoordelijk houdt. Voor ongevallen die door de bestuurder niet te voorkomen waren, of die het gevolg zijn van fouten die menselijkerwijs niet verwijtbaar zijn,³¹ lijkt een systeem dat direct op verzekering is gebaseerd – in plaats van eerst op aansprakelijkheid – dan ook de voorkeur te verdienen met het oog op het rechtsgevoel van de aansprakelijke. Probleem daarbij is evenwel dat een verzekeringsoplossing, om efficiënt te blijven, niet alleen de gevallen van schuldloze aansprakelijkheid kan omvatten, maar ook betrekking moet hebben op gevallen waarin de bestuurder wel iets te verwijten valt. Voor de als zodanig erkende risicoaansprakelijkheden geldt eveneens dat zij mede gevallen omvatten waarin schuld aanwezig is. Het rechtsgevoel van de schuldloze aansprakelijke kan bij de keuze tussen schuldaanspra-

→ Ius Commune. Een mooie beschouwing vanuit een breed perspectief biedt ook J.M. Barendrecht, Aansprakelijkheid en welzijn, *NJB* 2002, p. 605-617.

27. Zie nader R.H. Stutterheim, Erosie in het aansprakelijkheidsrecht. De allocatie van schaderisico's in het privaatrecht, in: *Wie draagt de schade?*, N.F. van Manen/R.H. Stutterheim, (red.), Nijmegen 1998, p. 11-22, aldaar p. 14.

28. Voor een overzicht verwijst ik naar *Asser-Hartkamp* 4-III (2002), nr. 214 e.v.

29. Wellicht afgezien van enkele juristen.

30. Aansprakelijkheid zonder schuld kan soms volgens de toepasselijke polisvoorwaarden zonder gevolgen blijven voor deze korting.

31. HR 11 november 1983, *NJ* 1984, 331 (Meppelse Ree).

kelijkheid, risicoaansprakelijkheid en verzekering dan ook maar een beperkt gewicht in de schaal leggen.³²

Het is overigens opmerkelijk dat tegen echte risicoaansprakelijkheden (ouders voor kinderen, bezitters voor opstallen) niet of nauwelijks maatschappelijk verzet bestaat, terwijl de pseudo-risicoaansprakelijkheid voor bestuurders van motorrijtuigen wel tot discussie aanleiding geeft. Het zou interessant zijn na te gaan of dit komt door de verkeerde presentatie van de aansprakelijkheid, door de omvang van de betrokken premies, door de bijzondere positie van de auto in het (rechts)bewustzijn, door onvrede over het grotendeels ecarteren van het eigen schuldverweer voor oudere fietsers en voetgangers of door een combinatie van (al) deze factoren. Mijn vermoeden is dat de onvrede zou verdwijnen bij een risicoaansprakelijkheid voor gemotoriseerden met een serieus eigen schuldverweer ten opzichte van oudere fietsers en voetgangers.

A.2. *Waar niet is, verliest de keizer ...*

12. Een recht op compensatie is mooi, maar als de aansprakelijke persoon niet kan betalen, heeft de benadeelde er weinig aan. Met de compensatiefunctie zal dan ook de genoegdoeningsfunctie in het gedrang komen.

13. Men moet bedenken dat schadevergoeding in de meeste gevallen uiteindelijk ten laste komt van een aansprakelijkheidsverzekeraar – afgezien van enkele onverzekerden, dekkingsuitsluitingen en opzet. Dat is in strijd met de gedachte dat benadeelden voor hun genoegdoening willen dat de dader de vergoeding uit eigen zak betaalt.³³ Verzekering van aansprakelijkheid is desondanks in ruime mate toelaatbaar vanuit een oogpunt van slachtofferbescherming.³⁴ Ook hier blijkt dat

32. Het voert veel te ver hier in te gaan op de andere argumenten voor en tegen de diverse vormen van aansprakelijkheid en verzekering.

33. E.F.D. Engelhard, Een 'zuiver financieel' of 'zuiver emotioneel' belang? De betekenis van microbelangen voor de belangrijkste functie van aansprakelijkheid bij regres, nog te publiceren bijdrage aan de workshop aansprakelijkheid en verzekering op het Amsterdamse jaarcongres 2002 van de onderzoeksschool Ius Commune (georganiseerd door Gerrit van Maanen). Zie voorts H.J.R. Kaptein, Solidariteit door individualisering van aansprakelijkheid, in: *Wie draagt de schade?*, N.F. van Manen/R.H. Stutterheim, (red.), Nijmegen 1998, p. 81-94.

34. Zo T. Hartlief, Affectieschade: vergoeden of erkennen? De rol van het vermogensrecht bij het verwerken van leed van naasten, nog te publiceren bijdrage aan de in de vorige noot genoemde workshop.

compensatie en niet genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht voorop staat.

Twee kanttekeningen. In de eerste plaats meen ik dat bij de 'gewone' gevallen van schuldaansprakelijkheid, en zeker bij risico-aansprakelijkheid, voor genoegdoening geen plaats is (zie hiervoor nr. 10). In de tweede plaats is een stelsel mogelijk waarin het slachtoffer bij ernstiger vormen van verwijtbaarheid – opzet en bewuste roekeloosheid en wellicht grove schuld – wel verhaal heeft op de 'aansprakelijkheidsverzekering' van de dader (of een ander collectief compensatiemechanisme), maar dat deze verzekeraar regres kan nemen op de dader.³⁵ Een dergelijk stelsel combineert slachtofferbescherming en genoegdoening, terwijl het ook vanuit preventief oogpunt wenselijk zou kunnen zijn. Omdat de vraag is of de potentieel aansprakelijke personen zich wel zullen verzekeren – zij betalen immers deels premie voor uitkeringen die niet aan henzelf ten goede komen – werkt een stelsel als hier bedoeld waarschijnlijk alleen bij een verplichte verzekering.

14. Het probleem dat de aansprakelijke persoon geen verhaal biedt – ook niet via zijn aansprakelijkheidsverzekering – kan zich voordoen bij ieder geval van onverzekerde aansprakelijkheid en van schade die de verzekerde som te boven gaat, maar is in het bijzonder aan het licht getreden bij rampschade, door het grote aantal slachtoffers en de omvang van dergelijke schade.³⁶

Als de verantwoordelijke betaalt wat hij kan betalen, zal dit in zijn verhouding tot de benadeelde als genoegdoening vaak voldoende zijn. Dat kan anders liggen indien de verantwoordelijke weinig of geen draagkracht heeft, zodat hij van zijn aansprakelijkheid nauwelijks of geen nadeel ondervindt. Zo zal de benadeelde die genoeg moet nemen met de minimale opbrengst van een schuldsanering, daaruit wellicht onvoldoende genoegdoening putten.

15. Bij onvermogen van de direct verantwoordelijke richt de blik van de benadeelde zich vaak tot de overheid. Slachtoffers van geweldsmisdrijven en van rampen zoals de nieuwjaarsbrand in Volendam en de vuurwerkkramp in Enschede verwachten dat de overheid bijspringt om hun onvergoed gebleven schade te compenseren. Vaak stellen de slachtoffers daartoe de overheid zelf aansprakelijk – bijvoorbeeld wegens onvoldoende toezicht.

35. Vergelijk het stelsel van de WAM.

36. Zie J.M. Barendrecht, *Aansprakelijkheid en welzijn*, *NJB* 2002, p. 605-617, aldaar p. 614 e.v., met verdere verwijzingen.

Een recent voorbeeld is de vordering tot betaling van smartengeld die de moeder van een 20-jarige man die in mei 2002 in Den Haag voor een café werd doodgeschoten heeft ingesteld tegen de gemeente Den Haag en de minister van Vreemdelingenzaken en integratiebeleid. Het verwijt aan de gemeente is dat zij het café eerder had moeten sluiten – wegens een verlopen vergunning en een vechtpartij. Het verwijt aan de minister is dat hij de dader, die aangehouden was wegens die eerdere vechtpartij, niet als ongewenst vreemdeling heeft uitgewezen.³⁷

Het gevoel dat compensatie hier een taak van de overheid is, is evenwel niet afhankelijk van het aansprakelijkheidsoordeel. Van de samenleving verwachten de slachtoffers compensatie, en daarmee genoegdoening en erkenning vanwege het leed dat hen getroffen heeft. De gedachte dat de overheid voor de schade aansprakelijk zou kunnen zijn, is mijns inziens niet de oorzaak van deze verwachting. Het is eerder omgekeerd: klaarblijkelijk verlangen burgers van de overheid dat zij hen tegen vrijwel alle mogelijke vormen van schade beschermt en – voorzover zij toch schade lijden – dat de overheid hun daarvoor compensatie biedt, hetzij op grond van het aansprakelijkheidsrecht, hetzij op grond van solidariteit.³⁸

Compensatie kan – indien de voor de schade verantwoordelijke persoon onvoldoende verhaal biedt – ook plaatsvinden in de vorm van uitkeringsregelingen (veelal via fondsvorming). Denk aan het Waarborgfonds motorverkeer, het Schadefonds Geweldsmisdrijven, de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers en de regelingen voor de slachtoffers van de nieuwaarsbrand in Volendam en de Legionella-epidemie tijdens de West-Friese Flora. Afgezien van het Waarborgfonds motorverkeer, bieden de regelingen een tegemoetkoming en geen volledige compensatie.³⁹ Volgens Van de Bunt kan de benadeelde aan de tegemoetkoming desondanks (gedeeltelijke) genoegdoening ontfangen. De benadeelde kan het onverplicht ver-

37. Bericht uit Telegraaf op internet (www.telegraaf.nl) 20 januari 2003. Het bericht maakt overigens niet duidelijk hoe de advocaat van de vrouw de vordering plaatst binnen het hieronder (nr. 22 e.v.) te bespreken beperkte wettelijke stelsel ten aanzien van smartengeld voor naasten.

38. Te denken valt aan vragen om compensatie bij de 'watersnoodrampen' van afgelopen jaren, bij het mislukken van oogsten door overvloedige regenval, bij wegblokkades door buitenlandse actievoerders e.d. Zie over de tendens tot het afschrijven van de eigen verantwoordelijkheid en het opeisen van slachtofferschap het proadvies van Zijderveld. Zie voorts onder meer de oratie van Dorien Pessers, *Big Mother. Over personalisering van de publieke sfeer*.

39. J.F. van de Bunt, Erkenning bij fondsen voor immateriële schade, nog te publiceren bijdrage aan de workshop aansprakelijkheid en verzekering op het Amsterdamse jaarcongres 2002 van de onderzoeksschool Ius Commune (georganiseerd door Gerrit van Maanen).

Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht

strekken van de tegemoetkoming immers beschouwen als erkenning van, en sympathie met, zijn slachtofferschap. Ik acht dat eveneens aannemelijk, maar meen, evenals Van de Bunt, dat de betekenis van verschillende soorten fondsen voor de genoegdoening van slachtoffers nader onderzocht zou moeten worden.⁴⁰

Dit compensatieverlangen kan zich vanzelfsprekend ook tot anderen dan de overheid richten. De gedachte dat steeds iemand anders dan de getroffen zelf (of het noodlot) verantwoordelijk is voor schade, is het kenmerk van een claimcultuur. Ik noem als voorbeelden enkele opmerkelijke Amerikaanse zaken:

- Jongeren huren een auto en rijden rond terwijl zij vuurwerk uit het raam afschieten. Een van de vuurpijlen ontploft in de auto, waardoor een van de jongeren omkomt. Het autoverhuurbedrijf wordt aansprakelijk gesteld.
- Slachtoffers van de autosluipschutters spreken de fabrikant van het gebruikte geweer aan (hoewel de verkoop daarvan legaal is in de VS).
- Een meisje pleegt zelfmoord door van een brug af te springen. Haar moeder spreekt de exploitant van de brug aan.⁴¹

B. Geen compensatie, dus geen genoegdoening

16. Doordat de genoegdoeningsfunctie samenvalt met de compensatiefunctie, kan het aansprakelijkheidsrecht in zijn genoegdoeningsfunctie tekortschieten wanneer de benadeelde geen compensatie toekomt. Dit kan zich zowel voordoen indien de benadeelde wel schade lijdt, maar deze schade niet voor vergoeding in aanmerking komt (B.1.) als wanneer de benadeelde geen schade lijdt, maar wel behoefte heeft aan genoegdoening (B.2.)

In gevallen van letsel komt een groot deel van de schade in de regel ten laste van een (sociale) verzekeraar, zodat de direct benadeelde ter zake geen recht meer heeft op schadevergoeding. Omdat er bij letsel vrijwel altijd ook, onverzekerde, immateriële schade ontstaat, blijft er desondanks wat te compenseren over.⁴²

40. C. Cozijn, *Schadevergoeding door het Schadefonds of door de dader: het oordeel van het slachtoffer* (WODC-rapport), Den Haag 1988 biedt door gebrek aan respons deels onvoldoende gegevens.

41. Voorbeelden ontleend aan <http://www.stellaawards.com>, een Amerikaanse *tort law reform* pagina.

42. Zie in verband met de verzekeringsdekking over genoegdoening en de regresproblematiek F.F.D. Engelhard, Een 'zuiver financieel' of 'zuiver emotioneel' belang? De betekenis van microbelangen voor de belangrijkste functie van →

B.1. Wel schade, geen vergoeding

17. Indien het aansprakelijkheidsrecht voor een bepaalde vorm van schade geen vergoeding toekent, kunnen de compensatiefunctie en de genoegdoeningsfunctie vanzelfsprekend niet samenvallen. Integendeel, de benadeelde aan wie het recht op vergoeding van zijn schade wordt ontzegd, zal voelen dat het recht hem uitdrukkelijk een aanspraak op genoegdoening onthoudt. Dit doet zich naar Nederlands recht voor bij de immateriële schade van nabestaanden en naasten in gevallen van overlijden en letselschade.

18. Immateriële schade is voor dit preadvies van bijzonder belang, omdat, zoals hieronder nader zal blijken (nr. 28 e.v.), aan de mogelijkheid vergoeding van dergelijke schade te vorderen in de parlementaire geschiedenis mede ten grondslag is gelegd dat vergoeding van immateriële schade genoegdoening kan opleveren. Daardoor verdient vanuit het perspectief van de genoegdoening verklaring waarom immateriële schade door overlijden of letsel van een naaste niet voor vergoeding in aanmerking komt.

In het navolgende zal ik voor de niet-ingewijde lezer het Nederlandse stelsel met betrekking tot de vergoeding van immateriële schade kort beschrijven. Daarbij zal ik aandacht besteden aan de jurisprudentie van de Hoge Raad waarin enkele scherpe kanten van dit stelsel zijn afgeslepen en aan het aangekondigde wetsvoorstel over de vergoeding van affectieschade. Ik kan mij voor dit overzicht grotendeels baseren op de proefschriften van Lindenberg⁴³ en Verheij⁴⁴ over dit onderwerp.

Immateriële schade in het Nederlandse recht

19. Immateriële schade komt, anders dan vermogensschade, slechts voor vergoeding in aanmerking indien de wet daarin specifiek voorziet, aldus art. 6:95 BW.

Voor de volledigheid wijs ik erop dat de grens tussen immateriële schade en vermogensschade niet altijd duidelijk is. Zo kunnen de kosten van een verblijf in een warm land, indien de warmte leidt tot vermindering van pijnklachten, zowel wor-

→ aansprakelijkheid bij regres, nog te publiceren bijdrage aan de workshop aansprakelijkheid en verzekering op het Amsterdamse jaarcongres 2002 van de onderzoeksschool *Ius Commune* (georganiseerd door Gerrit van Maanen).

43. Lindenberg, *Smartengeld*, diss. Leiden 1998.

44. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU 2002.

Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht

den gezien als immateriële schade (veraangenaming van het leven) als als materiële schade (net zoals de kosten van pijnstillende medicijnen).⁴⁵

20. Art. 6:106 lid 1 BW geeft de benadeelde recht op vergoeding van immateriële schade indien:

- a. de aansprakelijke persoon het oogmerk had deze schade toe te brengen;
- b. de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast;
- c. sprake is van aantasting van de nagedachtenis van een overledene (onder bepaalde voorwaarden).

21. Immateriële schade die het gevolg is van geestelijk (of psychisch) letsel komt in beginsel voor vergoeding in aanmerking omdat dergelijk letsel een aantasting in de persoon oplevert in de zin van art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW. Zo is een vordering tot vergoeding van immateriële schade onder meer toewijsbaar geacht⁴⁶ wegens geestelijk letsel veroorzaakt door ernstige overlast van kraaiende hanen,⁴⁷ door de gedwongen verkoop van een als levenswerk opgebouwd bedrijf,⁴⁸ door de gang van zaken rond een franchiseovereenkomst⁴⁹ en door een onrechtmatig beslag.⁵⁰

De psychische aantasting moet wel voldoende ernstig zijn. Enkel psychisch onbehagen geeft geen aanspraak op vergoeding van immateriële schade.⁵¹

45. Zie in het bijzonder de conclusie van A-G Spier voor HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 en voorts *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 375-376 en *Asser-Hartkamp 4-I* (2000), nr. 469.

