

Zuinig met recht

De Nederlandse rechtscultuur in vergelijking met de Westduitse

Erhard Blankenburg*

Summary

Justice as last resort – Dutch legal culture compared to the German

International comparison of legal indicators shows a relatively low level of litigation in the Netherlands. This is quite surprising because legal aid (which is generally seen as improving the access to law) is much more generous than in the continental neighbouring countries. The paradox can be explained by features of legal culture on four levels:

- to some degree on the level of positive law*
 - much more so on the level of institutional infrastructure of lawyers, courts and 'alternatives to formal procedures'*
 - behavioural patterns of professionals who deal with legal procedures*
 - and last and not least: legal consciousness of professionals as well as the general public.*
- The data show that differences in legal behaviour are to be explained not so much on the demand side of the users of law, but rather on the supply side of judicial and quasi-judicial institutions.*

1. Inleiding

1.1. Vraagstelling

In alle ontwikkelde landen wordt geklaagd over de 'juridisering van de maatschappij', de opzettende vloed van juridische procedures. Als wij echter vergelijkende indicatoren in beschouwing nemen, valt Nederland op door zijn zuinigheid in het omgaan met recht en procedures. Dit is af te lezen aan het betrek-

* Dr. E. Blankenburg is hoogleraar rechtssociologie aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

kelijk kleine aantal rechters en advocaten en het betrekkelijk lage peil van het geheel van procedures voor de rechter in Nederland. Deze zuinigheid bij het gebruiken van recht is des te opmerkelijker omdat de sociale rechtshulp – die algemeen wordt gezien als een vergemakkelijking van de toegang tot het recht – in Nederland royaler is opgezet dan in de Europese buurlanden.¹ De verklaring is te zoeken in kenmerken van de ‘rechtscultuur’ die ik, in afwijking van wat de rechtsvergelijkers ‘het rechtssysteem’ noemen, als wisselwerking begrijp tussen ‘het recht in de boeken’ en ‘het recht in praktijk’. In het bijzonder zal ik een antwoord proberen te geven op de vraag of de verschillen in rechtsgedrag die wij tussen Nederland en de buurlanden (met name Duitsland) kunnen constateren aan de vraagzijde van de ‘gebruikers van recht’ te verklaren zijn, of dat de verklaring veeleer aan de aanbodzijde van de juridische en quasi-juridische infrastructuur kan worden gevonden.

1.2. Vergelijking van de rechtsdogmatische tradities

Of we nu het strafrecht of het civiele recht nemen, in beide gevallen lijkt het materiële recht in Nederland en in de Duitse Bondsrepubliek in sterke mate op elkaar. Wie uit de gebruikelijke benaming ‘Rooms-Hollands recht’ concludeeren wil, dat het Nederlandse recht meer in de ‘Romeinse’ dan in de ‘Germaanse’ rechtskring thuishoort, trapt wel in een door simpele etikettering opgezette valkuil. Het Nederlandse ‘oudvaderlandse recht’ wordt gewoonlijk in de Germaanse traditie geplaatst, het is door de geleerden aan de hand van Romeinsrechtelijke literatuur gesystematiseerd, het is in de tijd van de Verlichting en de Napoleontische bezetting onder invloed van de Franse codes gekomen – die in Nederland zelfs korte tijd geldend recht zijn geweest – waarna men in de eerste helft van de negentiende eeuw is begonnen met het opstellen van eigen wetboeken. Ongeveer dezelfde opmerkingen kunnen worden gemaakt met betrekking tot de codificatie van het recht in de diverse landen van het toenmalige Duitse Rijk. De codificatie van het Nederlandse civiele recht vond eerder plaats dan in Duitsland, vanwege de vroegere consolidering van Nederland als eenheidsstaat. De beïnvloeding van de Nederlandse wetgeving door zowel de Duitse rechtsgeleerdheid als de Franse codes was echter altijd intensief. Bij de voorbereiding voor de codificatie van het strafrecht (die tegelijkertijd met de Duitse codificatie plaatsvond) lagen in Den Haag zowel de Code Pénal als de adviezen bij het Strafgesetzbuch ter tafel. Kijkt men naar de citaten in de vaktijdschriften, dan blijken de Nederlandse rechtsgeleerden over het algemeen in discussie te treden met de dogmatische verhandelingen uit de Duitse rechtswetenschap, die als zeer grondig en perfectionistisch te boek staat. Gaat het echter om het inspelen op nieuwe sociale problemen of om de verbreiding van vernieuwende

