

Het risico-denken in het strafrecht

*P.C. Westerman**

Nergensland

In 1872 verscheen er een boekje van de Engelse schrijver Samuel Butler onder de titel *Erewhon*, wat het omgekeerde is van *nowhere*, een fictieve plek die beschreven wordt vanuit het perspectief van een ontdekkingsreiziger. Deze komt terecht in een land dat heel veel lijkt op het toenmalige Engeland, maar in een aantal opzichten daarvan afwijkt. Een belangrijk verschil ligt in de wijze waarop gedacht wordt over misdaad en ziekte. Vergrijpen en wetsovertredingen worden behandeld alsof het verkoudheden of ziektes zijn en op ziektes en verkoudheden wordt gereageerd met boetes en gevangenisstraf. De hoofdpersoon merkt dat als mensen elkaar ontmoeten ze niet vragen naar elkaar gezondheid, maar naar elkaars morele gesteldheid. 'Ik hoop dat u hersteld bent van uw slechte humeur gisteren?' vragen ze elkaar. Ook wordt beschreven hoe een man veroordeeld wordt wiens enige misdrijf erin bestaat dat hij zijn vrouw verloren had en daarna ziek geworden is. Tegelijkertijd ontdekt onze hoofdpersoon dat de gastheer bij wie hij in huis is regelmatig winkeldiefstalletjes pleegt. Niemand vindt dat reden om hem iets te verwijten, maar er komt regelmatig een dokter langs, een *'straightener'* genoemd, die hem ervoor behandelt. Dit blijkt allerwegen reden tot bezorgdheid en extra aandacht te zijn van de familieleden terwijl de schrijver zelf tot zijn ongenoegen ontdekt dat er met grote verontwaardiging en misprijzen wordt gereageerd op zijn verkoudheid.

De beschrijvingen stemmen tot nadenken. Op het eerste gezicht lijkt in *Erewhon* niets te zijn zoals het hoort. Is het immers niet wel heel onrechtvaardig om iemand te laten boeten voor iets waar hij helemaal niets aan kan doen? Is het niet zo dat straf alleen maar verdedigbaar is als er verondersteld wordt

* Pauline Westerman is hoogleraar rechtsfilosofie aan de Rijksuniversiteit Groningen en tevens stafid van de Academie voor Wetgeving te Den Haag.

dat de mens verantwoordelijk is voor zijn daden? En is het niet zo dat we iemand alleen ter verantwoording kunnen roepen over kwesties waar hij controle over heeft? Die hij met andere woorden ook anders *had kunnen doen* als hij maar gewild had?

Toch is het zo simpel niet. Het boek van Erewhon komt een eeuw nadat in vrijwel alle Europese landen grote veranderingen in het strafrecht plaatsvonden. Deze verschuiving, die zich tijdens de 18e eeuw voltrok, is uitvoerig beschreven door de Franse filosoof en historicus Foucault in zijn boek *Surveiller et punir* dat in het Nederlands vertaald is als *Discipline, Toezicht en Straf*. De verandering die zich voltrok is te omschrijven als de vervanging van de wrede lijfstraffen door een regime dat door Foucault omschreven wordt met de term *discipline*. Iedereen die de gevangendoor in Den Haag weleens van binnen heeft gezien (mij stuurde men er zelfs met schoolreisje heen) weet dat geen middel werd geschuwd om mensen te brandmerken, vast te schroeven, de organen uit te trekken en te vierdelen. In de 18e eeuw verdwijnt dat in betrekkelijk korte tijd.

Dat men geleidelijk aan deze praktijken afzwakt of zelfs afschaft wordt dan ook gewoonlijk gezien als een tendens tot humanisering. Men zou menselijker worden, zachter en milder, waardoor dit lijfelijke geweld niet meer wordt geapprecieerd. Wat Foucault nu zo welsprekend laat zien is dat dat kon omdat er een heel *ander* type handhaving voor in de plaats kwam. Als sprekende voorbeelden van de nieuwe stijl van sanctionering noemt hij de gedetailleerde dagroosters volgens welke het leven in de gevangenis wordt ingericht. De discipline die voor de lijfstraf in de plaats komt is niet alleen milder maar tegelijk meer omvattend. De discipline omvat niet alleen lichaam maar ook de ziel. Men wil niet langer alleen straffen maar men wil heropvoeden. Talloos zijn de geschriften waarin het gevangenisregime wordt aangeprezen als een manier om de gedetineerde op te voeden tot een beter mens; in ieder geval tot iemand die productief is.