46. Let wel: niet in alle genoemde gevallen ook toegewezen.

47. HR 1 november 1996, *NJ* 1997, 134 (Kraaiende hanen).

48. HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 662 m.nt. Ma (Kip en Sloetjes/RABO).

49. Hof Arnhem 31 augustus 1999, *NJ* 2000, 708.

50. HR 28 juni 1998, *NJ* 1998, 778 (Kramer/ABN AMRO). In casu was er onvoldoende causaal verband.

51. HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366 m.nt. CJHB (Ontvanger/Bos); Hof Den Bosch 19 november 1998, *NJ* 1999, 689; Pres. Rb. Utrecht 29 juni 1999, *KG* 1999, 219. Vergoeding van dergelijke schade is wel mogelijk als een bijzondere wettelijke of verdragsrechtelijke regeling daarop recht geeft, zoals de Wet Bopz en het EVRM. Zie *Asser-Hartkamp 4-I* (2000), nr. 466 en bijvoorbeeld HR 13 december 1996, *NJ* 1997, 682 (Wet BOPZ) en EHRM 17 juli 2002, *NJ* 2002, 444 (EVRM).

Voor enkele ergernis, of deze nu samengaat met schending van vermogensrechten of niet, bestaat naar Nederlands recht in de regel geen vergoeding.⁵² Een voorbeeld uit eigen ervaring: door een fout van KPN raakte kort voor de deadline van dit preadvies mijn telefoonlijn onklaar, waardoor ik geen toegang meer had tot de universitaire databanken. KPN weigerde, hoewel dat mogelijk was, de lijn vóór het weekeinde te herstellen. Bij gebreke van een serieuze schadepost is het lastig voor de ergernis die dat oplevert genoegdoening te krijgen. In incidentele gevallen is dat niet erg, met zulke zaken moet men leren leven. Men kan ze desnoods van zich afschrijven. Vervelend is wel dat dienstverleners daardoor geen prikkel krijgen zich behoorlijk te gedragen, terwijl de optelsom van alle ergernissen in een serieuze schadepost kan resulteren. Niet rechtshandhaving in het individuele geval, maar algemene preventie is hier het probleem. Zie daarover nr. 4.

Volgens de Hoge Raad zal het bestaan van geestelijk letsel in rechte in het algemeen slechts kunnen worden vastgesteld indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.⁵³

In oudere arresten⁵⁴ kan men lezen dat geestelijk letsel 'onder omstandigheden' een aantasting in de persoon oplevert. Het is mijns inziens terminologisch zuiverder alleen geestelijk lijden dat een aantasting in de persoon oplevert onder 'geestelijk letsel' te begrijpen.⁵⁵ Onjuist acht ik het de term te reserveren voor letsel waarvoor een recht op schadevergoeding bestaat.⁵⁶ Dat vertroebelt de discussie, omdat de *oorzaak* van het letsel, die bepalend is voor het recht op vergoeding, het letsel als zodanig niet anders maakt.

22. Immateriële schade die wordt veroorzaakt door de dood van een naaste of door de confrontatie met ernstige letsel van een naaste, komt naar Nederlands recht niet voor vergoeding in aanmerking.⁵⁷ Dat geldt zowel voor het lijden dat het onmiddellijke gevolg is van het overlijden

52. Soms (buiten art. 6:106 BW om) wel; zie bijvoorbeeld Geschillencommissie Openbare Nutsbedrijven 9 juni 1993, *Prg.* 1993, 3967 (immateriële schadevergoeding na onrechtmatige afsluiting waterleiding).

53. HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 (Kindertaxi).

54. Zoals HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366 m.nt. CJHB (Ontvanger/Bos).

55. Zie Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU 2002, p. 34 en Lindenbergh, *Smartengeld*, diss. Leiden, p. 110-111.

56. Zie voor die terminologie Asser-Hartkamp 4-I (2000), nr. 467.

57. Een recht op vergoeding kan evenmin worden ontleend aan art. 8 EVRM, zie HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. JBMV (Kindertaxi) en HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734 m.nt. ARB (Baby J.). Aangezien ik betwijfel of de gewoonte om uitspraken van de Hoge Raad in zaken van letsel en overlijden aan te duiden met de naam van het slachtoffer aanvaardbaar is – gelet op de belangen van het slachtoffer en diens naasten of nabestaanden – volg ik deze gewoonte niet.

of het letsel, de zogenaamde affectieschade, als voor andere (immateriële) schade die kan ontstaan, bijvoorbeeld door de ontregeling van het gezinsleven.⁵⁸ Niet van belang is of het overlijden of het ernstige letsel van de naaste psychische gevolgen heeft van zodanige ernst dat dit geestelijk letsel in de hiervoor bedoelde zin oplevert. Ook in dat geval bestaat geen recht op vergoeding van immateriële schade. Deze beperking ligt, aldus de parlementaire geschiedenis, besloten in het wettelijk stelsel van de art. 6:106-108 BW.⁵⁹ Het Burgerlijk Wetboek stelt beperkingen aan de aanspraken van derden wegens het letsel (art. 6:107-107a BW) en het overlijden (art. 6:108 BW) van een ander. De regeling voor schade door het letsel van een ander in de art. 6:107-107a komt zeer in het kort erop neer dat anderen dan de gekwetste slechts aanspraak kunnen maken op vergoeding van de kosten die zij in plaats van de gekwetste zelf ten behoeve van de gekwetste hebben gemaakt (zoals kosten van verzorging). Voorts heeft de werkgever van de gekwetste onder omstandigheden recht op vergoeding van doorbetaald loon. Eigen schade van derden komt niet voor vergoeding in aanmerking. Bij overlijden (art. 6:108 BW) hebben derden slechts aanspraak op vergoeding van schade door het derven van levensonderhoud (in bepaalde gevallen) en van de kosten van lijkbezorging.

23. In twee gevallen komt immateriële schade door het overlijden of het ernstige letsel van een naaste wel voor vergoeding in aanmerking. Het eerste geval is dat de veroorzaker het oogmerk had de benadeelde dergelijke schade toe te brengen.

Een man brengt in verband met echtscheidingsproblemen met het oogmerk om zijn vrouw geestelijk te treffen hun kind om het leven.

In een dergelijk geval staat het wettelijk stelsel, en in het bijzonder art. 6:108 BW, niet in de weg aan een vordering tot vergoeding van immateriële schade op grond van art. 6:106 lid 1 aanhef en onder a BW. De artikelen 6:106 lid 1 aanhef en onder a en 6:108 bestrijken volgens de Hoge Raad van elkaar te onderscheiden (categorieën van) gevallen.⁶⁰

58. Zie voor dat onderscheid de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734 m.nt. ARB (Baby J.).

59. *Parl. Gesch. Boek* 6, p. 1272. Zie A.J. Verheij, *NTBR* 2002 (noot bij HR 26 oktober 2001, *RvdW* 169), p. 207-209.

60. HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216 m.nt. JBMV. Zie voorts Hof Den Bosch 3 februari 1998, *VR* 1999, 63, m.nt. A.J. Verheij, waarin ook de positie van een overblijvend kind aan de orde komt.

Blijkens deze uitspraak betreffen de beperkingen van het wettelijk stelsel ten aanzien van vorderingen tot vergoeding van immateriële schade wegens het overlijden van een naaste uitsluitend art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b. Zij volgen niet direct uit art. 6:108. Dit brengt mee dat noch de wettekst, noch het wetssysteem zich (nog) verzet tegen een uitleg van art. 6:106 aanhef en onder b waarin ernstig psychisch lijden door de dood van een naaste wel als geestelijk letsel voor vergoeding in aanmerking komt. De afwijzing van dergelijke aanspraken kan uitsluitend op de parlementaire geschiedenis worden gebaseerd. Daarmee lijkt er voor de verdere toekomst ruimte te zijn voor rechtsontwikkeling, al zal dit afhangen van het lot van het hierna te bespreken concept-wetsvoorstel over affectieschade.

Hoewel de uitspraak uitsluitend betrekking heeft op schade door overlijden, valt niet in te zien waarom iets anders zou gelden indien de veroorzaker van ernstig letsel het oogmerk heeft een naaste van de gekwetste geestelijk te treffen.

24. Het tweede geval waarin immateriële schade door het overlijden of het ernstige letsel van een naaste wel voor vergoeding in aanmerking komt, is indien sprake is van shockschade. Dit heeft de Hoge Raad beslist in het Kindertaxi-arrest.⁶¹

Een vijfjarig meisje wordt overreden door een kindertaxi. Haar moeder wordt kort na het ongeval op afschuwelijke wijze met de gevolgen daarvan geconfronteerd. Zij loopt als gevolg daarvan ernstig psychisch letsel op.

Naar het oordeel van de Hoge Raad handelt iemand die door overtreding van een veiligheidsnorm of een verkeersnorm een ernstig ongeval veroorzaakt, niet alleen onrechtmatig jegens degene die dientengevolge is gedood of gekwetst, maar onder omstandigheden ook jegens degene bij wie door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie, (kort) na het ongeval, met de ernstige gevolgen ervan, een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht, waaruit geestelijk letsel voortvloeit. Volgens de Raad zal dit zich met name zal kunnen voordoen indien degene die bij het ongeval is gedood of gewond tot de door de schok getroffen in een nauwe affectieve relatie staat.

61. HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. JBMV (Kindertaxi), waarover onder meer G.E. van Maanen, Het shockschade-arrest van 22 februari 2002, NJB 2002, p. 1102-1107; R.J.P. Kottenhagen, Vergoeding van shockschade. Een beschouwing naar aanleiding van het Taxibus-arrest: HR 22 februari 2002, RvdW 2002, 48, NTBR 2002, p. 182-191; P.M. Leerink en B. Holthuis, Shockschade, wie wel en wie niet?, Advocatenblad 2002, p. 292-295; J. van den Berg en S. Damminga, Geld maakt niet gelukkig, Ars Aequi 2002, p. 313. Zie reeds Rb. Zwolle 6 januari 1999, NJ 1999, 424 en vergelijk HR 8 april 1983, NJ 1984, 717 m.nt. CJHB.

De aard van de schade brengt naar het oordeel van de Hoge Raad mee dat deze in het algemeen slechts voor vergoeding in aanmerking komt indien (i) de betrokkene rechtstreeks wordt geconfronteerd met de omstandigheden waaronder het ongeval heeft plaatsgevonden (dus niet alleen met de gevolgen) en, (ii) deze confrontatie bij de betrokkene een hevige schok teweeggebracht heeft, hetgeen zich met name kan voordoen indien sprake is van een nauwe (affectieve) band met degene die door het ongeval is gedood of gewond geraakt. Onzeker is, door de woorden 'in het algemeen' en 'met name', wat de positie is van naasten die, bijvoorbeeld in het ziekenhuis, uitsluitend zijn geconfronteerd met de ernstige gevolgen, en niet met de omstandigheden van het ongeval zelf, en wat de positie is van derden (hulpverleners, treinsmachinisten) die van het ongeval een hevige schok ondervinden die tot geestelijk letsel leidt.

Ook als aan de hiervoor genoemde voorwaarden is voldaan, komt niet iedere vorm van immateriële schade als gevolg van de schokkende confrontatie met de gevolgen van een ongeval voor vergoeding in aanmerking. Recht op vergoeding bestaat op grond van art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW uitsluitend indien de confrontatie heeft geleid tot geestelijk letsel.

25. Doordat shockschade in het bijzonder zal ontstaan bij de confrontatie met het ongeval van een naaste, zal deze (vrijwel) altijd samen gaan met affectieschade. Volgens de Hoge Raad staat aan erkenning het recht op vergoeding van shockschade niet in de weg dat ook verdriet is ontstaan door het letsel of de dood van de naaste.⁶² Bij het naar billijkheid schatten van de immateriële schade zal de rechter er rekening mee moeten houden dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen het verdriet van de getroffene dat een gevolg is van de dood of het letsel van de naaste, ter zake waarvan geen vergoeding kan worden toegekend, en het leed dat veroorzaakt wordt door het geestelijk letsel als gevolg van de confrontatie met het ongeval, ter zake waarvan wel een recht op schadevergoeding bestaat. Dat lijkt overigens een onmogelijke opgave.

26. Afgezien van de besproken gevallen dat het oogmerk bestaat affectieschade toe te brengen, of dat sprake is van shockschade, bestaat naar Nederlands recht geen recht op vergoeding van immateriële schade veroorzaakt door het overlijden of het ernstige letsel van een naaste. Hoewel de wetgever zich ten aanzien van het vergoeden van immateriële schade in het algemeen terughoudend betoonde, liggen aan de

62. Zo ook *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 1274.

uitsluiting van een vergoedingsmogelijkheid vooral bezwaren ten grondslag die specifiek betrekking hebben op de vergoeding van affectieschade. Ik zal beide aspecten in het navolgende bespreken.

De houding ten opzichte van immateriële schade

27. Immateriële schade kan niet werkelijk worden vergoed. 'Geld en zieleed zijn te ongelijke grootheden dan dat zij tegen elkaar dienen opgewogen te worden.'⁶³ Het recht kan hooguit een tegemoetkoming toekennen.⁶⁴ Deze argumenten werden bij de totstandkoming van het nieuw Burgerlijk Wetboek gebruikt om de beperkingen bij het vergoeden van immateriële schade te verdedigen. Anderen voerden aan dat het inderdaad beter zou zijn als leed met vreugde kon worden vergoed, maar dat, nu dit zelden of nooit mogelijk is, materiële schadeloosstelling de enige methode is om 'de gelaedeerde – die men rechtstreeks geen vreugde kan verschaffen – in staat te stellen zelf vreugde te vinden door wat hij zoal met die schadevergoeding kan doen'.⁶⁵

28. Aan de in art. 6:106 BW neergelegde mogelijkheid tot vergoeding van immateriële schade werd in de parlementaire geschiedenis, in navolging van het Duitse recht, een dubbele functie toegekend:⁶⁶

- a. het vergoeden van het leed van de getroffene (*Ausgleich*);
- b. het bevredigen van het geschokte rechtsgevoel van de getroffene, doordat van de wederpartij een opoffering wordt verlangd (*Genugtuung*).

29. De eerste functie, compensatie, impliceert dat immateriële schade tegenwoordig⁶⁷ als werkelijke schade wordt gezien die, althans in bepaalde gevallen, voor vergoeding in aanmerking komt. Het begrip 'genoegdoening' lijkt in dit verband vooral gebruikt te worden om te benadrukken dat dergelijke schade zich niet, zoals vermogensschade, leent voor daadwerkelijk herstel. 'Geld voor geld' is iets anders dan 'geld voor leed', zoals hiervoor al werd opgemerkt.⁶⁸ Daartegen valt

63. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 372 (MvA II).

64. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 377 (Meijers).

65. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 382 (minister Van Agt).

66. *Parl. Gesch. Nieuw BW boek 6*, p. 377 en 388 en *Asser-Hartkamp 4-I* (2000), nr. 465.

67. Als uitvloeisel van de historische ontwikkeling die is beschreven in Feenstra/Winkel, *Vergelding en vergoeding* (2002), p. 24-26.

68. *Parl. Gesch. Nieuw BW boek 6*, p. 374, 377, 384, 385, 387-389; *Asser-Hartkamp 4-I* (2000), nr. 465; zie ook Lindenbergh, *Smartengeld*, diss. Leiden 1998, p. 38-39, met verdere verwijzingen.

weinig in te brengen, maar men moet waken voor de conclusie dat het dus niet nodig is naar volledige schadevergoeding te streven en dat slechts een beperkte tegemoetkoming in de schade vereist is. Tussen de vergoeding en de omvang van het nadeel moet evenredigheid bestaan.⁶⁹ Daarop kom ik in het navolgende (nr. 48) terug.

30. Van de tweede functie, bevrediging van het geschokte rechtsgevoel, is begrijpelijk dat deze juist in verband met immateriële schade wordt genoemd. Bij onrechtmatige daden die het rechtsgevoel ernstig schokken – hetzij door de ernst van de gedraging (opzettelijk toebrengen van schade), hetzij door de gevolgen (letsel en dood), hetzij door een combinatie van beide – ontstaat immers vaak omvangrijke immateriële schade. Bevrediging van het geschokte rechtsgevoel is evenwel ook een functie van de ‘gewone’ vergoeding van vermogensschade. Daarom is toch opmerkelijk dat deze functie bij de vergoeding van immateriële schade zo op de voorgrond treedt. De oorzaak daarvan is, aldus de parlementaire geschiedenis, de onvolmaaktheid die aan de compensatie van immaterieel nadeel eigen is. Omdat immaterieel nadeel niet in geld is uit te drukken, moet de rechter bij het vaststellen van de schadevergoeding naar billijkheid op grond van art. 6:106 BW meer factoren afwegen dan bij het vaststellen van vermogensschade. Daarbij zijn de factoren die van belang zijn voor de evenredigheid tussen vergoeding en leed niet scherp te scheiden van de factoren die van belang zijn voor de genoegdoening van de getroffene. De rechter moet rekening houden met alle omstandigheden van het geval, dus ook met de mate van verwijtbaarheid en met de wederzijdse economische omstandigheden.⁷⁰ Meijers achtte op dezelfde gronden toepassing van het matigingsrecht bij de vergoeding van immateriële schade overbodig: de rechter zou alle relevante omstandigheden immers al laten meewegen bij het vaststellen van de schadevergoeding.⁷¹

31. Met Lindenbergh meen ik dat men hier in beginsel een scherp onderscheid moet maken tussen omstandigheden die de omvang van de immateriële schade beïnvloeden, en omstandigheden die daar buiten staan. Zo zal de omstandigheid dat nadeel opzettelijk is toegebracht de

69. Meijers heeft de term ‘tegemoetkoming’ gebruikt in de discussie over vergoeding van immateriële schade in het Nieuw BW, zie *Parl. Gesch. Nieuw BW boek 6*, p. 377. Zie over evenredigheid tussen vergoeding en leed het Eindverslag (p. 388 van genoemde uitgave) en over de begroting van immateriële schade voorts HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 m.nt. ARB (Dwarslaesie).