rechtsinstituten, dan gaat de blik tegenwoordig eerder in de richting van Anglistiek en Amerikaanse literatuur. Vooral na de Tweede Wereldoorlog is het aandeel van Engelstalige citaten in de juridische vakliteratuur duidelijk gestegen. Men kan de bereidheid buitenlandse invloeden in het nationale recht te incorporeren (en de gewoonte om bij wetgeving en rechtspraak in relevante buurlanden een licht op te steken) hieruit verklaren, dat kleine landen gemakkelijker van de grote landen leren dan andersom, omdat de rechtswetenschappelijke literatuurproductie van die grote landen zelf al zo veelomvattend is, waardoor een ethnocentrische afsluiting van de buitenwereld wordt bevorderd.

De Nederlandse juristen vormen een zeer kleine gemeenschap, die van oudsher al uitwisselingsprogramma's kent met Schotse, Duitse en Franse rechtscholen, en meer dan andere Europese landen gebruik maakt van de innovatie van het Anglo-Amerikaanse recht.

Het zou onzinnig zijn te bepalen of het Nederlandse recht als geheel nu meer 'Germaans' is of meer 'Romeins'. De hoofdzaak is, dat beide 'rechtsfamilies' in materiële zin zozeer op elkaar lijken, dat bepaalde elementen zich eenvoudig laten combineren met elementen uit de andere familie. Het Nederlandse rechtssysteem demonstreert dat een scheidslijn tussen de beide 'families' niet te trekken is.

1.3. Het begrip 'rechtscultuur'

Als wij 'rechtssysteem' zeggen, hebben wij het over het geheel van de geldende rechtsregels in hun samenhang. Het rechtssysteem bevat het geheel van het positieve recht; dit is wat in het geschreven proces- en materiële recht is vastgelegd. Het positief-rechtelijk stelsel kan echter alleen worden begrepen als we de rechtsbeginselen die daaraan ten grondslag liggen, erbij betrekken. Dientengevolge kunnen rechtssystemen van verschillende landen alleen worden vergeleken door bestudering van de samenhang tussen de verschillende elementen ervan. Daarom moeten rechtsvergelijkers gehele systemen naast elkaar leggen, ook wanneer ze slechts een detaillistisch rechtsprobleem hebben op te lossen. De rechtsvergelijking impliceert daarom noodzakelijkerwijs een 'verstehend aanpak'; dat wil zeggen een combinatie van methodes waarmee de onderliggende verbanden begrepen kunnen worden. De vanuit methodologisch oogpunt meest zuivere weg voor de analyse van rechtssystemen blijft het vergelijken slechts door een onophoudelijk aanwijzen van punten van overeenkomst en van verschil kunnen de karakteristieken van een bepaald rechtssysteem worden blootgelegd. Alleen bij heel gerichte rechtsvragen kan dat precies gebeuren. Bij het vergelijken van zaken die de relatieve overzichtelijkheid van bepaalde rechtsgebieden te boven gaan, moeten wij typificaties hanteren waarbij we na

tionale systemen en groepen van rechtssystemen (zoals bijvoorbeeld 'continentale rechtssystemen' en 'Anglo-Amerikaanse rechtssystemen') tegenover elkaar stellen. De verschillende wijzen van rechtsregulering openbaren zich alleen in de vervlechting van materieel recht, procesrecht en andere institutionele tradities, die onafhankelijk van elkaar kunnen variëren. Bij de in de rechtsvergelijking gebruikelijke poging, deze systemen in 'rechtskringen' of '-families' in te delen en tussen hen verwantschappen en zelfs afstammingen te constateren, staat men derhalve voor het onoplosbare dilemma, met een beperkt aantal 'individuen' (het aantal nationale rechtssystemen) een schier onbegrensd aantal variabele kenmerken – ten minste typologisch – te bundelen tot regelmatigheden.