Parallel aan deze ontwikkeling zie je een verschuiving optreden van de daad naar de dader. Tot dan toe stond de daad, het delict, centraal. In de *Code Penal* van 1810 werd geregeld dat als de overtreder op het moment van overtreding in een staat van *dementia* verkeert, ontslag van rechtsvervolging volgt. De waanzin wordt dus niet als een verzachtende omstandigheid gepresenteerd, maar de daad wordt in het geheel niet meer toegerekend aan de dader en valt derhalve buiten het bereik van de wet. In de disciplinerende stijl van sanctio-

nering komt daarentegen niet de daad maar de dader centraal te staan. Heel zijn leven tot aan het plegen van de daad wordt in de beschouwing betrokken. Ook de hartstochten zelf die hem hebben gedreven tot het plegen van de misdaad worden hem als het ware aangerekend. De *dementia* creëert geen uitzonderingstoestand maar is een schakel in de keten van gebeurtenissen die bij wijze van spreken loopt vanaf de wieg en de aan alcohol verslaafde moeder via het leven van twaalf ambachten en dertien ongelukken tot aan de uiteindelijke daad. Daaruit blijkt dat er een ander motief binnen geslopen is. Men wil niet alleen straffen maar de delinquent ook behandelen. De straf is tegelijkertijd behandeling geworden.

Rond de rechter voor wie vooral de daad en niet de dader telt, ontstaat langzamerhand een heel netwerk aan neveninstellingen en beroepen die zich wel bemoeien met de strafoplegging en de overtreder maar toch niet juridisch zijn. Men krijgt te maken met psychiaters en psychologen, met gevangenisdirecteuren en reclasseringsambtenaren en allemaal buigen zij zich over de gehele mens en in welke fase van behandelbaarheid dan wel verbetering die zich bevindt. Ze bekijken niet alleen de daad van de verantwoordelijk gehouden mens.

Twee perspectieven

Als we ons dat eenmaal realiseren is misschien niet zo duidelijk meer waarom de situatie in Erewhon ons zo weerzinwekkend voorkomt. Want in zekere zin zijn wij ook bezig met behandelen als we te maken hebben met delinquenten. De verantwoordelijke mens die zich alleen voor zijn daad moet verantwoorden bestaat alleen maar in de rechtszaal maar zodra hij veroordeeld wordt, valt hij in handen van al die moderne equivalenten van *straighteners* die door Butler beschreven worden.

Het is dus al te simpel om in deze veranderingen alleen maar humanisering te zien. Het is niet zozeer minder streng straffen dan wel anders straffen; dat wil zeggen met een ander *oogmerk*. Heel goed is dat te zien aan de omdraaiing van openbaarheid. In het oude regime hechtte men veel waarde aan de openbaarheid van de straf; men werd het schavot opgesleurd zodat iedereen maar goed en duidelijk kon zien waaruit de straf bestond. De tenuitvoerlegging van de straf was een publiek gebeuren. Dit in tegenstelling tot het voorafgaande proces, dat in het diepste geheim plaats vond. In de 18e eeuw werd dat precies

omgekeerd. Het proces werd nu openbaar en publiek, terwijl de tenuitvoerlegging in de tuchthuizen en gevangenissen juist aan het publieke oog werd onttrokken. Deze omkering is begrijpelijk als we de verschillende oogmerken in beide regimes in beschouwing nemen. Immers, waar straf vooral dient ter vergelding of als een manier om de geldende normen nogmaals kenbaar te maken en te benadrukken, daar is openbaarheid van belang. Zodra straf echter gaat dienen ter verbetering van de persoon van de delinquent is openbaarheid geen vereiste meer. Verschillende oogmerken; vergelding, of behandeling leiden tot verschillende vormen van straf.