70. *Parl. Gesch. Nieuw BW boek 6*, p. 388.

71. *Parl. Gesch. Nieuw BW boek 6*, p. 377.

omvang van het leed doorgaans vergroten. Vanuit de compensatiefunctie is een hogere schadevergoeding dan aangewezen. De wederzijdse stand van het fortuin van aansprakelijke en benadeelde zal op de omvang van het leed evenwel niet van invloed zijn en mag dus niet meewegen bij de vaststelling van de vergoeding voor immateriële schade.⁷²

Het is aannemelijk dat hetzelfde bedrag aan schadevergoeding voor een rijke minder compensatie van immateriële schade betekent dan voor een arme. Dit is het spiegelbeeld van de inkomens- en vermogensafhankelijke boete. De rijkdom beïnvloedt niet het leed of de vergoeding in absolute zin, maar de nominale uitdrukking daarvan in geld.

Het matigingsrecht heeft in deze zienswijze ook een functie bij de vergoeding van immateriële schade.⁷³

32. Dat smartengeld dient als genoegdoening in de verhouding tussen aansprakelijke en benadeelde, ligt mede ten grondslag aan de regel dat in beginsel alleen de benadeelde de vordering tot schadevergoeding kan instellen (art. 6:106 lid 2 BW). De wetgever benadrukte dat het niet gaat om een maatregel van poenale⁷⁴ aard, maar om het bevredigen van het rechtsgevoel van de getroffene door een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding.⁷⁵ Daarbij werden de tegenstanders van de toenemende materialisering van de samenleving gerustgesteld: de Nederlandse rechter zou zich terughoudend opstellen.⁷⁶

33. Verheij heeft in zijn proefschrift aandacht gevraagd voor een derde functie van immateriële schadevergoeding⁷⁷ (naast compensatie en genoegdoening): de rechtshandavingsfunctie. In zijn opvatting dient het privaatrecht in staat te zijn te reageren op de inbreuk op een privaatrechtelijk recht. Dat is volgens hem logische noodzaak: zonder reactie, geen recht. Veelal zal de reactie van het aansprakelijkheidsrecht een verplichting tot het betalen van schadevergoeding zijn. Indien evenwel objectiveerbare en verifieerbare schade ontbreekt – hetgeen volgens

72. Lindenbergh, *Smartengeld*, diss. Leiden 1998, onder meer p. 29 e.v.

73. Asser-Hartkamp 4-I (2000), nr. 500 en Lindenbergh, *Smartengeld*, diss. Leiden 1998, p. 295 e.v.

74. Het is niet bedoeld, maar gaat ook op als men 'poen' leest in de meer gebruikelijke betekenis.

75. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 381, 388-389.

76. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 382 en 385.

77. Ik gebruik deze term soms korthedshalve als alternatief voor het betere: vergoeding van immateriële schade (niet de vergoeding, maar de schade is immaterieel).

Verheij bij immateriële schade door inbreuk op persoonlijkheidsrechten (dus niet door letsel) in de regel het geval is – kan de verplichting tot het betalen van smartengeld in zijn opvatting niet ter compensatie dienen. Zij dient ter handhaving van het geschonden recht.⁷⁸

Het voert te ver hier uitgebreid op de opvattingen van Verheij in te gaan. Ik noem slechts enkele punten van kritiek die in verband met dit preadvies van belang zijn. Verheij lijkt te miskennen dat het leed in een aantal van de door hem besproken gevallen, in het bijzonder bij affectieschade zonder dat sprake is van geestelijk letsel, weliswaar niet objectiveerbaar is in natuurwetenschappelijke zin, maar dat het bestaan ervan vanuit de menselijke ervaring zozeer aannemelijk is, dat het ook in rechte mag worden aangenomen. Voorts faalt Verheij's betoog dat leed vanzelf verdwijnt en dus niet gecompenseerd behoeft te worden. In de eerste plaats verdwijnt leed lang niet altijd door verloop van tijd – het leed om het verlies of de ernstige verwonding van een kind is daarvan het meest sprekende voorbeeld. In de tweede plaats valt niet in te zien waarom er geen recht op compensatie zou bestaan voor de tijd dat de benadeelde het leed wel heeft ondervonden.⁷⁹

34. Verheij bestrijdt in zijn proefschrift – in navolging van andere schrijvers, waaronder Lindenbergh⁸⁰ – dat de genoegdoeningsfunctie ten grondslag kan liggen aan de toewijsbaarheid van smartengeld.⁸¹ Het belangrijkste argument daarvoor is dat wezenlijke elementen van genoegdoening – te weten dat deze plaatsvindt in de verhouding tussen de veroorzaker van het leed en de benadeelde en een opoffering van de veroorzaker vergt – ontbreken doordat smartengeld veelal ten laste van een aansprakelijkheidsverzekeraar wordt gebracht.⁸² De gedachte van Van Dam⁸³ dat de genoegdoeningsfunctie mede ziet op het herstel van het gekrenkte rechtsgevoel van de maatschappij, verwerpt Verheij, omdat dit aspect beter als verschijningsvorm van de rechthandhavingfunctie kan worden begrepen.

35. Immateriële schadevergoeding kan volgens Verheij evenmin worden gezien als genoegdoening ter bevrediging van het geschokte rechts-

78. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU 2002, p. 445 e.v.

79. Zie HR 20 september 2002, *RvdW* 2002, 142 (Comapatiënt).

80. Lindenbergh, *Smartengeld*, diss. Leiden 1998, p. 45.

81. Zie voor het navolgende Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU 2002, p. 394 e.v., 407 e.v. en 427 e.v.

82. Zie reeds hiervoor nr. 9.

83. C.C. van Dam, *Smartengeld in Europees perspectief: het verdriet van Europa*, *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 1991, p. 92-107.

gevoel van de benadeelde. Hij vraagt zich af of het hierbij wel gaat om een functie van het smartengeld en niet om een te compenseren aparte vorm van immateriële schade (het geschokt-zijn van het rechtsgevoel). Als dat zo is, is volgens Verheij niet goed verklaarbaar waarom voor dat nadeel alleen compensatie wordt gegeven binnen de grenzen van art. 6:106 BW en niet in andere gevallen, waarin iemand bijvoorbeeld vermogensrechten van de ander met de voeten heeft getreden.

36. Ik meen dat de waarheid wat de genoegdoeningsfunctie betreft in het midden ligt. Het feit dat schadevergoeding in de regel noch in geval van vermogensschade, noch in geval van immateriële schade, direct ten laste komt van de veroorzaker zelf, maar ten laste van diens verzekeraar, betekent inderdaad dat genoegdoening in zuivere zin geen functie van de verplichting tot het betalen van schadevergoeding kan zijn. Het persoonlijke element ontbreekt. Verderop in dit preadvies (onder B.2 en C) zal ik meer persoonlijke vormen van genoegdoening bespreken. Dat laat evenwel onverlet dat het gegeven dat het rechtssysteem een sanctie verbindt aan de inbreuk op een recht of een rechtens beschermd belang – al bestaat die sanctie uit een verplichting tot schadevergoeding en niet uit een extra ‘straf’ – een zekere mate van genoegdoening voor de benadeelde kan betekenen. Men zou dit kunnen zien als een aspect van de rechtshandavingsfunctie, maar dan bezien vanuit het perspectief van de benadeelde, in plaats vanuit dat van het rechtssysteem. Hiervoor (nr. 9) merkte ik al op dat deze meer onpersoonlijke vorm van genoegdoening voor het civiele aansprakelijkheidsrecht wellicht belangrijker is dan de traditionele.

Verheij houdt rekening met de mogelijkheid dat smartengeld ter rechtshandhaving de ‘eventueel gekwetste gevoelens’ compenseert van degene wiens aansprakelijkheidsrecht is geschonden. Doordat er in zijn opvatting geen plaats is voor gevoelens die niet verifieerbaar en niet objectiveerbaar zijn – vandaar de ‘eventueel gekwetste gevoelens’ – kan hij daaraan geen gevolgen verbinden.

Tot steun van deze samensmelting van rechtshandhaving en genoegdoening kan dienen dat benadeelden het ontbreken van enigerlei reactie van het recht op hun leed ervaren als een gemis aan genoegdoening.

Het andere persoonlijke aspect van genoegdoening, te weten dat deze strekt ten gunste van de benadeelde, kan mijns inziens niet worden prijsgegeven zonder de grenzen van het civiele recht te verlaten. Ik denk daarbij aan de in de literatuur wel bepleite ‘genuegdooening’ vanwege de behoefte aan een ‘objectieve’ erkenning van de schending van de rechtsorde voor slachtoffers die zich van hun leed noch bewust

zijn, noch dat later worden – zoals iemand die door een ongeval direct overlijdt⁸⁴ en de comapatiënt die niet meer bij bewustzijn komt. Wel zou men, mede om het recht te erkennen, aan de nabestaanden een *eigen* aanspraak op schadevergoeding kunnen geven. De Hoge Raad heeft in zijn arrest over de comapatiënt de hier bedoelde geobjectiveerde vorm van genoegdoening niet aanvaard, want het ging in dat arrest om een slachtoffer dat zich, na geheel in coma te zijn geweest, achteraf en in zekere mate heeft gerealiseerd dat hij gedurende een bepaalde periode bewusteloos is geweest en niet meer zijn gewone leven heeft kunnen leiden. De genoegdoening voor het derven van levensvreugde over die periode komt dan ook aan het slachtoffer zelf toe (al kan deze overerven als aan de voorwaarden van art. 6:106 lid 2 is voldaan). Daaraan doet niet af dat de omvang van de schade over de periode dat het slachtoffer bewusteloos was volgens de Hoge Raad moet worden geobjectiveerd: *toen* ervoer het slachtoffer immers subjectief niets.⁸⁵

37. Anders dan Verheij, meen ik, zoals ik hiervoor al opmerkte, dat er ook buiten gevallen van objectiveerbare (letsel)schade sprake kan zijn van voor compensatie in aanmerking komende immateriële schade. Indien die schade wordt gecompenseerd, gaan rechtshandhaving en compensatie samen, net zoals bij de vergoeding van vermogensschade. Gevallen waarin mijns inziens, anders dan Verheij meent, de compensatiegedachte voorop staat – al is de vraag of compensatie van de schade wel mogelijk is, maar dat is bij immateriële letselschade slechts graduëel anders – zijn affectieschade en schade door *wrongful birth*,⁸⁶ *wrongful life*,⁸⁷ vernietiging van sperma en schending van het recht op informatie en consultatie en op omgang in het personen- en familie-recht.⁸⁸ Bij discriminatie en de schending van auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten hangt van de omstandigheden af welke functie(s) aan de schadevergoeding ten grondslag ligt of liggen.

84. Naar Nederlands recht staat art. 6:106 lid 2 aan het ontstaan (en vererving) van dit recht in de weg.
85. HR 20 september 2002, *RvdW* 2002, 142. Zie de conclusie van A-G Spier voor het arrest en voorts de noot van R.-J. Tjittes, Smartengeld voor bewustelozen, *NTBR* 2003, p. 49 e.v. Tjittes staat de in de tekst verworpen objectieve opvatting voor. In de zin van de tekst T. Hartlief, Smartengeld bij bewusteloosheid, *WPNR* 6519 (2003)
86. Zie HR 9 augustus 2002, *RvdW* 2002, 132 en HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 m.nt. CJHB.
87. Buiten het bestek van dit preadvies valt de vraag of in het laatste geval sprake is van schade die voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen. Zie Rb. Den Haag 2 februari 2002, *NJ Kort* 2000, 54; *VR* 2000, 155 (Baby K.), waarin de vraag in de kern evenwel niet aan de orde komt.
88. De voorbeelden ontleen ik aan Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU 2002, p. 500 e.v. Zie voor het navolgende voorts p. 530 e.v.

38. Het is vaak lastig om vast te stellen wanneer sprake is van schadevergoeding die de werkelijke schade te boven gaat. Hiervoor (nr. 31) merkte ik al op dat de mate waarin het rechtsgevoel van de benadeelde wordt geschokt, afhankelijk zal zijn van de wijze waarop het leed hem is toegebracht. Iemand wiens rechten opzettelijk zijn aangetast (bijvoorbeeld bij opzettelijke verwonding), zal daarvan meer leed onderkennen dan iemand die door een andere oorzaak schade lijdt (bijvoorbeeld bij verwonding door onoplettendheid). Ook hier overtuigt het argument van Verheij dat de verbittering van de benadeelde niet aantoonbaar is, zodat van de compensatiefunctie geen sprake kan zijn, mij niet.

Evenmin is overtuigend het argument van Verheij dat niet goed verdedigbaar is dat bedoelde verbittering alleen wordt gecompenseerd in gevallen waarin art. 6:106 BW al recht geeft op vergoeding van immateriële schade (bijvoorbeeld bij letselschade) en niet daarbuiten (bijvoorbeeld bij schending van vermogensrechten, buiten gevallen dat daardoor geestelijk letsel ontstaat). Dit gelijkheidsargument kan hooguit nopen tot aanpassing van het systeem door hetzij in het ene geval geen, hetzij in het andere geval ook vergoeding toe te kennen. Verheij betoogt echter overtuigend dat in een aantal gevallen, zoals de aantasting van privacy en van eer en goede naam en van auteursrechtelijke rechten, de hoogte van de toegekende immateriële schadevergoeding niet alleen uit het oogpunt van compensatie te verklaren is. Overwegingen van rechtshandhaving en preventie bepalen daarbij mede de omvang van het smartengeld.

Verderop (nr. 45 e.v.) bespreek ik het belang van de functies van de toekenning van smartengeld voor de vergoeding van affectieschade.

Bezwaren tegen het vergoeden van affectieschade

39. Werd – met enige tegenzin – de mogelijkheid van het vergoeden van immateriële schade in de parlementaire geschiedenis aanvaard, tegen het vergoeden van affectieschade bleven belangrijke bezwaren bestaan. In de memorie van antwoord voor de Eerste Kamer staan de drie belangrijkste genoemd.⁸⁹

- a. De weerstand tegen de gedachte dat men leed met geld kan vergoeden neemt toe naarmate het leed schrijnender is. Dit spreekt het sterkst in gevallen van verdriet om anderen. De terughoudendheid van het Nederlandse recht werd volgens regeringscommissaris

89. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 1273-1274.

- Snijders vooral verklaard door de weerzin om de rechter te zetten aan het waarden van affectie.⁹⁰
- b. Vergoeding toekennen leidt tot 'commercialisering' van verdriet. Het kan moeilijk anders dan om hoge bedragen gaan. Daardoor zal men zich tegen de aansprakelijkheid moeten verzekeren, hetgeen verhoging van de vergoeding in de hand kan werken. Bovendien kan dit de instelling van partijen beïnvloeden. De weduwe die als eiseres optreedt zal bijvoorbeeld gedurende de procedure haar verdriet 'op peil' moeten houden om de vergoeding niet mis te lopen.
 - c. De ervaring in landen die vergoeding toelaten leert dat zij leidt tot onsmakelijke procespraktijken. De verwerende partij zal trachten aan te tonen dat het verdriet minder groot is dan de eisende doet voorkomen – bijvoorbeeld door in te gaan op relationele problemen. De eisende partij zal daarop moeten antwoorden.

Andere argumenten waren:

- d. De vrees voor een explosie van schadeclaims. De minister van justitie wees daarbij, onder verwijzing naar de situatie in België, op de gevolgen van een kwistige vergoeding van immateriële schade voor de hoogte van de premie van de verzekering tegen de aansprakelijkheid voor auto-ongevallen.⁹¹
- e. De complicaties die vergoeding van affectieschade zou betekenen voor de juridische afwikkeling van ongevallen en daarmee voor de belasting van de rechterlijke macht.
- f. Het toegenomen aantal risicoaansprakelijkheden in het nieuwe wetboek, waarbij terughoudendheid zou passen wat betreft de omvang van de verplichting tot schadevergoeding.