In de rechtsvergelijking wordt het Nederlandse recht als nauw verwant met het Duitse beschouwd. In de praktijk echter zien wij dat de handhaving zeer verschilt. Hierbij spelen institutionele kenmerken van de juristerij een bepalende rol: de professionele definitiemacht van advocaten, faculteiten en de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges, de sterkte van de advocatuur, de toelatingscriteria tot de magistratuur en de carrièrepatronen van rechters. Deze institutionele kenmerken worden niet door wetten bepaald, maar liggen verankerd in de organisatiestructuur en de traditie. Ze kanaliseren de handelwijze van zowel de juristen als van de rechtzoekende; maar omgekeerd krijgen de instituties ook hun vorm door de wijze waarop en waarvoor ze door rechtzoekenden worden ingeschakeld en voor welke belangen de professionele beroepsgroepen het recht kunnen mobiliseren.² Wij noemen al deze kenmerken gezamenlijk: 'de rechtscultuur'.

Vaak karakteriseert men 'rechtscultuur' eenvoudigweg als 'de algemene waardeoordelen en attitudes tegenover het recht'. Zo'n definitie suggereert echter dat het positieve recht aan de ene kant bestaat, terwijl er aan de andere kant een daarvan te onderscheiden gebied van ideeën en attitudes tegenover het recht zou zijn. In werkelijkheid bestaan beide echter slechts in wisselwerking met elkaar. Ik gebruik dus het begrip 'rechtscultuur' om de wisselwerking op vier niveaus aan te geven:³

- het positieve recht met de daaraan ten gronslag liggende rechtsideeën;
- de instanties die het recht toepassen;
- de publieke opinie rond recht, rechtspraak en andere juridische instanties;
- het gedrag van personen en organisaties die al dan niet van hun rechten gebruik maken en die zich al dan niet aan de heersende rechtsnormen conformeren.

2.1. Een vergelijking van de civiele rechtspleging

Over het algemeen is de ervaring van de rechtsvergelijking, dat het overnemen van elementen van het ene rechtssysteem in het andere het meest consistent kan gebeuren in het materiële recht. In het procesrecht spelen zelfs regionale verschillen binnen nationale rechtssystemen een rol. In vele federale staten zijn procesregels en justitiële organisatiestructuren zelfs van kanton tot kanton (Zwitserland) of van staat tot staat (Amerika) verschillend. In de internationale rechtsvergelijking blijkt pas echt op hoeveel meer verschilpunten we stuiten in het procesrecht en in de opbouw van de instituties, dan in het materiële recht. Desalniettemin vallen tussen de Nederlandse en de Duitse rechterlijke organisatie en de structuur van het procesrecht zeer veel punten van gelijkheid op: de drietrapsrechtsgang, de specifieke reeks van betrokken instanties binnen het straf- en civiele recht, het vergaande vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie, de rechtsdwang in echtscheidingszaken, de vertegenwoordiging door advocaten et cetera. Op al deze fundamentele punten lijkt het Nederlandse systeem meer op het Duitse dan op het Belgische of op het Franse. De verschillen met de Anglo-Amerikaanse instituties zijn hier nog groter.

Er is natuurlijk ook een groot aantal detailverschillen: Nederland kent het opportuniteitsbeginsel van het Openbaar Ministerie, voor juridisch advies hoeft men zich niet tot een advocaat te wenden, de mogelijkheid van een verstekvonnis in echtscheidingsprocedures, een voor de klager riskant stelsel van admissiekosten voor de rechtbank, de hogere kosten voor een advocaat, het ontbreken van gespecialiseerde jurisdictie inzake arbeidszaken, enzovoort. We zullen proberen te onderzoeken of deze detailverschillen de verschillen in de frequentie waarmee men het recht mobiliseert, bepalen. In de regel kan worden gesteld, dat dit slechts gedeeltelijk het geval is, en dan nog slechts in de context van de karakteristieken van de gehele rechtscultuur. Op grond van wettelijke regelingen alléén kunnen we de verschillen niet verklaren.

Ons zoeken naar wisselwerkingen tussen het positieve recht en andere elementen houdt echter ook in, dat wij de procedurele en institutionele detailverschillen als gevolg van de houding tegenover het recht kunnen zien (methodologisch gemeten als 'attitudes'), die wij dan als totaalresultaat van het positieve recht en het rechtsgedrag in de indicatoren terugzien.