Beide perspectieven en bijbehorende praktijken, zowel de puur juridische toerekening van sancties aan strafbare feiten die als delict in het wetboek zijn omschreven als ook de psychologische of pedagogische behandeling van de delinquent als persoon blijven naast elkaar bestaan. Het perspectief dat zich oriënteert op de daad is niet voor eens en voor altijd vervangen door het perspectief waarin de dader centraal staat. Beide perspectieven blijven naast elkaar voortbestaan. Dat betekent dat er ook *spanningen* tussen beide perspectieven zijn aan te wijzen. In het eerste perspectief heeft straf een waarde op zich; het is waardevol voor zover het een reactie is op een vergrijp en daarmee de geschokte rechtsorde herstelt. Daarentegen is in de tweede optiek straf niet meer dan een middel om herhaling te voorkomen, en daar moet men dan onmiddellijk aan toevoegen: het is één van de vele middelen die men daartoe kan inzetten. Andere middelen, zoals extra opvoeding, of inderdaad, behandeling door Butlers *straighteners* zijn wellicht even goede, zo niet effectievere middelen om recidive te voorkomen.

Men heeft die spanningen tussen beide zienswijzen proberen op te lossen door te zeggen dat vergelding de *grondslag* is van straf en preventie het *doel* van straf. Dat is naar mijn mening een typische juristenoplossing. Het is een prettige mantra die de kool en de geit lijkt te sparen –van allebei een beetje, lekker in het midden gaan zitten- maar die niet veel oplost of verheldert. Want wat is grondslag eigenlijk anders dan doel? Wat wordt daarmee bedoeld? Is het niet mogelijk twee grondslagen te hebben of twee doelen? Ik zal deze vragen hier echter laten rusten, want de verhouding tussen deze twee oude lagen vormt niet het onderwerp van mijn betoog. Ik wil de aandacht vestigen op een nieuwe, derde, laag.

Van normalisering naar risicoreductie

Tot nu toe heb ik gedaan alsof er slechts twee rivaliserende perspectieven op straf zijn: vergelding en behandeling. Dat komt omdat ik met Butlers nowhere-land begon waarin zieken worden gestraft en misdadigers worden behandeld. Maar geleidelijk aan komt een derde benadering in zwang die buiten beeld blijft in Butlers tweedeling. Er is namelijk een belangrijke overeenkomst tussen straf en behandeling die buiten beeld blijft omdat ze zo vanzelf spreekt. Die overeenkomst schuilt in de inzet van beide praktijken: *normalisering*. Men wil de delinquent dan wel zieke ervan doordringen dat zijn gedrag afwijkt van hetgeen als normaal wordt beschouwd en van hetgeen men vindt dat normaal zou moeten zijn. In Erewhon is de *norm* gezondheid. Ziekte is afwijking van die norm. Maar misdaad is ook afwijking van de norm. Beide kunnen dus stuivertje wisselen. Misdaad kan evengoed behandeld worden en ziekte bestraft. Normalisering is het devies dat beide praktijken met elkaar verbindt.

Ik heb de indruk, maar meer dan een indruk is het voorlopig nog niet, dat de oriëntatie op normalisering geleidelijk aan vervangen wordt door een geheel andere oriëntatie: namelijk op het vermijden of terugdringen van risico's. In dit geval het risico van schade en overlast. Het maakt daarbij niet uit of die schade of overlast veroorzaakt wordt door probleemjongeren, door alcohol- en drugverslaafden of door regelrechte criminelen. Het gaat er in de eerste plaats om een situatie te creëren waarin al deze potentiële lastpakken verhinderd worden om overlast te veroorzaken. De middelen daartoe verschillen. Het kan door middel van behandeling en therapie, maar het is bijvoorbeeld ook mogelijk een preventief straatverbod uit te vaardigen voor zogenaamde risicogroepen, ook als nog geen strafbaar feit is gepleegd. Niet de persoon wordt hier beheerst, zoals in Foucaults beschrijving van de 18^e eeuwse strafpraktijk, maar men probeert letterlijk de *situatie* meester te worden.