40. Veel schrijvers menen dat affectieschade wel voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen.⁹² Een belangrijk argument voor het erkennen van een recht op vergoeding is van waardensystematische aard: het is vreemd dat in gevallen van minder ernstig leed wel immateriële schadevergoeding wordt toegekend (zoals bij een bedorven va-

90. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 1301.

91. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 372 (MvA II).

92. Zo Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU 2002, p. 199 e.v en Lindenberg, *Smartengeld*, diss. Leiden 1998, p. 173 e.v., beide met verdere verwijzingen. Zie reeds R. Overeem, *Smartegeld: een rechtsvergelijkende beschouwing over de vergoeding van niet-economische schade*, Zwolle 1979.

kantie op grond van art. 7:510). Bovendien valt niet goed in te zien waarom de ondergang van een geestelijk kind (een bedrijf) de toekenning van smartengeld zou rechtvaardigen⁹³ en het verlies van een mens-kind niet.⁹⁴ Aan nabestaanden en naasten is niet goed uit te leggen dat juist hun leed rechtens geen erkenning vindt.⁹⁵ Veel andere Europese landen kennen dan ook wel een vergoeding van affectieschade.⁹⁶ Bovendien kan affectieschadevergoeding 'binnensluipen' in de vorm van shockschade.⁹⁷

Dat veel andere Europese landen een vergoeding voor affectieschade kennen, brengt niet mee dat een dergelijke vergoeding ook naar Nederlands recht mogelijk zou moeten zijn. Het zou kunnen dat aan het verschil in recht een verschil in rechtsgevoel (morele en maatschappelijke opvattingen) ten grondslag ligt. Het zou zinvol zijn daarnaar onderzoek te doen.⁹⁸

41. De regering heeft in een brief een wetsvoorstel aangekondigd dat tegemoet komt aan de gewijzigde inzichten omtrent vergoeding van affectieschade.⁹⁹ Met het oog op de hiervoor besproken praktische en financiële bezwaren die in de parlementaire geschiedenis van het nieuw Burgerlijk Wetboek tegen deze vergoeding zijn aangevoerd,

93. HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 662 m.nt. Ma (Kip en Sloetjes/RABO).

94. Het voorbeeld ontleen ik aan A.J. Van en J. Spier.

95. Hooguit erkenning als natuurlijke verbintenis. Zie Rb. Breda 20 november 1984, *VR* 1986, 12 (natuurlijke verbintenis tot verschaffen genoegdoening bij dood minderjarig kind).

96. Zie voor rechtsvergelijkende gegevens Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU 2002, p. 191 e.v.; Lindenbergh, *Smartengeld*, diss. Leiden 1998, p. 173 e.v.; idem, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2002, p. 1421-1473, en W. van Gerven e.a., *Common Law of Europe Casebooks, Torts. Scope of protection*, Oxford 1998, hoofdstuk 3. Vooral het Franse en Belgische recht kennen, overigens niet onomstreden, zeer ruime vergoedingsmogelijkheden.

97. In de Terwee-zaak Hof Den Haag 26 april 2000, *VR* 2000, 84 werd voor shockschade al een vergoeding van f 60 000 toegekend aan de moeder van een misbruikt en vermoord vierjarig meisje. Tegen de toewijsbaarheid van die vordering was kennelijk geen verweer gevoerd. Uit de gepubliceerde uitspraak blijkt niet dat aan de voorwaarden voor shockschadevergoeding was voldaan. Zie verder Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU 2002, p. 135 e.v.

98. Zie over deze kwestie, en de wenselijkheid van harmonisatie van het aansprakelijkheidsrecht, T. Hartlief en M. Faure, Naar een harmonisatie van aansprakelijkheidsrecht in Europa. Een kritisch rechtseconomisch perspectief, *NJB* 2003, p. 170-177, met verdere verwijzingen.

99. *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 400 VI, nr. 70.

wordt in de brief, en in het concept-wetsvoorstel dat inmiddels bekend is geworden,¹⁰⁰ uitgegaan van een regeling die in dubbel opzicht is beperkt: zowel wat betreft de kring van gerechtigden als wat betreft de omvang van de vergoeding.

42. Het recht op vergoeding ziet op gevallen van overlijden en van ernstig letsel zonder dat overlijden volgt. De vergoeding zal uitsluitend toekomen aan:

- a. de ten tijde van de gebeurtenis niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of geregistreerde partner van de gekwetste;
- b. de levensgezel van de gekwetste, die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam met deze een gemeenschappelijke huishouding voert;
- c. de ouder van een ten tijde van de gebeurtenis minderjarige of met die ouder in gezinsverband samenwonend meerderjarige gekwetste;
- d. een ten tijde van de gebeurtenis minderjarig kind of met de gekwetste in gezinsverband wonend meerderjarig kind van de gekwetste;
- e. degene die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg voor de gekwetste heeft;
- f. degene voor wie de gekwetste ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg heeft.

De regering wil, uit angst voor onsmakelijke procespraktijken, geen hardheidsclausule opnemen.

43. Om de toename van de aansprakelijkheidslast te beperken – mede gelet op het toegenomen aantal risicoaansprakelijkheden en op de dreigende claimcultuur – zal het bedrag van de vergoeding beperkt wordt gehouden. De hoogte van de vergoeding zal bij algemene maatregel van bestuur worden vastgesteld. De regering denkt aan een vast bedrag van € 10 000 per gerechtigde. De vergoeding is dan ook niet bedoeld als reële compensatie, maar als erkenning van het leed van de naasten van het slachtoffer. Als mogelijk voordeel noemt de regering de preventieve werking die van de regeling zou kunnen uitgaan. De aansprakelijke kan tegen de naaste alle verweermiddelen aanvoeren die hij ook tegen de gekwetste kan (of, bij overlijden, zou hebben kunnen) aanvoeren.

100. Ik ken de tekst uit T. Hartlief, *Affectieschade: vergoeden of erkennen? De rol van het vermogensrecht bij het verwerken van leed van naasten*, nog te publiceren bijdrage aan de workshop aansprakelijkheid en verzekering op het Amsterdamse jaarcongres 2002 van de onderzoeksschool Ius Commune (georganiseerd door Gerrit van Maanen).

44. Een belangrijk bezwaar tegen de regeling is de arbitraire grens van de kring van gerechtigden. Deze is gebaseerd op de leeftijd en het gezinsverband, zodat bijvoorbeeld geen recht op vergoeding bestaat voor ouders wat betreft hun uitwonende meerderjarige kinderen. Waarom het leed van ouders bij overlijden of letsel van hun kind minder erkenning behoeft op het moment dat hun studerende zoon of dochter eindelijk een kamer heeft gevonden, is moeilijk te begrijpen. Het ligt dan ook voor de hand dat een hardheidsclausule ontbreekt. Niet zozeer omdat zo'n clausule zou leiden tot onsmakelijke procespraktijken, maar omdat de rechter erdoor gedwongen zou worden de grenzen te bewaken van een systeem waarin de ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen is ingebakken. Op dit punt verdient de voorgestelde regeling mijns inziens heroverweging.

Een hardheidsclausule die strekt tot uitbreiding van de kring van gerechtigden behoeft niet te leiden tot onsmakelijke procespraktijken. Men mag toch aannemen dat iemand alleen vergoeding 'buiten de lijst om' zal vorderen als daartoe goede gronden bestaan.¹⁰¹

45. De beperkte vergoeding is niet bedoeld als reële compensatie. Daarmee kan men vrede hebben omdat affectieschade waarschijnlijk niet goed te compenseren valt. De pijn van een brandwond is wellicht voor het slachtoffer ten dele goed te maken door geld om een reis naar Eurodisney te ondernemen – hoe ernstiger het letsel, hoe minder dat denk ik opgaat – maar het verlies van een naaste laat zich door geld om 'vreugde mee te vinden' waarschijnlijk niet – zelfs niet gedeeltelijk – goedmaken. Potentiële slachtoffers beseffen dit, zo blijkt volgens rechtseconomen, want er bestaat (*ex ante*) geen vraag naar verzekering tegen affectieschade.¹⁰²

Ik veronderstel dat eventueel uit te keren smartengeld voor affectie-

101. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU 2002, bespreekt in verband met shockschade een vergelijkbaar voorstel van de Engelse *Law Commission* (p. 168-169). Voor affectieschade blijft de *Law Commission* bij een gesloten kring van gerechtigden om te voorkomen dat de rechter de kwaliteit van de relatie moet onderzoeken (p. 227). In Frankrijk werkt men met (in beginsel weerlegbare) vermoedens (p. 219).

102. M. Faure, *Vergoeding van immateriële schade vanuit rechtseconomisch perspectief*, nog te publiceren bijdrage aan de workshop aansprakelijkheid en verzekering op het Amsterdamse jaarcongres 2002 van de onderzoeksschool *Ius Commune* (georganiseerd door Gerrit van Maanen), met verdere verwijzingen. Faure verwijst naar de opvatting van S. Crowley en J. Hanson, *Harvard Law Review* 1995, 1785-1917, dat de vraag er wel is, maar dat er te veel beletselen zijn om tot expliciete dekking te komen.

schade in geval van overlijden vooral zal worden gebruikt voor uitgaven die verband houden met de verwerking van het leed – een monument, een gedenkboek bijvoorbeeld – en voor het overige doorgaans aan een goed doel zal worden besteed. Bij ernstige verwonding zal eventuele affectieschadevergoeding vaak worden besteed aan uitgaven die (de verzorging van) het directe slachtoffer ten goede komen of die andere gezinsleden (kinderen) compenseren voor de emotionele en andere lasten die deze extra zorg meebrengt. Juist omdat uitgaven (indirect) nog ten goede kunnen komen aan het directe slachtoffer, is mijns inziens aannemelijk dat de behoefte aan vergoeding van schade van anderen dan het slachtoffer bij ernstig letsel groter is.

Volgens HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 m.nt. ARB (Theeongeval Losser) hebben, binnen het beperkte stelsel van de vergoeding van schade van derden wegens letsel en overlijden, de ouders van een kind dat ernstig letsel heeft opgelopen recht op vergoeding van de kosten (vrije tijd en vakantiedagen) van verpleging en verzorging indien en voorzover daarmee kosten van professionele hulp worden uitgespaard. Het verlies van vakantiedagen wegens bezoeken kwam niet voor vergoeding in aanmerking, nu voor bezoek doorgaans geen professionele hulpverleners worden ingeschakeld, en de heilzame werking van het bezoek moest worden toegeschreven aan de persoonlijke band tussen het kind en de ouders.

Dit stelsel behoeft op diverse punten heroverweging. In de eerste plaats lijkt de beperking tot de kosten van professionele hulp niet altijd gerechtvaardigd. Behoort het niet tot de kern van het *family life* dat men het recht heeft zijn familieleden (ouder, kind, echtgenoot of partner) zo nodig zelf te verzorgen? Is het altijd redelijk dat de vader of de moeder die zijn of haar baan opgeeft om de zorg van zijn of haar door een ongeval gehandicapte kind op zich te nemen, het inkomensverlies maximaal vergoed krijgt tot de kosten van professionele hulp? Mag degene die voor de schade verantwoordelijk is verlangen dat men deze zorg uit kostenoverwegingen aan professionals overlaat? Mijns inziens zou, met een serieuze redelijkheidstoets waarbij de belangen van het slachtoffer zwaar moeten wegen, schade wegens zorgverlening in ernstige gevallen ook buiten de norm van de professionele hulp voor vergoeding in aanmerking moeten komen. Voor bezoeken geldt hetzelfde. Naar huidig recht komen de directe kosten van bezoek voor vergoeding in aanmerking (reiskosten, meegebrachte bloemen) maar niet verlies van tijd en gederfde inkomsten. Dat betekent dat de werkende ouders die een zwaar verbrand kind in een ver weg gelegen ziekenhuis moeten bezoeken, hun inkomensverlies voor hun eigen rekening moeten nemen, voorzover hun werkgever (als zij niet zelfstandig zijn) hun inkomen niet doorbetaalt. In veel gevallen heeft dat tot gevolg dat de mogelijkheid het kind te bezoeken en te begeleiden voor de kostwinnende ouder(s) sterk wordt beperkt. Dat schaadt niet alleen het gezinsleven, maar ook het slachtoffer en kan zelfs diens

herstelkansen verminderen. Ook hier lijken in ernstige gevallen ruimere vergoedingsmogelijkheden wenselijk. Wenselijker dan vergoeding van affectieschade, zou ik menen.¹⁰³ Daarbij teken ik aan dat de in nr. 10 bedoelde afweging nodig blijft: men moet bezien waarom de ene vorm van pech beter gecompenseerd moet worden dan de andere. Bij schade als gevolg van opzet en bewuste roekeloosheid lijkt ruime vergoeding mij in ieder geval op haar plaats.

46. Hetgeen ik in de vorige alinea heb opgemerkt, zijn evenwel slechts hypothesen. Het is opvallend dat in de discussie over immateriële schade, in het bijzonder over affectieschade, allerlei veronderstellingen worden gedaan over het nut van dergelijke vergoedingen, zonder dat – kenbaar – sociaal-wetenschappelijk onderzoek is of wordt gedaan om die veronderstellingen te toetsen. Het is mijns inziens wenselijk dat dergelijk onderzoek wordt uitgevoerd en aan wetgeving over de affectieschade – en andere herzieningen van het aansprakelijkheids- en het schadevergoedingsrecht – ten grondslag wordt gelegd.

Een onderzoek dat mijn (inmiddels afgestudeerde) studente Olga Hendriksen in het kader van haar doctoraalscriptie Nederlands recht heeft gedaan naar de behoefte aan erkenning en compensatie van nabestaanden en naasten van slachtoffers van de nieuwaarsbrand in Volendam, in nauw contact met alle betrokken hulpverleners, is nog niet afgerond. Er zijn mij geen representatieve resultaten van ander wetenschappelijk onderzoek naar deze kwestie bekend. Het zou goed zijn als het WODC een dergelijk onderzoek zou opzetten, al was het maar omdat reeds het onderzoek als zodanig door betrokkenen als een blijk van erkenning wordt opgevat,¹⁰⁴ mits zij de zekerheid hebben dat er met de resultaten iets gebeurt (hetgeen bij een onderzoek anders dan van overheidswege een probleem is).¹⁰⁵

103. Zie de conclusie van Spier voor en de noot van Bloembergen onder het arrest en verder onder meer S.D. Lindenbergh, noot bij het arrest in *NTBR* 1999, p. 227-232; W.H. van Boom, Troostgeld voor naasten? Een ruimere blik is noodzakelijk!, *AV&S* 2002, p. 95-98; dezelfde, Troostgeld voor nabestaanden ondoordacht, *NJB* 2001, p. 1301-1302; J. Spier, Grenscorrecties bij letselschade, *NTBR* 2002, p. 100-105; J.B.M. Vranken, Contractuele breekijzers of de koninklijke weg? Schadevergoeding voor naaste verwanten van een gewonde, *WPNR* 6460 (2001).

104. Jan van der Wal, *De nasleep van suicides en dodelijke verkeersongevallen. Een onderzoek naar de psychische en sociale gevolgen voor nabestaanden*, diss. Leiden 1988; Marc P.H.D. Cleiren, *Adaptation after bereavement. A comparative study of the aftermath of death from suicide, traffic accident and illness for next of kin*, diss. Leiden 1991, p. 100.

105. Dit bleek in het 'Volendam-onderzoek'.

47. Dat toekenning van een (gering) bedrag aan smartengeld bij affectieschade geen compensatiefunctie kan vervullen, is indringend onder woorden gebracht door Eykman:¹⁰⁶

'Mijnerzijds meen ik dat, gesteld dat een van mijn dierbare kinderen zou overlijden, het geen bijdrage zou leveren aan de verhoging van mijn levensvreugde wanneer na verloop van tijd een bedrag van omstreeks f 5000 door assuradeuren van de laedens op mijn girorekening wordt overgemaakt onder de referentie: schadegeval 9-4-1980; smartegeld overlijden Johannes Jacobus.'

Niet alleen levert betaling van het bedrag geen compensatie op, genoegdoening kan deze zakelijke afwikkeling van de schade evenmin opleveren. Het lijkt of er op de dierbare een prijs wordt gesteld en nu die prijs geen enkele reflectie vormt van de werkelijke waarde die naasten aan het leven of de gezondheid van hun dierbaren toekennen, zal dat eerder als belediging dan als genoegdoening worden ervaren.