Om een vergelijk eenvoudiger te maken, kunnen wij ons beperken tot de procesfrequenties in Nederland en Noordrijn-Westfalen. Met zijn 17 miljoen inwoners is deze deelstaat slechts weinig groter dan Nederland, dat een bevolking heeft van zo'n 15 miljoen, beide zijn geconcentreerd rond stedelijke agglomeraties.

raties rond de Rijn en de Ruhr aan de ene kant, en de Hollandse rangstau aan de andere. Bovendien vormen beide een soort economische symbiose: wanneer er aan de Ruhr sprake is van een staalcrisis, dan stijgt in de Nederlandse industrie en in de Rotterdamse haven de werkloosheid. Ook mentaliteitsverschillen wijzen niet op een grotere strijd lust van de Duitsers: Nederlanders staan erom bekend dat ze niet alles 'pikken'; de activiteiten van burgerinitiatieven en protestgroepen heeft een veel langere traditie dan in Duitsland – allemaal redenen waarom we in Nederland eerder meer dan minder procesactiviteit zouden verwachten.

Het tegendeel is echter het geval:⁴

- terwijl in Nederland in 1989 net het cijfer van 187.000 civiele processen per jaar werd gehaald, hadden de Noordrijn-Westfaalse civiele kamers 460.000 zaken af te handelen;
- terwijl de arbeidsrechtelijke verzoekschriften bij de kantonrechter in Nederland rond de 8.000 schommelen, hebben de arbeidsrechtbanken bij de Duitse bureaus 90.200 procedures te verwerken;
- bij administratieve rechters in Nederland (dat houdt in de Raad van State, de Raden van Beroep en de belastingkamers bij de hoven) komen in Nederland 43.200 zaken binnen, bij de naburige Verwaltungs-, Sozial- en Finanzgerichte in eerste aanleg 80.200;
- en hoewel de geregistreerde criminaliteit bij de politie in Nederland in de loop der jaren zeventig tot en met 1985 op het Westduitse peil is gestegen, worden er in de deelstaat Noordrijn-Westfalen 173.000 mensen veroordeeld, in Nederland alleen maar 74.200.

Deels laten de verschillen zich verklaren uit de hogere gerechts- en advocatenkosten die het procederen in Nederland tot een dure zaak kunnen maken. Dit geldt echter alleen voor de institutionele klagers; rond tweederde van de particulieren in Nederland kan aanspraak maken op gesubsidieerde rechtshulp; terwijl in Duitsland alleen degenen dit kunnen doen die met hun inkomen op de rand van de uitkeringsgrens zitten. De sociale eis dat de 'toegang tot het recht' niet van de financiële draagkracht afhankelijk zal moeten zijn, is in Nederland sinds de jaren zeventig juist beter gewaarborgd dan in Duitsland.

Het zijn vooral de institutionele verschillen van het aanbod voor institutionele klagers die het processtroom in beide landen bepalen. Dit kan worden afgeleid uit het soort zaken die de grotere vraag bij de Duitse justitie uitmaken:

1. Het kwantitatief grootste verschil bij de civiele rechtbanken zit in het incassostelsel van beide landen. Duitsland kent met het 'betalingsbevel' een voor de schuldeiser bijzonder efficiënte en goedkope procedure voor het innen van geld op vertoon van een schriftelijk bewijs (bijv. een koopcontract) met een alleen marginale toetsing door justitie (in feite is deze inmiddels volledig geau-

tomatiseerd). Nederland heeft deze (met enkele beperkingen) overgenomen tijdens de bezetting in 1941, echter het aantal zaken is tot in de jaren tachtig zelden danig teruggelopen dat de wetgever deze procedure met ingang van 1992 heeft opgeheven (overigens moet inmiddels in het kader van de Europese eenwording toch weer een soortgelijke procedure worden ingevoerd). Het verzet kwam van de zijde van deurwaarders die in Nederland een executierecht op basis van hun eigen rechtmatigheidstoetsing hebben. Zij beweren betere resultaten te bereiken ten aanzien van een sociaal haalbare betalingsregeling dan welke justitiële procedure ook. In feite hebben zij de betalingsbevelprocedure na de verhoging van de griffierechten in 1984 geboycot. Voor hun argumentatie pleit dat het aantal dagvaardingen inzake geldvorderingen dat na een vergeefs incassopoging kan volgen, in West-Duitsland zeven keer zo hoog is als in Nederland. Men zou kunnen verwachten dat als gevolg van de efficiënte aanmeldingsprocedure in Duitsland minder geldvorderingen bij de gewone civiele rechter aanhangig worden gemaakt, maar dat is juist niet het geval.