Ik heb lange tijd gedacht dat hier niets nieuws onder de zon was. Het programma dat het Ministerie van Justitie een paar jaar geleden lanceerde en waarin het ministerie zichzelf een target stelt van 25% minder overlast en criminaliteit, heet gewoon *Veiligheid begint bij Voorkomen*. Nu, voorkomen is immers niet anders dan preventie en dat is één van die eerbiedwaardige strafdoelen die van oudsher verbonden zijn met de behandelpraktijk. Maar ik denk nu dat het iets ingewikkelder ligt. Het *accent* ligt namelijk anders. Bij behandeling ligt dat accent, zoals ik al zei, op de *persoon* van de dader. Getracht werd aanknopingspunten te vinden in de persoonlijke biografie van de dader

teneinde de factoren op te sporen die hem ertoe brachten het strafbare feit te plegen. Er wordt vanuit gegaan dat men aan die factoren moet sleutelen teneinde herhaling te voorkomen. Dan kan zijn door hem te behandelen, maar het is ook mogelijk dat gestreefd wordt naar een verbetering van sociaal economische omstandigheden, of een betere opleiding of noem maar op.

Bij risicoreductie staan echter noch de daad zoals bij vergelding, noch de persoon van de dader, zoals bij behandeling, centraal. Men richt zich puur en alleen op de vraag hoe een bepaalde situatie kan worden gecreëerd waarin het risico van criminaliteit zo klein mogelijk kan worden gehouden. Men richt zich uitsluitend op de toekomstige overlast die moet worden voorkomen. De gewenste eindsituatie staat centraal. Het kan zijn dat een persoonsgerichte aanpak daartoe aangewezen is, maar dat is niet noodzakelijk. Als de target van 25% reductie beter bereikt kan worden met het sturen van probleemjongeren naar speciale kampen, (ik overdrijf niet; het staat er echt) dan moet dat middel worden gekozen.

De persoon in het strafrecht komt dus minder centraal te staan. Niet wordt beoogd de delinquent te doen conformeren aan de norm. Het gaat er in de eerste plaats om het einddoel, veiligheid, te bereiken; op welke manier dan ook.

En niet alleen de persoon van de dader wordt minder belangrijk. De norm zelf, als voorschrift en als uitdrukking van hetgeen als normaal wordt gezien wordt verliest eveneens aan gewicht. Ook de norm wordt immers slechts als instrumenteel gezien tot het belangrijkste doel van risicoreductie. De regel wordt alleen van waarde gezien voor zover deze bijdraagt tot beperking van schade en overlast.

We zien dus een herhaling eigenlijk van hetgeen gebeurde in de 18^e eeuw maar dan in verhevide vorm. Toen werd straf geïnstrumentaliseerd. Het werd niet meer gezien als doel op zich maar slechts als middel tot naleving van de norm. En dan komen er ook andere technieken in beeld, zoals therapie, om het gewenste doel te bereiken. Zolang die technieken maar leiden tot het bevorderen van normconform handelen is het goed. Nu gaan we een stap verder. Niet normnaleving staat in het vaandel, maar veiligheid en terugdringen van overlast. Het is natuurlijk mogelijk dat dit einddoel bereikt wordt door ervoor te zorgen dat mensen normen naleven. Maar normnaleving is dan niet meer het uiteindelijke doel maar hooguit een middel geworden. En net als

36

in de 18^e eeuw straf slechts één van de vele beschikbare middelen is, ziet men nu het besef doorbreken dat normconformiteit slechts één van de vele middelen is. Er komen andere technieken in beeld, die meer preventief van aard zijn. Ook deze worden dan in de beschouwing betrokken en geëvalueerd op hun effectiviteit tot het bereiken van het gewenste doel.

Doelregulering

Beide tendensen, zowel de relativering van de persoon als van de norm komen tot uiting in een bijzonder en nieuw soort regels dat in zwang is geraakt en waar we al even mee kennismaakten in bovenstaand voorbeeld van Justitie die een target van 25% reductie van overlast wil halen. Deze nieuwe soorten regels schrijven namelijk niet langer concrete handelingen voor, maar stellen de gewenste eindsituaties centraal. Daarom ben ik geneigd hier van *doelregulering* te spreken.¹

Een eenvoudig voorbeeld kan de typische kenmerken van doelregulering verduidelijken. Het aloude verbod *verboden te roken* is een handelingsnorm. Degene die kennis maakt met deze regel weet wat hem te doen staat. Wil hij een sanctie ontlopen dan moet hij geen sigaret opsteken. Het strafrecht zoals we dat zowel voor als na de 18^e eeuw hebben ontwikkeld beoogt naleving van dit soort regels af te dwingen.