48. Wil smartengeld genoegdoening of erkenning kunnen bieden, dan dient het een adequate reflectie te vormen van de omvang van het leed. Zoals Spier terecht heeft opgemerkt, zal de 'subtiliteit van erkenning zonder vergoeding in de schrijnende gevallen waarvoor de regeling is bedoeld de benadeelde allicht ontgaan' en is het moeilijk uit te leggen dat een schadepost weliswaar wordt erkend maar tot niet wezenlijks kan leiden.¹⁰⁷ Dat geldt temeer nu andere vormen van leed – immateriële schade bij letsel, geestelijk letsel in gevallen waarin het wettelijk stelsel niet aan vergoeding in de weg staat¹⁰⁸ – en vermogensrechtelijke bagatelschades wel voor volledige vergoeding in aanmerking komen.¹⁰⁹ Het gebouw van het schadevergoedingsrecht is scheefgegroeid, aldus Spier. Ook indien men aanvaardt dat affectieschade nu eenmaal niet te compenseren valt, blijft de relatieve hoogte van het bedrag aan smartengeld voor genoegdoening en erkenning van belang. Terecht is dan ook tegen het concept-wetsvoorstel aangevoerd dat het

106. L.G. Eykman, Smart en geld, *WPNR* 5572 (1981). In dezelfde zin B. de Temmerman, bespreking van Lindenbergh, Smartengeld, *NTBR* 2000, p. 326. Zie voorts F.C. Schirmeister, *Amerikaanse toestanden in het aansprakelijkheidsrecht. De vergoeding van letsel schade in de Verenigde Staten*, diss. VU 1996, p. 285, met verder verwijzingen.

107. J. Spier, Grenscorrecties bij letsel schade, *NTBR* 2002, p. 100-105, aldaar p. 103.

108. Zie hiervoor nr. 21 e.v.

109. Zo bijvoorbeeld ook de noot van Vranken onder het Kindertaxi-arrest, *NJ* 2002, 240, nr. 6.

ongelijke gevallen over één kam scheert.¹¹⁰ In de eerste plaats is er het reeds besproken bezwaar van de arbitraire grens van de kring van gerechtigden, zonder dat deze kan worden gecorrigeerd door een hardheidsclausule. In de tweede plaats is het leed binnen de uitverkoren categorieën gerechtigden niet van dezelfde omvang. Aan Hartlief ontleen ik het voorbeeld van het verlies van een bejaarde echtgenoot of partner tegenover het verlies van een jong kind – het leed zal in het laatste geval alleen al erger zijn doordat betrokkenen er langer mee moeten leven. In de derde plaats maakt het voor de omvang van de immateriële schade – en voor de behoefte aan genoegdoening – waarschijnlijk uit wat de oorzaak van het overlijden of het letsel is: het verlies van een kind door een verkeerde diagnose van een arts (een verwijtbare inschattingsfout) is anders dan het verlies van een kind bij een ongeval veroorzaakt door een dronken rijdende automobilist. Zelfs als het emotioneel niets zou uitmaken,¹¹¹ zou het in ieder geval rechtens moeten uitmaken: de genoegdoening die compensatie biedt zou moeten afhangen van de mate waarin het ontstaan van de schade rechtens verwijtbaar is. Deze correctieve ('normhandhavende') werking van het aansprakelijkheidsrecht, heeft een deels punitief karakter. Daaraan kunnen zowel de genoegdoeningsfunctie als de preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht ten grondslag worden gelegd.¹¹²

49. Dat erkenning en genoegdoening een wezenlijke waardering van affectieschade eisen, neemt de bezwaren tegen een reële vergoeding van dergelijke schade niet weg. In het Kindertaxi-arrest overwoog de Hoge Raad dat het recht beperkingen stelt aan vergoeding van affectieschade 'omdat te ruim getrokken grenzen van aansprakelijkheid in

110. Zo onder anderen T. Hartlief, *Affectieschade: vergoeden of erkennen? De rol van het vermogensrecht bij het verwerken van leed van naasten*, nog te publiceren bijdrage aan de workshop aansprakelijkheid en verzekering op het Amsterdamse jaarcongres 2002 van de onderzoeksschool Ius Commune (georganiseerd door Gerrit van Maanen); W.H. van Boom, *Troostgeld voor naasten? Een ruimere blik is noodzakelijk!*, *AV&S* 2002, p. 95-98; Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU 2002, mede onder verwijzing naar Duitse literatuur (p. 197); dezelfde, *NTBR* 2002 (noot bij HR 26 oktober 2001, RvdW 169), p. 207-209; dezelfde, *Contouren wetsvoorstel affectieschade*, *NJB* 2001, p. 1562-1569; B. de Temmerman, bespreking van Lindenberg, *Smartengeld*, *NTBR* 2000, p. 331 en A.J. Van en F.B. Reijnen, *De begroting van affectieschade*, *VR* 2002, p. 37-41.

111. Ik neem aan dat het uitmaakt, maar beschik niet over onderzoeksgegevens om die veronderstelling te staven.

112. Zie voor de preventieve functie hierna nr. 51.

maatschappelijk opzicht tot onaanvaardbare gevolgen zouden kunnen leiden'.¹¹³ Volledige vergoeding van affectieschade zou te duur worden, of, in de woorden van Lindenbergh: wat onbetaalbaar is moet 'binnen de grens van het betaalbare blijven'.¹¹⁴ Daarbij komt het reeds genoemde argument uit de parlementaire geschiedenis tegen volledige vergoeding van affectieschade dat als de schadevergoeding een hoogte krijgt die de ernst van het leed reflecteert, te vrezen valt dat veroorzakers en vooral hun verzekeraars soms onsmakelijke argumenten zullen aanvoeren om de ernst van het leed te betwisten.¹¹⁵ Dat behoeven overigens geen onzinnige argumenten te zijn.

50. Voordat ik de vraag beantwoord of de bezwaren tegen een (poging tot) reële vergoeding van affectieschade opwegen tegen het voordeel dat een dergelijke vergoeding heeft vanuit het oogpunt van genoegdoening, zal ik bezien of de preventiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht een grond kan zijn voor een reële vergoeding van affectieschade.

51. Omdat affectieschade door haar immateriële karakter niet zichtbaar is, bestaat de neiging haar te verwaarlozen – zoals tot niet zo lang geleden ook gold voor schade aan het leefmilieu. Door de (potentiële) veroorzaker volledig voor affectieschade aansprakelijk te maken (door deze te *internaliseren*), wordt hij gedwongen met de (potentiële) kosten van deze aansprakelijkheid rekening te houden.¹¹⁶ Dit zou, aldus de rechtseconomische theorie, het ontstaan van de schade kunnen voorkomen.

Preventie van schade krijgt de nadruk in de rechtseconomische benadering van het aansprakelijkheidsrecht. Rechtseconomen streven naar het minimaliseren van de totale maatschappelijke kosten van ongevallen. Zij bezien daartoe zowel de baten

113. HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. JBMV (Kindertaxi).

114. Lindenbergh, *Smartengeld*, diss. Leiden 1998, p. 265.

115. Zo, vanuit Belgisch perspectief, B. de Temmerman, bespreking van Lindenbergh, *Smartengeld*, NTBR 2000, p. 330 met verdere verwijzingen. Uit Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU 2002, blijkt dat de Franse rechter vrij is de vergoeding te bepalen, maar dat in de praktijk richtlijnen ontstaan (hetzelfde geldt in België). Bovendien is het stelsel omstreken (p. 221-222). De Engelse *Law Commission* stelt een vast bedrag voor, omdat differentiatie 'distasteful' zou zijn (p. 227-228). Zie ook *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 1275.

116. Zie over de kostenallocatie T. Hartlief, Kroniek van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 1998-2000, NTBR 2001, p. 20-35 e.v. i.h.b. p. 34 met verdere verwijzingen. De navolgende rechtseconomische gegevens ontleen ik grotendeels aan *Encyclopedia of law and economics*, 3500 (Jennifer Arlen).

als de kosten van het aansprakelijkheidsrecht.¹¹⁷ Die benadering is van grote waarde omdat efficiënte preventie van leed zonder twijfel meer tot het welzijn kan bijdragen dan vergoeding daarvan. Indien er geen markt is om vooraf over de kosten en de baten van bepaalde activiteiten te onderhandelen – en die markt zal doorgaans ontbreken – is het toekennen van een aanspraak op schadevergoeding de aangewezen methode om de handelende met het potentiële nadeel van zijn handelen of nalaten rekening te laten houden. Het is evenwel noodzakelijk in het oog te houden dat de rechtseconomie, juist bij gebreke van een perfecte markt, moeilijk een prijs kan verbinden aan de meeste subjectieve ervaringen (gezondheid, liefde, ergernis). Nu er bijvoorbeeld geen markt is waarop fietsers over hun lijf en leden met transportondernemers kunnen onderhandelen, zullen derden, zoals politici of rechters, de betrokken belangen moeten waarderen naar maatstaven die slechts buiten de economische wetenschap te vinden zijn. Zij zijn daarbij gedwongen tot het maken van interpersonele nutsvergelijkingen, waarbij dan moet worden uitgemaakt in welke verhouding de waarde die een fietser aan zijn lichamelijke veiligheid toekent staat tot de kosten die transportondernemers moeten maken om hun vrachtauto's met dodehoekspiegels uit te rusten. Daarbij blijkt het uit te maken welk vertrekpunt men kiest: is de vraag hoeveel de fietser zou willen betalen om de kans op het ongeval te vermijden (*willingness to pay*) dan komt daar een lager bedrag uit dan indien de vraag is hoeveel de fietser zou willen ontvangen om het extra risico te accepteren (*willingness to accept*). Het recht ontkomt dus ook in de rechtseconomische benadering niet aan normatieve afwegingen. Daaraan voeg ik toe dat zelfs bij het bestaan van een perfecte markt individuele rechten alleen tellen indien de daadwerkelijke instemming van de gerechtigde vereist is om ze op te geven.¹¹⁸

De preventiegedachte ligt mede ten grondslag aan het concept-wetsvoorstel affectieschade. Hartlief heeft evenwel terecht opgemerkt dat de beperkingen van het voorstel – vooral wat betreft de omvang van de vergoeding, maar ook wat betreft de kring van gerechtigden – de prikkelwerking ervan op de potentiële veroorzakers illusoir maken.¹¹⁹ Adequate preventie vereist een vergoedingsniveau dat een uitdrukking is van de werkelijke schade.

52. Rechtseconomen zijn het evenwel oneens over het belang van volledige vergoeding van immateriële schade voor preventie. Faure wijst

117. *Encyclopedia of law and economics*, 3000 (Hans-Bernd Schäfer).

118. Kritiek op de rechtseconomische benadering levert J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis*, 2e druk, 1997, met verdere verwijzingen.

119. Volgens het Verbond van Verzekeraars leidt het voorstel tot een stijging van de WAM-premie met 2%. Die premiestijging zal ongedifferentieerd worden doorberekend.

erop dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen unilaterale en bilaterale ongevallen.¹²⁰ Bij ongevallen van het eerste type is alleen de dader voor het ontstaan van de schade verantwoordelijk. Het is wenselijk dat hij voor alle schade die hij veroorzaakt aansprakelijk wordt gehouden, zodat hij zijn preventieve inspanningen kan afstemmen op de ongevalskosten die hij kan veroorzaken. Bij bilaterale ongevallen, waarbij ook het slachtoffer aan het ontstaan van de schade bijdraagt, zou terughoudendheid moeten worden betracht bij het vergoeden van immateriële schade, omdat het slachtoffer zo prikkels tot preventie krijgt.¹²¹

De gedachte hierachter is dat het eigen schuldverweer niet alle mogelijkheden betreft die het slachtoffer heeft om schade te voorkomen. Dit verweer zou het potentiële slachtoffer daardoor onvoldoende prikkels geven. Daartegenover staat echter dat het slachtoffer altijd schadeposten heeft die niet (volledig) vergoed (kunnen) worden (zoals verlies aan tijd, maar ook van immateriële schade) en die hem ook een prikkel tot preventie geven. Dat het eigen schuldverweer in combinatie met deze andere factoren onvoldoende preventieve prikkels geeft, is dan ook omstreden.¹²² Faure concludeert dat ook bij bilaterale ongevallen van belang is wie invloed op het ontstaan van de schade kunnen uitoefenen: is dat vooral de dader, dan moet immateriële schade vanuit preventief oogpunt voor volledige vergoeding in aanmerking komen, is dat (mede) het slachtoffer, dan is terughoudendheid bij vergoeding van immateriële schade aangewezen.

53. Mijns inziens zal het voor onrechtmatige daden en gevallen van wanprestatie waaraan 'gewone' onzorgvuldigheid ten grondslag ligt, weinig uitmaken in welke omvang de veroorzaker aansprakelijk is. Hetzelfde geldt voor de preventieve werking van het eigen schuldverweer. De oorzaak daarvan is dat mensen niet in staat blijken de risico's van hun gedrag goed te beoordelen en hun eigen capaciteiten om on-

120. Zie voor het navolgende M. Faure, Vergoeding van immateriële schade vanuit rechtseconomisch perspectief, nog te publiceren bijdrage aan de workshop aansprakelijkheid en verzekering op het Amsterdamse jaarcongres 2002 van de onderzoeksschool *Ius Commune* (georganiseerd door Gerrit van Maanen).

121. Faure, onder verwijzing naar M. Adams, Warum kein Ersatz von Nichtvermögensschäden, in: C. Ott en H.B. Schäfer (red.), *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung*, Berlin 1989, p. 210-217. Een voorbeeld van het nalaten van preventie is het niet-dragen van autogordels. Voorin draagt 80% van de inzittenden een gordel, achterin slechts 32%; zie *NRC Handelsblad* 2 februari 2003, p. 43. Zie over eigen schuld en immateriële schade voorts K.F. Haak, Functioneel privaatrecht voor leed en verdriet, *NTBR* 2001, p. 211.

122. Faure, onder verwijzing naar Ph. von Randow, Kommentar, in de in de vorige noot aangehaalde bundel, p. 218-225.

gevallen te vermijden overschatten.¹²³ Hooguit zal de dreiging van een zeer hoge aansprakelijkheidslast de risico-averse veroorzaker weerhouden van het ondernemen van bepaalde activiteiten (autorijden, opereren) – vanzelfsprekend is daarbij van groot belang of er nog tegen een redelijke premie verzekeringsdekking voor de aansprakelijkheid is te verkrijgen. Als die activiteiten zelf maatschappelijk wenselijk zijn, schiet het aansprakelijkheidsrecht zijn doel voorbij. Andere methoden van gedragsbeïnvloeding zullen veel meer tot het voorkomen van schade bijdragen. Daarbij valt te denken aan voorlichting ('Bob jij of bob ik'), regulering (in het verkeer maximumsnelheid, verplicht dragen autogordels en valhelmen, verplichte dodehoekspiegels, in de medische zorg protocollering), en het treffen van technische veiligheidsvoorzieningen (in het verkeer de aanleg van fietspaden en verkeerslichten, in de medische zorg het gebruik van 'Murphy-proof' aansluitsystemen voor apparatuur).¹²⁴

54. De (potentiële) kosten van aansprakelijkheid kunnen wel van invloed zijn op organisatorische beslissingen, en wellicht op onrechtmatig handelen met een hogere graad van verwijtbaarheid (opzet, bewuste roekeloosheid).

Organisatorische beslissingen, zoals die tot het treffen van de in het vorige nummer genoemde voorzieningen en het nemen van de daar genoemde maatregelen, worden in veel gevallen niet genomen door de uiteindelijke veroorzakers van de schade (de automobilist heeft de aanleg van het fietspad niet in zijn macht). Onverkorte aansprakelijkheid van iedere veroorzaker voor affectieschade is uit het oogpunt van gedragsbeïnvloeding dan ook niet gerechtvaardigd. Een alternatief vanuit het oogpunt van preventie is wellicht een systeem waarin uitsluitend volledige aansprakelijkheid voor affectieschade – en andere vormen van thans niet voor vergoeding in aanmerking komende schade – bestaat in geval van het nemen van organisatorische beslissingen die bij afweging van alle betrokken belangen en kosten onredelijk zijn. Daar ben ik nog niet uit.

123. Cass. R. Sunstein (Ed.), *Behavioral Law & Economics*, Cambridge University Press 2000.

124. M. van Dam, *Verkeersongevallen. Een rechtseconomisch, empirisch en positief-rechtelijk onderzoek naar de werking van aansprakelijkheid, verzekering en veiligheidsregulering in het verkeer*, diss. Maastricht 2001, benadrukt het belang van veiligheidsregulering. Hij concludeert dat over de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht nog onvoldoende gegevens beschikbaar zijn, en pleit voor nader onderzoek naar de effectiviteit van de verschillende middelen tot preventie.

Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht

Verzekeraars kunnen bij aansprakelijkheid voor organisatiefouten bijdragen tot de preventie door via de verzekeringsvoorwaarden eisen te stellen aan (controle van) de organisatie.

55. In afwachting van nader onderzoek, kom ik tot de voorlopige conclusie dat voor een reële vergoeding van affectieschade geen plaats is bij ongevallen die het gevolg zijn van 'normale' onzorgvuldigheid of de 'schuldloze' verwezenlijking van een risico bij risico-aansprakelijkheid. Een hoog vergoedingsniveau levert geen werkelijke compensatie op, kan leiden tot onsmakelijke procespraktijken en hoge afhandelingskosten, heeft waarschijnlijk weinig preventief effect en zal de aansprakelijkheidslast aanzienlijk verzwaren. Genoegdoening zal in deze gevallen langs andere weg moeten worden verkregen. Daarop ga ik in de volgende paragraaf (C.) in. Hierna zal nog blijken dat tot die andere wegen onder bepaalde voorwaarden ook het betalen van een beperkt bedrag kan behoren.