Bij doelregulering zou zo'n klassieke handelingsregel worden vervangen door een regel die direct het einddoel voorschrijft. De burger wordt dan bijvoorbeeld opgedragen om voor zover dat mogelijk en redelijk is, maatregelen te nemen ter vermindering van rookoverlast (of ter bevordering van schone lucht). De eindtoestand wordt hier onmiddellijk voorgeschreven. Dit brengt met zich mee dat degene die met deze regel wordt geconfronteerd, aansprakelijk gehouden kan worden, niet alleen wanneer hij zelf een sigaret opsteekt maar ook als anderen dat doen, of als er een schoorsteen vlakbij staat te roken.

1 Voor een uitgebreide analyse van doelregulering zie mijn 'Governing by Goals: Governance as a Legal Style', in: *Legisprudence: International Journal for the Study of Legislation*, Hart Publishing, 2007, pp. 51-72 alsmede 'The Emergence of New Types of Norms', in: Luc J. Wintgens (ed.) *Legislation in Context: Essays in Legisprudence*, Ashgate, Aldershot, 2007, pp. 117-133.

Nu is dit wel een heel simpel voorbeeld, maar veel nieuwe regelgeving, ik denk dan met name aan regels die betrekking hebben op milieu of arbeidsomstandigheden, hebben deze vorm. Het bijzondere van deze regels is dat zij niet een concrete manier voorschrijven waarop men zich behoort te gedragen, maar direct het einddoel voorschrijven. De typische vorm van deze regels is veelal ontleend aan de vorm van Europese Kaderrichtlijnen. Dergelijke richtlijnen bestaan uit drie delen.

Ten eerste een declaratoir deel waarin het gewenste doel of eindsituatie wordt beschreven. Daarin staat bijvoorbeeld dat het voeren van een goed arbeidsomstandighedenbeleid, of het terugdringen van CO₂ uitstoot wenselijke doelen zijn.

Ten tweede een aanmanend deel, dat vaak slechts bestaat uit de opdracht wetgeving tot stand te brengen, nadere regels te stellen of anderszins maatregelen te nemen ter bereiking van het gewenste doel. In dit deel wordt de normadressaat (in het geval van de Europese Kaderrichtlijn is dat de lidstaat) als wetgever toegesproken.

Ten derde een prescriptief deel, het enige deel dat concrete voorschriften bevat, waarin de normadressaat verplicht wordt te rapporteren over de genomen maatregelen en de geboekte voortgang.

Opvallend is dat deze driedelige vorm niet beperkt blijft tot Europese richtlijnen maar ook zichtbaar is in de manier waarop de nationale wetgever zich van zijn taak kwijt. Ook de nationale wetgever vaardigt dan regels uit waarin een bepaald doel vooropgesteld wordt, waarbij de normadressaat (vooral collectieven als bedrijven en instellingen) aangesproken wordt als een soort mini-wetgever aan wie ten slotte een rapportageverplichting wordt opgelegd. In de praktijk ziet men deze reguleringsstijl tot op het laagste niveau terugkomen. In al deze gevallen wordt het einddoel vooropgesteld en wordt de normadressaat de vrijheid gelaten te bepalen *hoe* en *door wie* de doelen moeten worden bereikt. De normadressaat is in al deze gevallen slechts degene waarbij de (risico)-aansprakelijkheid wordt neergelegd. Op hem rust de bewijslast. Een omgekeerde bewijslast wel te verstaan: hij moet bewijzen iets te hebben gedaan.

Zoals uit het reeds genoemde rapport van Justitie al blijkt ontkomt ook het strafrecht niet aan deze oriëntatie op doeleinden. Het doel is dan gelegen in het terugdringen van overlast, of het creëren van een veilige publieke ruimte. De normadressaat kan de nationale staat zijn, maar ook de gemeente of de instelling en deze mogen zelf bekijken op welke manier en via welke nadere regelstelling deze doelen kunnen worden bereikt.