Bij onrechtmatig handelen met een hogere graad van verwijtbaarheid dan schuld, is veel te zeggen voor (het streven naar) volledige vergoeding van affectieschade – en andere vormen van schade die thans niet voor vergoeding in aanmerking komen. De rechtseconomische literatuur acht aannemelijk dat volledige aansprakelijkheid in dergelijke gevallen – waarbij de dader het ontstaan van de schade geheel in zijn macht heeft – tot preventie leidt. Bovendien is het vanuit een oogpunt van genoegdoening en rechtshandhaving gerechtvaardigd de veroorzaker van de schade in zulke gevallen van ernstige normschendingen volledig met de gevolgen van zijn handelen te belasten.¹²⁵ Het verlies als zodanig zal de vergoeding ook in deze gevallen niet kunnen compenseren, maar mogelijk wel de woede over het gegeven dat het ongeval vermijdbaar was – dit kan ervan afhangen voor wiens rekening de vergoeding uiteindelijk komt, zie hiervoor nr. 13. De keerzijde hiervan is dat de vergoeding een deels punitief karakter krijgt. Reeds omdat de gedachte achter het geven van genoegdoening ('dit leed had voorkomen kunnen worden') dezelfde is als de gedachte achter de preventie, acht ik dat geen groot bezwaar.

125. Dat rechtshandhaving impliceert dat daders ook civielrechtelijk voor de gevolgen van hun handelen verantwoordelijk worden gemaakt, benadrukt E.F.D. Engelhard, Een 'zuiver financieel' of 'zuiver emotioneel' belang? De betekenis van microbelangen voor de belangrijkste functie van aansprakelijkheid bij regres, nog te publiceren bijdrage aan de workshop aansprakelijkheid en verzekering op het Amsterdamse jaarcongres 2002 van de onderzoeksschool *Ius Commune* (georganiseerd door Gerrit van Maanen). Zie over de rechtshandavingsfunctie nader hetgeen ik hiervoor (nr. 33) opmerkte naar aanleiding van de dissertatie van Verheij.

Het probleem blijft evenwel hoe het leed gewaardeerd moet worden. Hoeveel is een gezond mensenleven waard? 'Onschatbaar veel' is in de praktijk niet het juiste antwoord: bij preventie van schade worden baten (in mensenlevens) en kosten (van levensreddende maatregelen) wel degelijk tegen elkaar afgewogen. Onderzoek naar de waarde van het leven komt uit op schattingen tussen de 1 miljoen en de 9 miljoen Amerikaanse dollar. Het bedrag waarop men uitkomt, hangt evenwel van vele factoren af. Bovendien moeten normatieve keuzes tussen waarderingsmaatstaven worden gemaakt. Deze onzekerheid is niet alleen van belang voor de compensatie van immateriële schade: zij zet ook de berekeningen die ten grondslag liggen aan preventie, en daarmee de beoordeling van de (on)zorgvuldigheid van handelen, op losse schroeven.¹²⁶

Het maken van een onderscheid tussen diverse graden van verwijtbaarheid heeft nadelige gevolgen voor de afhandelingskosten. Hoe sterk dat argument is, en of het opweegt tergen de (normatieve) voordelen van het onderscheid, is bij gebrek aan gegevens niet duidelijk.¹²⁷ Wellicht moet met het oog op de kosten de uitzondering worden beperkt tot opzet en, eventueel, daaraan grenzende roekeloosheid.

Voor de duidelijkheid: het gaat hier niet om de opzet om het leed toe te brengen, zoals in HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216, maar om het (voorwaardelijk) opzet gericht op de daad die het leed teweegbrengt. Omdat opzet niet gedekt is onder de aansprakelijkheidsverzekering (dat is althans de bedoeling van de polisvoorwaarden), zal de dader de schadevergoeding bij opzet zelf moeten dragen. Aan het personele aspect van de enge definitie van genoegdoening is daarmee voldaan (mits de dader enig verhaal biedt).

56. Voor het concept-wetsvoorstel affectieschade betekent dit het volgende. Bij opzet en, eventueel, bewuste roekeloosheid moet affectieschade en andere thans niet vergoede schade als gevolg van het letsel of het overlijden van een ander in beginsel zonder beperking voor (het streven naar een) reële vergoeding in aanmerking komen.¹²⁸ Dat geldt

126. Zie Glenn C. Blomquist, *Economics of Value of Life*, (opgenomen in *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Pergamon Press, 2001), door mij geraadpleegd en te lezen op <http://gatton.uky.edu/faculty/blomquist/encyclop.pdf>; A.E. Clark and A.J. Oswald, A simple statistical method for measuring how life events affect happiness, *Journal of Epidemiology* 2002, p. 1139-1144; J.M. Barendrecht, Aansprakelijkheid en welzijn, *NJB* 2002, p. 605-617, aldaar p. 611.

127. J.M. Barendrecht, Aansprakelijkheid en welzijn, *NJB* 2002, p. 605-617, aldaar p. 616, acht de kosten prohibitief zolang er nog alternatieven zijn.

128. Waarbij nog steeds richtlijnen kunnen worden gevolgd, maar waarbij geen wettelijk (laag) maximum aan de vergoeding is verbonden.

in het bijzonder voor de hoogte van de uit te keren bedragen, doch is ook bepleitbaar voor de kring van gerechtigden.¹²⁹

Bij lichtere vormen van verwijtbaarheid, is het niet nodig naar een reële vergoeding van affectieschade te streven. Een beperking van het bedrag is dan ook aanvaardbaar. Wel zou, om effectieve genoegdoening te bereiken, enige bandbreedte in de bedragen moeten zitten.¹³⁰ Het voordeel daarvan is dat de rechter, onder verwijzing naar de omstandigheden van het geval zoals eiser die heeft gepresenteerd, kan motiveren waarom hij de wettelijk hoogst mogelijke vergoeding van toepassing acht.¹³¹ Van een dergelijke motivering is meer genoegdoening te verwachten dan van een zakelijke uitbetaling van een vast bedrag. Dat is, verwacht ik, niet anders indien de rechter in de meeste gevallen tot toekenning van het hoogste bedrag besluit (met de kanttekening dat hoger nu eenmaal niet kan).

Het behoeft niet de rechter te zijn die zijn beslissing aldus motiveert. Ook de dader, of diens verzekeraar, kan kiezen voor het hoogste niveau van de uitkering en de beslissing daartoe motiveren met een verwijzing naar de omstandigheden van de benadeelde. Ook dat zal meer genoegdoening en erkenning geven dan de zakelijke uitbetaling van een vast bedrag, zonder dat het veel meer behoeft te kosten (als de bandbreedte maar niet te groot wordt).

In de huidige vorm zou het voorstel niet ingevoerd moeten worden – ook niet als het hier voorgestelde alternatief het niet zou halen. Het is te zakelijk en miskent dat het betalen van geld ter compensatie van leed niet het beste antwoord is bij immateriële schade van naasten. Dan maar liever een stelsel dat zijn onmacht bewust erkent. Zie nader hieronder (sub C.).

57. Wat er ook zij van de wenselijke ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht, in ieder geval zou voor het aansprakelijkheidsrecht verborgen schade (zoals affectieschade) bij politieke afwegingen een veel belangrijker rol moeten spelen. Als de geschatte werkelijke kosten (inclusief het leed) van verkeersongevallen consequent werden betrokken bij beslissingen over het treffen van verkeersveiligheidsvoorzieningen,

129. De systeemkosten die het gevolg zijn van te grote uitbreiding van die kring zijn waarschijnlijk te hoog.

130. Zie de in noot 110 genoemde literatuur.

131. Zie voor het belang van 'het gehoord worden' H.F.M. Crombag en P.J. van Koppen, *Rechtvaardigheid*, in: *Het Hart van de Zaak. Psychologie van het recht*, P.J. van Koppen e.a. (red.), p. 516 e.v. Op het belang van motivering wijst ook B. de Temmerman, bespreking van Lindenberg, Smartengeld, *NTBR* 2000, p. 331.

zouden de wegen in Nederland naar mijn overtuiging een stuk veiliger zijn.¹³² Geheel zonder juridische gevolgen behoeft dit niet te blijven: de rechter kan met dit aspect rekening houden bij de vraag of een weg voldoet aan de daaraan te stellen eisen in de zin van art. 6:174 BW.

B.2. Geen schade, wel genoegdoening?

58. In het voorgaande heb ik vooral aandacht besteed aan het verband tussen genoegdoening en compensatie. Thans is de vraag aan de orde of het aansprakelijkheidsrecht ruimte biedt voor genoegdoening aan iemand die door het onrechtmatig handelen van een ander geen schade heeft geleden, althans geen schade die voor vergoeding in aanmerking komt. Hierover is enkele jaren geleden naar aanleiding van een arrest van de Hoge Raad¹³³ een fel debat gevoerd.

Het ging in die uitspraak – kort weergegeven – om het volgende. Een driejarig kind kreeg wegens een bewegingsstoornis zwemtherapie in een ziekenhuis. Zijn moeder was daarbij aanwezig. Na de therapie hebben het kind en zijn moeder in de douche- en kleedruimtes bestemd voor de patiënten in twee aparte ruimtes gedoucht. Het kind heeft de douche verlaten, is teruggelopen naar het zwembad, in het water terechtgekomen, en is als gevolg daarvan later overleden. De ouders hebben zich op het standpunt gesteld dat (de exploitant van) het ziekenhuis voor het overlijden van hun kind aansprakelijk is. Zij vorderden vergoeding van f 2500 aan materiële schade, maar die vordering werd wegens gebrek aan feitelijke onderbouwing afgewezen. Voorts vorderden de ouders een verklaring voor recht dat het ziekenhuis voor de dood van hun kind aansprakelijk was. Zij stelden dat zij voldoende belang bij deze vordering hadden doordat zij pas een zinvol begin met het verwerken van de dood van hun kind zouden kunnen maken als de aansprakelijkheid van het ziekenhuis zou zijn vastgesteld. Het hof oordeelde evenwel dat ‘aan een dergelijk zuiver emotioneel belang, hoe zwaarwegend ook, te dezen geen voldoende rechtens relevant belang kan worden toegekend’. De Hoge Raad verwierp het daartegen opgeworpen cassatiemiddel. Volgens de Raad had het hof geen te beperkte betekenis aan het vereiste van ‘voldoende belang’ als bedoeld in art. 3:303 BW¹³⁴ toegekend door voormeld ‘zuiver emotioneel’ belang niet als zodanig aan te merken.

59. Tegen de gedachte dat een ‘zuiver emotioneel belang’ geen voldoende belang kan zijn, zijn overtuigende argumenten aan te voe-

132. Aldus ook R. Veenhoven, Commentary: The units of utility, *International Journal of Epidemiology* 2002, p. 1144-1146.

133. HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (Ongeval na zwemtherapie).

134. ‘Zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe.’

ren.¹³⁵ Deze hebben betrekking op de plaats van andere dan vermogensbelangen in het privaatrecht en op de waarde van een verklaring van recht.

De plaats van andere dan vermogensbelangen in het privaatrecht

60. Van Maanen en anderen hebben op het arrest Ongeval na zwemtherapie felle kritiek uitgeoefend. De kern van die kritiek is dat het privaatrecht niet alleen ziet op vermogensrechtelijke (op geld waardeerbare) rechten en verplichtingen. Ook het 'voldoende belang' van art. 3:303 BW is niet tot dergelijke belangen beperkt. Van Maanen wees in zijn reactie op de plaats van immateriële belangen in het personen- en familierecht (het belang van het kind, waaraan ik als voorbeelden toevoeg het recht op omgang¹³⁶ en op informatie en consultatie) en in het schadevergoedingsrecht (immateriële schade voor pijn en smart). Dat laatste voorbeeld is overigens minder gelukkig, omdat het daarin uiteindelijk wel gaat om een vergoeding in geld.¹³⁷ Dat was ook zo bij een veroordeling tot betaling van de kosten van adoptie na de intra-uterine dood van een vrucht als gevolg van rhesusantagonisme.¹³⁸ Maar binnen het recht van de onrechtmatige daad is ook plaats voor andere dan financiële veroordelingen met het oog op immateriële belangen (hetzij ter vergoeding van schade, hetzij ter voorkoming van schade): straatverboden, contactverboden en zelfs een gedwongen AIDS-test.¹³⁹

Die overigens mede door wraak lijkt te zijn ingegeven: 'maar even belangrijk is dat hij [de verkrachter] aldus tot iets gedwongen wordt waar hij een doodsangst

135. Zie voor de in het navolgende te bespreken argumenten onder meer G.E. van Maanen, Een arrest dat shockeert: HR 9 oktober 1998, *NTBR* 1999, p. 48-49; B.M.W. Nieskens-Isphording, Het vermogensrecht, de Hoge Raad, en de emotie van Van Maanen, *NTBR* 1999, p. 137, met reactie en naschrift; A.R. Bloembergen, noot onder HR 5 november 1999, *NJ* 2000, 63; de inleidingen van J.H. Nieuwenhuis, B.W.M. Nieskens-Isphording, G.E. van Maanen en C. Drion voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1999; zie L.F. Wiggers-Rust, Jaarvergadering Vereniging voor Burgerlijk Recht 1999: 'Gaat het in het Burgerlijk Recht alleen om geld?', *NTBR* 2000, p. 150-153 en J.M. Barendrecht in: *De Hoge Raad binnenste-buiten*, Den Haag 2003, p. 101-110.

136. Zie voor een buitenissig geval Pres. Rb. Zwolle 17 november 1994, *KG* 1995, 172.

137. Met als extreme en harde consequentie dat smartengeld in de failliete boedel valt; HR 22 november 2002, R02/024.

138. Rb. Rotterdam 12 december 1986, *NJ* 1988, 462. Wellicht volgt in de toekomst een vergelijkbare beslissing over de kosten van klonen na het overlijden van een dierbare?

139. HR 24 mei 1985, *NJ* 1987, 1 m.nt. CJHB en EAA; HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347 m.nt. EAA en CJHB.

voor heeft, en dat is (min of meer) vergelijkbaar met wat hij eerder zijn slachtoffer zelf heeft aangedaan', aldus Gabi van Driem, de advocaat van het slachtoffer.¹⁴⁰ Een interessante vraag is of de vordering nog toegewezen had kunnen worden als deze uitlating ten processe was gedaan. Mijns inziens, gelet op het 'even belangrijk', wel. Zou dit het uitsluitende motief zijn geweest, dan lag het anders.

61. Een blik op de lagere rechtspraak – vooral in kort geding – leert dat andere dan vermogensrechtelijke belangen en vorderingen daarin met enige regelmaat aan de orde komen. Zo zijn in kort geding¹⁴¹ geschillen beslecht over afgifte van een deel van de as van de gecremeerde dochter van partijen (ex-echtelingen) in verband met het recht van de vader op 'een waardig afscheid en de mogelijkheid van herdenking van zijn kind',¹⁴² over asverstrooiing op zee,¹⁴³ over toewijzing van Daantje (een hond) aan degene met de sterkste emotionele band¹⁴⁴ en over een omgangsregeling met een hond.¹⁴⁵ Alle zaken hebben een familierechtelijk aspect, maar dat is niet verwonderlijk omdat emotionele belangen waarover men bereid is te procederen vaak in de relationele sfeer zullen liggen.¹⁴⁶ Voor de kwestie van de affectieschade is dat niet anders. De laatste zaken hadden ook een vermogensrechtelijke kant – het eigendomsrecht op de hond – maar betroffen emotionele belangen.

62. De stelling van Nieskens – in reactie op Van Maanen – '[h]et vermogensrecht echter, hoe propvol emoties ook, draait uiteindelijk "alleen om de poen"' is dan ook alleen juist als men het vermogensrecht

140. Zeer toepasselijk in *Nemesis* 1992, p. 19.

141. Zie over de bijzondere taak van de rechter in kort geding bij emotionele belangen C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga en J.M. Barendrecht, Waar het mensen om gaat en wat het burgerlijk recht daarmee doet, nog te publiceren bijdrage aan de workshop aansprakelijkheid en verzekering op het Amsterdamse jaarcongres 2002 van de onderzoeksschool *Ius Commune* (georganiseerd door Gerrit van Maanen).

142. Pres. Rb. Utrecht 20 december 2001, *KG* 2002, 33.

143. Pres. Rb. Amsterdam 23 november 2000, *KG* 2000, 259. Hierin ging de uiterste wil van de overledene boven de belangen van haar zuster bij een plaats haar te gedenken. Een verbod tot verstrooiing van de as werd – in afwachting van een bodemprocedure – op vordering van een dochter van de overledene, bij gebreke van een wens tot verstrooiing in een uiterste wil, wel toegewezen in Pres. Rb. Breda 23 mei 2000, *KG* 2000, 139.

144. Pres. Rb. Arnhem 21 april 1997, *KG* 1997, 156.

145. Pres. Rb. Arnhem 21 april 1998, *KG* 1998, 163.

146. Of in de sfeer van privacy en andere persoonlijkheidsrechten, zie de inleidingen van Drion en Nieuwenhuis voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1999, te lezen in L.F. Wiggers-Rust, Jaarvergadering Vereniging voor Burgerlijk Recht 1999, *NTBR* 2000, p. 150-153. Zie in de ondernemingsrechtelijke context HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 m.nt. Ma (OGEM), r.o. 4.2 en conclusie A-G Mok, onder 3.4.

– bij wege van definitie – beperkt tot het recht waarin het om geld gaat. Een deel van het onrechtmatige daadsrecht valt er dan buiten en het probleem van het zuiver emotionele belang ook. Zodanige categorisering kan nooit een reden zijn tot afwijzing van een privaatrechtelijke vordering wegens onvoldoende belang

63. Wellicht heeft de Hoge Raad een drempel willen opwerpen voor vorderingen waaraan een zuiver emotioneel belang ten grondslag ligt om te voorkomen dat de druk op de rechterlijke macht te groot wordt.¹⁴⁷ Querulanten zullen zich immers eerder aandienen met een op emotie gebaseerde vordering dan met een op een financieel belang gegronde.¹⁴⁸ In dat geval heeft de Raad een slecht voorbeeld gekozen. 'Hanegekraai dat tot slapeloze nachten leidt of bijenspat op de groentekas, het is allemaal voldoende om de rechterlijke macht (jarenlang) aan het werk te zetten. De dood van een kind en de vraag wie daar verantwoordelijk voor was, kennelijk niet. Is dat inderdaad wat ons privaatrecht voor de samenleving betekent?', zo vraagt Van Maanen zich terecht af. Daaraan kan nog worden toegevoegd dat op andere rechtsterreinen – in het bijzonder het bestuursrecht – de rechterlijke macht wel voor minder ernstige zaken aan het werk gehouden wordt. Ik deel dan ook de visie van Van Maanen dat de drempel van 'voldoende belang' in art. 3:303 BW voldoende is om eisers met 'flauwekulzaken' de deur te wijzen en dat er overigens onvoldoende grond bestaat voor emotionele of immateriële belangen uit hun aard andere ontvankelijkheidsregels te hanteren.

Daarbij verdient aantekening dat zeer geringe financiële claims in beginsel zonder ontvankelijkheidsprobleem aan de rechter kunnen worden voorgelegd. De eventuele kosten van rechtsbijstand, griffierechten en de polisvoorwaarden van rechtsbijstandsverzekeringen vormen in de regel wel een feitelijke blokkade, maar dat zal voor vorderingen van andere dan financiële aard niet anders zijn.

147. Zie voor speculatie over de motieven van de Raad ook C.C. van Dam, Immaterieel belang, erkenning van aansprakelijkheid en de verwerking van persoonlijk leed, nog te publiceren bijdrage aan de workshop aansprakelijkheid en verzekering op het Amsterdamse jaarcongres 2002 van de onderzoeksschool *Ius Commune* (georganiseerd door Gerrit van Maanen).

148. Aantekening verdient dat er ook een groot aantal serieuze zaken zullen zijn. Per jaar vallen er alleen al in het verkeer ongeveer 1100 doden en worden zeker 20 000 verkeersslachtoffers in het ziekenhuis opgenomen; zie www.cbs.nl (databank Stat-Line) en *NRC Handelsblad* 2 februari 2003, p. 44 Ik.

64. Naast de drempel van 'voldoende belang' van art. 3:303 BW, kan, waar het gaat om een verklaring voor recht, ook de eis dat de vordering moet komen van een 'bij een rechtsverhouding onmiddellijk betrokken persoon' (art. 3:302) een drempel zijn om ongewenste vorderingen buiten de deur te houden. Het gaat daarbij met name om vorderingen uit ongenoegen over politieke besluitvorming.

Indien eiser stelt als gevolg van het bestreden politieke besluit of beleid geestelijk letsel te hebben opgelopen, is dat niet voldoende om hem tot 'onmiddellijk betrokken persoon' te maken.¹⁴⁹ Daarvoor zijn goede gronden. Zoals A-G Koopmans het formuleerde in zijn conclusie voor het arrest over het pensioen van de weduwe Rost van Tonningen:

'Veel mensen lijden op veel gebieden psychische schade door het optreden van anderen – ook doordat van de overheid. Trekt men de redenering van het hof door,¹⁵⁰ dan zouden zij altijd van de burgerlijke rechter een verklaring voor recht kunnen verkrijgen als de onrechtmatigverklaring van dat optreden hun psychische schade zou verhelpen of beperken. Daarmee kan elk onderwerp van publiek debat aan het oordeel van de burgerlijke rechter worden onderworpen: vandaag zal de onrechtmatigverklaring worden gevraagd van het voortbestaan van de militaire dienstplicht, of van de jacht op zeehonden, walvissen of fazanten, morgen wordt geklaagd dat de minister-president altijd weer een man is.'

In zijn noot onder het arrest over de inzet van kernwapens¹⁵¹ gaat Koopmans op deze kwestie nader in. Beter dan hij kan ik het niet verwoorden:

'De actie uit onrechtmatige daad wordt langzamerhand geschikt geacht om elk onopgelost maatschappelijk vraagstuk, ongeacht de aard daarvan, aan het oordeel van de civiele rechter te onderwerpen. Er is altijd wel een ideële organisatie te vinden die als eisende partij zal optreden: de Landelijke Vereniging Blijf van mijn Lijf in geval van vrouw-onvriendelijke publikaties (NJ 1996, 346); de Stichting Rechtenvrouw bij bezwaar tegen wetgeving inzake limitering van de alimentatie (NJ 1997, 434); de Stichting Miljoenen zijn tegen als het om de opslag van kernafval gaat (NJ 1998, 656). En in het geval van het geding om het pensioen van de weduwe Rost van Tonningen (NJ 1994, 734) was eisende partij zelfs de "Stichting

149. HR 22 januari 1993, NJ 1994, 734 m.nt. CJHB (Rost van Tonningen). Zie verder HR 21 december 2001, NJ 2002, 217 m.nt. TK (Kernwapens), met verdere verwijzingen in de conclusie van A-G Hartkamp.

150. Het hof achtte de aanwezigheid van een rechtens relevante psychische schade bij een aantal van de verzetsstrijders voldoende grond voor ontvankelijkheid van de belangenorganisaties, zie r.o. 8 en 9 van het bestreden arrest in NJ 1994, 734.

151. Reeds aangehaald in de voorvorige noot.

herwaardering pensioenen NSB-Kamerleden" (Rost was de enige die in deze categorie viel). Het is niet onmogelijk dat het hierbij om een structurele ontwikkeling gaat. Er zijn nogal wat actievoerders die de rechter zien als appelinstantie van politieke beslissingen; en de jurisprudentie geeft soms voet aan die veronderstelling. In Duitsland is deze ontwikkeling verder voortgeschreden. (...) [H]et constitutionele hof is [volgens de rechtssocioloog Erhard Blankenburg] bezig zich, via de *Verfassungsbeschwerde*, te ontwikkelen tot "*Nebenbühne der Politik und Klammauer der Bürger*". De HR staat, denk ik, een soortgelijk lot te wachten wanneer de huidige ontwikkeling van het onrechtmatige-daadsrecht zich doorzet.'

De art. 3:302 en 3:303 geven voldoende mogelijkheden om dergelijke claims te weren.

65. De beslissing van de Hoge Raad in het arrest Ongeval na zwemtherapie verdient dan ook heroverweging. Er is geen reden 'zuiver emotionele belangen' van privaatrechtelijke erkenning en bescherming uit te sluiten op grond van art. 3:303. Dergelijke belangen dienen bij toetsing aan de art. 3:302 en 3:303 BW geen andere status te hebben dan vermogensrechtelijke belangen.

Er wordt wel aangenomen dat aan de beslissing in het arrest Ongeval na zwemtherapie ten grondslag heeft gelegen dat het ziekenhuis niet voor het overlijden van het kind aansprakelijk was, of althans, voor wie meent dat het ziekenhuis meer veiligheidsvoorzieningen had moeten treffen,¹⁵² dat de moeder een zeer grote mate van medeschuld trof. Dit oordeel zouden de rechters de moeder hebben willen besparen. Ik wijs er daarbij op dat de Hoge Raad niet zelf heeft geoordeeld dat het zuiver emotionele belang in deze zaak onvoldoende was, maar dat hij het desbetreffende oordeel van het hof in stand heeft gelaten. Dit zou kunnen betekenen dat in komende zaken een positiever oordeel over de status van emotionele belangen eveneens de cassatietoets zou kunnen doorstaan en dat de precedentwaarde van het arrest gering is. Een en ander laat onverlet dat de beslissing van het hof – hoe begrijpelijk deze in dit geval ook is – als men haar algemeen opvat wel blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Ik teken daarbij aan dat ouders die een schadeclaim (begrafeniskosten) instellen ook een vervelende waarheid over aansprakelijkheid en schuld te horen kunnen krijgen. Niet altijd laat zodanige vordering zich zo eenvoudig wegschrijven als in deze zaak is gebeurd – dat dit gebeurde is naar mijn oordeel overigens nog een aanwijzing dat de rechters de zaak niet ten gronde

152. Op deze mogelijkheid wees C.C. van Dam, Immaterieel belang, erkenning van aansprakelijkheid en de verwerking van persoonlijk leed, nog te publiceren bijdrage aan de workshop aansprakelijkheid en verzekering op het Amsterdamse jaarcongres 2002 van de onderzoeksschool *Ius Commune* (georganiseerd door Gerri van Maanen).

wilden beslissen. Bovendien bestaat de mogelijkheid dat de moeder wilde verneemen dat zij niet *als enige* verantwoordelijk was. Het behartigen van de belangen van cliënten tegen hen mogelijk onwelgevallige beslissingen moet mijns inziens aan hun advocaat worden overgelaten. Die heeft meer mogelijkheden dan de rechter om achter de werkelijke drijfveren en belangen van de cliënt te komen. Vanzelfsprekend doen advocaten er goed aan in zaken als deze de rechter adequaat over de emotionele belangen van hun cliënt voor te lichten. Zo nodig kan de rechter ernaar vragen. Stilzwijgend paternalisme leidt tot bedrijfsongevallen.

66. Ik teken tot slot aan dat de vraag naar de vergoedbaarheid van affectieschade en die naar de status van het zuiver emotioneel belang verband met elkaar houden doordat de vraag naar die status in het arrest Ongeval na zwemtherapie niet aan de orde had behoeven te komen als de ouders recht hadden gehad op vergoeding van de affectieschade die zij door het overlijden van hun kind leden. Het belang van de ouders bij de gevorderde verklaring voor recht zou dan immers al gegeven zijn door de mogelijkheid op basis van die verklaring vergoeding van affectieschade te vorderen. Daarbij komt dat art. 6:103 BW het mogelijk maakt ter vergoeding van immateriële schade geen schadevergoeding in geld te eisen, maar schadevergoeding in een andere vorm.¹⁵³ Ook als directe of indirecte slachtoffers van onrechtmatig handelen geen behoefte hebben aan schadevergoeding in geld, maar aan een andere vorm van genoegdoening, is van kardinaal belang of het recht hun een aanspraak op vergoeding van hun immateriële schade toekent. Aan het zuiver emotionele belang kan dan recht worden gedaan onder de vlag van de vergoeding van immateriële schade.

De waarde van een verklaring van recht

67. Geruime tijd heb ik gedacht dat aan het arrest Ongeval na zwemtherapie ten grondslag zou kunnen liggen dat een verklaring voor recht eisers niet kon baten. Een verklaring van een rechter waaraan geen rechtsgevolgen kunnen worden verbonden (bijvoorbeeld doordat er verder geen schade is geleden die voor vergoeding in aanmerking komt) is 'ook maar een mening'. Het oordeel van de buurman of van de dominee heeft evenveel – of weinig – gewicht.

Het gaat hier meer om de grenzen van het procesrecht dan om die van het materiële privaatrecht.¹⁵⁴ Zie ook de uitspraken waarin is geoordeeld dat een ideel of emo-

153. Zoals hiervoor (nr. 60) in de tekst besproken.

154. E. Gras, De roep om het 'morele declaratoir': houdbaar in de civiel-procesrechtelijke context?, *Praktisch Procederen* 2001, p. 105-108.

tioneel belang niet 'een onmiddellijk rechtsbelang' is in de zin van art. 1:69 lid 1 onder c BW (nietigverklaring huwelijk).¹⁵⁵ en dat dit niet de mogelijkheid opent van cassatie tegen een reeds opgeheven kinderbeschermingsmaatregel.¹⁵⁶

Een vordering tot een zinnvoller veroordeling, zoals medewerking aan een reconstructie van het ongeval of toelating van de nabestaanden tot het zwembad ter herdenking – ervan uitgaande dat die desgevraagd geweigerd zou zijn – zou volgens mij niet op de drempel van art. 3:303 BW zijn gestuit. Dat laatste meen ik overigens nog steeds: zeker indien er sprake is van onrechtmatig handelen, dient verweerder tot medewerking aan dergelijke maatregelen veroordeeld te kunnen worden, indien een afweging van de betrokken belangen dat rechtvaardigt. Een verplichting tot medewerking aan dergelijke maatregelen zou mijns inziens onder omstandigheden al uit de maatschappelijke betamelijkheid kunnen voortvloeien indien de *mogelijkheid* bestaat dat verweerder onrechtmatig jegens eiser heeft gehandeld en soms zelfs indien vaststaat dat van onrechtmatig handelen *geen* sprake was. Wel zullen de belangen van verweerder in dergelijke gevallen veel zwaarder wegen en zullen eisers de kosten van het gevorderde voor hun rekening moeten nemen.¹⁵⁷

Dat andere vormen van compensatie dan smartengeld binnen het stelsel van de wet mogelijk zijn, overwoog de Hoge Raad in het arrest Kindertaxi: 'Andere vormen van compensatie en erkenning van leed dan toekenning van een bedrag aan smartengeld zijn denkbaar. De rechter kan daarover niet een alomvattend oordeel geven, doch mag slechts beoordelen welke vergoeding binnen het stelsel van de wet voor toewijzing in aanmerking komt.'¹⁵⁸

68. Inmiddels ben ik ervan overtuigd dat ook het enkele oordeel van de rechter voor nabestaanden zinvol kan zijn.¹⁵⁹ Nieskens' opmerking 'Troost voor de ouders is (zo ooit ...) in een geval als dit niet in het Burgerlijk Wetboek te vinden',¹⁶⁰ vindt onvoldoende steun in de fei-

155. HR 5 november 1999, NJ 2000, 63 m.nt. ARB.

156. HR 26 januari 1996, NJ 1996, 377.

157. In de contractuele context geldt hetzelfde indien niet vaststaat dat er sprake was van wanprestatie.

158. HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. JBMV (Kindertaxi).

159. Vooral als gevolg van een nog te publiceren voordracht van psychiater Erik Vermetten op de door Gerrit van Maanen georganiseerde workshop aansprakelijkheid en verzekering op het Amsterdamse jaarcongres 2002 van de onderzoeksschool Ius Commune.

160. B.M.W. Nieskens-Isphording, Het vermogensrecht, de Hoge Raad, en de emotie van Van Maanen, NTBR 1999, p. 137

ten. Het is voor nabestaanden bij een ongeval voor de verwerking van hun leed in de regel belangrijk te weten wat er precies is gebeurd en wie daarvoor verantwoordelijk is. Dit past in de behoefte aan 'zingeving' of 'betekenisverlening'; voor velen een essentieel aspect van rouwverwerking.¹⁶¹ Juist omdat geld niet alles compenseren kan, dient er in het privaatrecht ruimte te zijn voor waarheidsvinding en erkenning van verantwoordelijkheid. De maatschappelijke behoefte daaraan is groot. Daarbij speelt de rechter als 'autoriteit' een voornamelijk rol.¹⁶² Ook hier ziet men weer een vorm van genoegdoening die zich niet, althans niet uitsluitend, afspeelt in de verhouding tussen de benadeelde en de veroorzaker, maar mede in de verhouding tussen de benadeelde en de samenleving – gesymboliseerd door de rechter.

69. Dat er in rechte van moet worden uitgegaan dat rechterlijke uitspraken genoegdoening kunnen opleveren, blijkt uit de rechtspraak over onrechtmatige publicaties¹⁶³ en uit uitspraken van onder andere het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de Hoge Raad waarin is beslist dat in het feit dat de rechter vaststelt dat de bepalingen van het EVRM of andere regelingen zijn geschonden voor klager reeds zekere of zelfs voldoende genoegdoening of vergoeding van immateriële schade¹⁶⁴ kan zijn gelegen.¹⁶⁵

Gras wijst met recht op het processuele probleem dat als de gedaagde verstek laat gaan, zowel de processuele als de genoegdoeningswaarde van een uitspraak met een verklaring voor recht zeer gering is.¹⁶⁶ Dat behoeft evenwel geen reden te zijn

161. Jan van der Wal, *De nasleep van suicides en dodelijke verkeersongevallen. Een onderzoek naar de psychische en sociale gevolgen voor nabestaanden*, diss. Leiden 1988; Marc P.H.D. Cleiren, *Adaptation after bereavement. A comparative study of the aftermath of death from suicide, traffic accident and illness for next of kin*, diss. Leiden 1991. Zie voorts het preadvies van Cleiren.