Het probleem van doelregulering is dat men niet weet wat men moet doen of nalaten. Vaak is onduidelijk welk niveau van schade, overlast of onveiligheid nog als acceptabel kan worden gezien en welk niet. In veel gevallen wordt aan experts de taak toevertrouwd om aan te geven wat schade is en welk beschermingsniveau wenselijk is. Je ziet dat de strafrechtjuristen in deze derde benadering dus niet alleen gezelschap krijgen van een legertje psychologen en therapeuten maar ook van allerlei andere experts uit verschillende disciplines, die allemaal hun eigen inschattingen geven van wat acceptabele risico's zijn. Vandaar de roep om juristen die de verhalen van deze –vaak technisch geschoolde- experts tenminste begrijpen. In het wetboek staat niet langer wat je moet doen. Het is nodig buitenjuridische bronnen te raadplegen.

Ten tweede heeft men niet altijd controle over welke factoren allemaal van invloed kunnen zijn op het al dan niet bereiken van de voorgeschreven eindtoestand. Misschien blijkt pas na jaren dat de fabriekspijp de lucht onherstelbare schade toebracht. Moeten we dat bedrijf daar dan alsnog verantwoordelijk voor stellen? Ik denk niet dat het overdreven is om te stellen dat in het strafrecht –en hetzelfde geldt voor het bestuursrecht- steeds meer de vraag aan de orde komt: had de burger of dit bedrijf kunnen *weten* wat de risico's waren? Ook hier zien we: kennis, meer nog dan morele kwaliteiten, staat hier centraal en gebrek aan kennis en informatie wordt in toenemende mate als toerekenbaar vergrijp beschouwd.

Interne spanningen

Het lijkt alsof er dus een derde laag aangebracht is in het strafrecht. We zien in het strafrecht drie verschillende oriëntaties waarbij de cirkels steeds wijder worden getrokken. Eerst de oriëntatie op de daad, waarbij slechts de juridisch relevante vraag wordt gesteld in hoeverre de daad als delict omschreven wordt in het wetboek van strafrecht en zo ja, welke strafmaat daar

dan bij hoort als reactie op die daad. Ten tweede de oriëntatie op de persoon van de dader, en de factoren die hebben bijgedragen tot het delict. Straf omvat dan niet alleen een reactie op de daad maar beoogt de gehele persoon te disciplineren en te normaliseren. De normen die het uitgangspunt vormen zijn niet alleen maar de wetten uit het wetboek, maar tevens het hele arsenaal aan ijkpunten ontwikkeld door gedragswetenschappers voor hetgeen als normaal gedrag kan en moet worden beschouwd. Ten derde de oriëntatie op de eindtoestand als een situatie waarin er een beperkt risico is op overlast en schade. Straf omvat slechts een van de middelen om die eindtoestand te bereiken maar is zeker niet het enige middel en kan ook worden ingezet louter als proactief middel om de gewenste eindtoestand te verwezenlijken. Hierbij gaan niet alleen gedragswetenschappers maar tal van andere wetenschappers een rol spelen, waar die inschattingen maken van wat een acceptabel niveau van risico is.

Tot slot; net zoals we gezien hebben dat de eerste en tweede oriëntatie niet zonder interne spanningen naast elkaar bestaan, zo is het ook waarschijnlijk dat deze derde laag niet probleemloos over de andere twee zal worden heen gelegd. De verhouding tussen de jurist en de andere experts is één van de eerste gebieden waarin die spanning zichtbaar wordt. Maar ook de verhouding tussen schuld en risicoaansprakelijkheid. De verhouding tussen het proportionaliteitsvereiste en de mate van risico's die toelaatbaar worden geacht. De relatie tussen rechtsbescherming en de beoogde eindsituatie. Ongetwijfeld zullen er meer spanningen bij u opkomen dan ik als eenvoudig filosoof kan verzinnen. Ik stel dus voor dat we daarover van gedachten gaan wisselen. Dank u wel voor uw aandacht.