162. Op de rol van de rechter in individuele gevallen van leed wijst A.R. Bloembergen, noot onder HR 5 november 1999, *NJ* 2000, 63. Bij collectieve leedtoevoeging zijn er andere wegen om tot waarheidsvinding te komen (denk aan de parlementaire enquête naar de Bijlmerramp en naar de val van de enclave Srebrenica).

163. Zo Pres. Rb. Amsterdam 28 juni 1990 *KG* 1990, 235; *NJ* 2000, 621, en de uitspraak van het hof te kennen uit HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 291.

164. EHRM 25 november 1999, *NJ* 2001, 63.

165. Onder meer EHRM 19 februari 1998, *NJ* 2000, 338 m.nt. EJD; EHRM 24 april 1990, *NJ* 1991, 523 m.nt. EJD; Gemeenschappelijk Hof Nederlandse Antillen en Aruba 19 februari 2002, *NJ* 2002, 375; HR 3 juli 2001, *NJ* 2002, 8 (strafzaak); HR 13 december 1996, *NJ* 1997, 682 m.nt. JdB. Zie nader conclusie A-G Hartkamp voor HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91 (Beschuldiging van misbruik).

166. E. Gras, De roep om het 'morele declaratoir': houdbaar in de civiel-procesrechtelijke context?, *Praktisch Procederen* 2001, p. 105-108.

Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht

de vordering in een procedure op tegenspraak bij gebrek aan belang niet te behandelen.

70. Een strafrechtelijke veroordeling levert in beginsel niet zodanige genoegdoening op dat vergoeding van immateriële schade (of een andere vorm van civielrechtelijke genoegdoening) daardoor is uitgesloten. Dat geldt zeker indien de veroordeelde het strafbare feit is blijven ontkennen.¹⁶⁷ Strafrechtelijke voorzieningen die uitdrukkelijk zijn gericht op het verschaffen van genoegdoening, kunnen de behoefte aan genoegdoening langs civielrechtelijke weg wel wegnemen.¹⁶⁸

71. Dat een rechterlijke uitspraak als zodanig genoegdoening kan opleveren, laat onverlet dat andere vorderingen mogelijk zijn. Hiervoor (nr. 60 en 67) heb ik daarvan al voorbeelden gegeven.¹⁶⁹ Wat niet kan, is het veroordelen van verweerder tot prestaties die slechts zinvol zijn indien zij op initiatief van verweerder zelf geschieden. Een voorbeeld daarvan is het aanbieden van excuses.¹⁷⁰

72. Tot slot van dit preadvies wil ik ingaan op de vraag of de klassieke benadering van aansprakelijkheid in gevallen van immateriële schade wel de juiste is. Hebben benadeelden niet meer aan zorg, aandacht en medeleven?

C. Andere vormen van compensatie zijn denkbaar

73. In de recente aansprakelijkheidsrechtelijke literatuur heeft een aantal schrijvers aandacht gevraagd voor andere vormen van com-

167. Rb. Maastricht 14 juni 1990, *NJ* 1993, 130 en Hof Amsterdam 22 december 1988, *NJ* 1990, 85 (vanuit de compensatiegedachte). Anders, gegrond op een afwijzing van de compensatiegedachte in het algemeen, Hof Amsterdam 22 oktober 1975, *NJ* 1977, 282.

168. Andere dan financiële genoegdoening is een doel van dading ter voorkoming van strafvervolgung; zie http://www.ministerievanjustitie.nl/b_organ/jib/heerlen/dading.htm. Zie voor een creatieve vorm van genoegdoening (schenking van een sieraad als bijzondere voorwaarde bij de proeftijd na een aanranding waarbij een halssieraad verloren was gegaan) Rb. Leeuwarden 16 februari 1983, *NJ* 1983, 507. Ik verwijs voor strafrechtelijke mogelijkheden verder naar het preadvies van Cleiren.

169. Een voordeel van die andere mogelijkheden is dat zij ook nuttig zijn als gedaagde verstek laat gaan; zie het in de tekst reeds besproken bezwaar van E. Gras, De roep om het 'morele declaratoir': houdbaar in de civiel-procesrechtelijke context?, *Praktisch Procederen* 2001, p. 105-108.

170. Zo Pres. Rb. Utrecht 14 juni 1994, *KG* 1994, 262.

pensatie, erkenning en genoegdoening dan door betaling van een geldsom. Zij bezien het aansprakelijkheidsrecht in een bredere context.¹⁷¹

74. Van Maanen beschrijft een experiment in het Veterans Affairs Medical Centre in Lexington, Kentucky USA. Dit ziekenhuis heeft, na twee verloren procedures wegens medische aansprakelijkheid, besloten tot een nieuwe aanpak van medische fouten. De nieuwe gang van zaken houdt in dat men na een incident:

- meteen zelf begint met een onderzoek en een dossier opbouwt;
- de patiënt en/of de familie inlicht (ook in geval de patiënt niet op de hoogte is van een mogelijke fout);
- open kaart speelt als er een fout gemaakt lijkt te zijn;
- de patiënt/familie adviseert om een advocaat in de arm te nemen;
- beziet of specifieke zorg aangeboden kan worden;
- excuus aanbiedt als er een fout is gemaakt;
- probeert in geval van een fout zo snel mogelijk tot een regeling te komen waarin ook schadevergoeding wordt geregeld.

75. De nieuwe aanpak heeft geleid tot een vermindering van de aansprakelijkheidslast voor het ziekenhuis.¹⁷² Dit komt mede door besparing op de kosten van geschilbeslechting (zoals advocaatkosten en proceskosten in ruime zin). Daarbij moet wel bedacht worden dat het gaat om een federaal ziekenhuis, waarvoor een bijzonder aansprakelijkheidsregime geldt¹⁷³ – zo is het onttrokken aan de toepassing van *punitive damages* en bestaat geen persoonlijke aansprakelijkheid van de artsen.

76. Van Maanen noemt nog enkele andere voordelen, die niet alleen het ziekenhuis, maar ook de (potentiële) benadeelde(n) betreffen:

- in beginsel krijgen alle patiënten waarbij er sprake was van een medische fout zorg en schadevergoeding, terwijl er in het oude

171. Zo onder meer W.H. van Boom, Troostgeld voor naasten? Een ruimere blik is noodzakelijk!, *AV&S* 2002, p. 95-98; G.E. van Maanen, De rol van het (aansprakelijkheids)recht bij de verwerking van persoonlijk leed. Enkele gedachten naar aanleiding van het experiment in het Veterans Affairs Medical Centre in Lexington, nog ongepubliceerde bijdrage aan de workshop aansprakelijkheid en verzekering op het Amsterdamse jaarcongres 2002 van de onderzoeksschool Ius Commune; J.B.M. Vranken, noot onder het Kindertaxi-arrest, *NJ* 2002, 240; J.M. Barendrecht, Aansprakelijkheid en welzijn, *NJB* 2002, p. 605-617, aldaar p. 611 e.v.

172. Ik kan niet beoordelen of die vermindering statistisch relevant is, nu de twee bedoelde grote claims incidenten zouden kunnen zijn geweest.

173. De *Federal Tort Claims Act*.

systeem alleen maar een kans op succes was voor degene die een fout ontdekte en die het aandurfde te procederen;

- de organisatie wordt gestimuleerd om open en eerlijk te zijn met betrekking tot gemaakte fouten;
- de organisatie kan daardoor leren van fouten, met name van fouten waaraan bepaalde structureel verkeerde procedures aan te grondslag liggen;
- de mensen in de organisatie kunnen trots zijn op hun aanpak en zo bijdragen aan een betere '*corporate morale*', hetgeen weer positieve effecten heeft op productiviteit;
- de organisatie krijgt ook voor buitenstaanders het positieve imago open en eerlijk te zijn.

77. De nieuwe aanpak berust op het uitgangspunt dat patiënten in geval van een medische fout vooral drie dingen willen:

- uitleg van wat er precies is gebeurd;
- verontschuldigen van degene die verantwoordelijk was;
- de verzekering dat veranderingen zijn aangebracht om te voorkomen dat een ander hetzelfde overkomt.

Van ingewijden in Nederlandse medische tuchtzaken heb in zoverre bevestiging van deze uitgangspunten gekregen, dat slechte communicatie tussen arts en patiënt over medische fouten ten grondslag ligt aan een groot aantal klachten die tot tuchtrechtspraak leiden. Ik veronderstel evenwel dat we in veel gevallen aan de genoemde uitgangspunten er twee kunnen toevoegen:

- adequate schadevergoeding (al dan niet door zorgverlening) van schade die te compenseren valt;
- bestraffing van de verantwoordelijke indien diegene een ernstig verwijt treft.

Het eerste spreekt voor zich: als er grond is voor aansprakelijkheid dient vergoeding van de materiële schade te volgen. Het moet niet zo zijn dat slachtoffers die recht hebben op vergoeding van hun materiële schade, worden afgescheept met immateriële vormen van genoegdoening – dat zou een gevaar kunnen zijn van de aanpak die Van Maanen propageert. Alleen adequate rechtsbijstand kan dit gevaar afwenden.

Daarbij blijft overigens de vraag waarom de een (slachtoffer van een dwarslaesie door een lichte verkeersfout van een derde of een arbeidsongeval) compensatie van inkomensverlies en mogelijkheden tot zorg krijgt die een ander (slachtoffer van eenzijdig verkeersongeval of van een toelaatbaar operatierisico) moet ontberen.

Gebiedt de rechtvaardigheid niet meer voor alle 'slachtoffers' te doen, ongeacht de oorzaak van hun handicap of letsel?¹⁷⁴ Zie nr. 7 en 10 hiervoor.

Het tweede toegevoegde uitgangspunt lijkt mij eveneens voor de hand liggend. Als iemand zijn of haar naaste verliest door een kinderachtige ruzie tussen de bij de behandeling betrokken artsen,¹⁷⁵ zal met een uitleg over de toedracht de behoefte aan genoegdoening niet zijn gestild. Hetzelfde geldt indien iemand zijn of haar naaste verliest als gevolg van een ernstige verkeersfout (dronken of veel te hard rijden, wellicht niet-*handsfree*-bellen¹⁷⁶) van een ander.

Ik benadruk nogmaals dat het hier gaat om veronderstellingen die mij aanneemelijk lijken, maar waarnaar nader wetenschappelijk onderzoek zou moeten worden gedaan. De gedachte van Van Maanen dat juristen de behoeften van slachtoffers (anders dan in individuele gevallen) zelf kunnen vaststellen, onderschrijf ik niet.

78. Betere communicatie over wat er is misgegaan en maatregelen ter voorkoming van vergelijkbare gevallen in de toekomst, zijn voor genoegdoening (in de vorm van erkenning en zingeving) in gevallen van lichte verwijtbaarheid waarschijnlijk meer waard dan het uitkeren van geld voor leed – en in andere gevallen als bijkomende maatregel waarschijnlijk ook.

Een probleem hierbij is dat de voorwaarden van aansprakelijkheids- en rechtsbijstandverzekeringen het de potentieel aansprakelijke veelal verbieden zelf contact met de benadeelde op te nemen, en al helemaal om schuld te erkennen.

Het is niet eenvoudig voor het spanningsveld tussen solidariteit met het slachtoffer en bescherming van de eigen aansprakelijkheidspositie een oplossing te vinden. Men zou de voorgaande clausules kunnen verbieden, maar dat gaat ten koste van op zichzelf legitieme belangen van verzekeraars. Het is in ieder geval essentieel dat rechters erkenningen van schuld en betuigingen van spijt buiten de juridische context, als het tot een rechtszaak komt, niet beschouwen als erkenning van aansprakelijkheid in juridische zin en dat verzekeraars bereid zijn de rechter in dit opzicht te volgen, door bedoelde clausules niet al te strikt toe te passen en door

174. Vergelijk de noot van J.B.M. Vranken onder het Kindertaxi-arrest, *NJ* 2002, 240.

175. Hetgeen zich volgens krantenberichten onlangs met een jong kind heeft voorgedaan.

176. Over dit voorbeeld zullen de meningen wel verschillen, hetgeen een kwalificatieprobleem illustreert.

medewerking te verlenen aan alternatieve afhandelingsprocedures.¹⁷⁷ Het nemen van maatregelen ter voorkoming van schade in de toekomst mag evenmin worden opgevat als erkenning van verwijtbaar handelen in het voorliggende geval.

Als partijen er niet direct onderling uitkomen, zou in de vorm van mediation naar zinvolle wijzen van genoegdoening gezocht kunnen worden.¹⁷⁸ Andere vormen van alternatieve geschillenoplossing, zoals het gebruik van klachten- en geschillencommissies, kunnen – zeker als het geschil in de procedure niet te zeer ‘gejuridiseerd’ wordt – ook tot genoegdoening bijdragen.¹⁷⁹

Afsluitende opmerkingen en stellingen

79. Het bieden van genoegdoening of erkenning wordt beschouwd als een functie van het civiele aansprakelijkheidsrecht. Doorgaans zal deze samenvallen met de compensatiefunctie. Privaatrechtelijke straffen kent het Nederlandse recht niet. In het moderne aansprakelijkheidsrecht zijn er ook vormen van compensatie die geen genoegdoeningselement omvatten, omdat zij geen reactie zijn op ‘onrecht’. Voorts behoeft genoegdoening niet altijd meer afkomstig te zijn van de dader.

80. Naar de genoegdoeningsfunctie van het aansprakelijkheidsrecht is onvoldoende sociaal-wetenschappelijk onderzoek gedaan. De visie van juristen daarop berust dan ook veelal op onbewezen veronderstellingen. Meer onderzoek naar de behoeften van slachtoffers is noodzakelijk, zeker voordat het tot wetgeving op dit gebied komt.

81. Het is aannemelijk dat schrijnend leed niet werkelijk kan worden gecompenseerd. Andere vormen van genoegdoening dan betaling van een geldsom zijn waarschijnlijk beter. Kiest men voor een symbolische vergoeding in geld – zoals in het concept-wetsvoorstel affectieschade – dan is van belang dat aan het verhaal van de benadeelden voldoende recht wordt gedaan. Wie niet gehoord wordt, krijgt erken-

177. Van Maanen wijst eveneens op het belang van de medewerking van verzekeraars.

178. Hoe zinvol mediation in zulke gevallen is, is niet duidelijk, zie N.J. Baas, *Mediation in civiele en bestuursrechtelijke zaken; een internationaal literatuuronderzoek*, Den Haag, Ministerie van Justitie, WODC, 2002, *Onderzoeksnotities*, nr. 2002/5. Ik ga op mediation en ADR verder niet in, omdat zij in het preadvies van Cleiren aan de orde komen.

179. Zie W.A. Jacobs, *ADR en consument*, diss. Utrecht 1998, Deventer 1998.

ning noch genoegdoening van een giro- of bankoverschrijving. Het concept-wetsvoorstel affectieschade moet reeds daarom geen wet worden.

82. De ernst van het verwijt dat de veroorzaker van leed kan worden gemaakt, dient in de omvang van de genoegdoening tot uiting te komen. De preventiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht vereist dat bij opzet en, eventueel, bewuste roekeloosheid, wordt gestreefd naar een vergoeding van de materiële en immateriële schade die het werkelijke nadeel zoveel mogelijk benadert.

83. Voor erkenning en genoegdoening zijn betere communicatie over wat er is misgegaan en het nemen van maatregelen ter voorkoming van vergelijkbare gevallen in de toekomst in de meeste gevallen meer waard dan het uitkeren van geld voor leed. Overheid, verzekeraars en andere organisaties en bedrijven, zoals ziekenhuizen, zouden hun beleid daarop meer moeten richten.

84. De civiele rechter kan op grond van emotionele belangen verdelingen toewijzen tot andere vormen van erkenning en genoegdoening (en schadevergoeding) dan betaling van een geldsom. Daartoe behoort ook een verklaring voor recht.

85. Compensatie van materiële schade die thans onvergoed blijft, draagt meer bij tot het welzijn van slachtoffers en naasten dan het betalen van een vergoeding voor affectieschade.

86. Het lijden van schade door lichte fouten van anderen is een vorm van de verwezenlijking van een risico van het leven. De vraag blijft of het niet rechtvaardiger is, over de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht heen, meer voor alle slachtoffers van leven en noodlot te doen, dan bijzondere maatregelen te treffen voor hen die kunnen profiteren van het aansprakelijkheidsrecht.

87. Om tot verbetering van de positie van (potentiële) slachtoffers te komen, is – zowel binnen als buiten het aansprakelijkheidsrecht – genoeg te doen.