2. Een tweede voorbeeld zijn schadeclaims na verkeersongevallen. Hoewel het aantal ongevallen in beide landen niet wezenlijk verschilt, verschijnen in Noordrijn-Westfalen zo'n twintig keer zoveel automobilisten na een ongeval voor de rechter als in Nederland. Deze verkeersongevalsprocedures lijken in beide landen op een loterij, waarbij de eiser vaker verliest dan wint. Ook zeer duidelijk zijn dat het bij de soms ingewikkelde bewijsvoering over schuldverdeling hoofdzakelijk om de verdeling van de kosten tussen de verzekeringen gaat. Klaarblijkelijk letten de Nederlandse verzekeraars beter op de conflictkosten, door een regeling onderling te zoeken, terwijl het hogere risico van een justitiële procedure in Duitsland een eigen tak van rechtsbijstandsverzekeringen tot bloei heeft gebracht. Het geheim van de Duitse bemoeienis zit in het wettelijke monopolie op juridisch advies voor advocaten, dat samen met de dekking van de kosten ervan door rechtsbijstandsverzekeringen de gang naar de rechter aantrekkelijk maakt. In Nederland regelen de aansprakelijkheidsverzekeraars zaken makkelijker onder elkaar, en als er een rechtsbijstandsverzekeraar aan de pas komt, mogen deze eerst pogen het geschil met eigen adviseurs te regelen voordat zij een advocaat hoeven te betalen.

Naast alle verschillen in de procesfrequentie kan ook worden gewezen op een aantal parallelle ontwikkelingen.

3. In beide landen is de werkdruk van de rechtbanken in civiele zaken in de afgelopen twintig jaar het sterkst toegenomen als gevolg van de toename van het aantal echtscheidingen en de daaruit voortvloeiende procedures in de familiemerkamers. Zowel in Nederland als in de Bondsrepubliek worden scheidende partijen verplicht hun huwelijk door een rechterlijke beslissing te laten ontbinden. Trouwen kan men in beide landen zonder advocaat en rechter, scheiden

niet. Het verschil zit hier in de omvang van de procedures: bij circa 70% van de Nederlandse echtscheidingsprocedures blijft de activiteit van de rechtbanken minimaal: mits door de advocaten voorbereid en een regeling de instemming van beide partijen heeft, kan de echtscheiding bij verstek in kracht van gewijsde gaan. In Nederland is bemiddeling door echtscheidingsbureaus en de invoering van een 'do-it-yourself-divorce' naar Engels voorbeeld dan ook bespreekbaar. Voorstellen daartoe zijn overigens tot nu toe door de invloed van de advocatenlobby gesneuveld. In Duitsland wordt daarentegen de grondige toetsing door de rechter van alle gevolgen van een echtscheiding door geen enkele groepering betwist.

4. Voorgerechtigde structuren gaan ook schuil achter huurzaken, die bij Duitse civiele rechtbanken drie maal zo vaak als bij de Nederlandse. Duidelijk is (ook) hier dat de zuinigheid bij het inschakelen van de rechter niet wijst op zuinigheid met regelgeving. Integendeel: huurprijscntroles en gebruiksbepalingen in Nederland zijn fijnmaziger dan in Duitsland. Toch wordt een groot aantal huurconflicten bij 'huurcommissies' afgedaan, die met meer dan 100.000 zaken per jaar twee keer zo veel huurzaken te verwerken krijgen dan de civiele rechters.

5. Iets soortgelijks geldt ook voor het verschil bij ontslagzaken in het arbeidsrecht; in het materiële recht is de ontslagbescherming in beide landen op vergelijkbare wijze uitgebouwd, maar in de institutionele en procedurele afhandeling zijn de verschillen erg groot. Een Nederlandse werkgever moet in de regel toestemming van het arbeidsbureau krijgen voordat zijn ontslag rechtskracht krijgt. Bij deze preventieve controle is de werknemer nog in dienst. Bij een rechterlijk vonnis voor een ontslagen werknemer bij de Duitse 'Arbeitsgerichte' is de herbezetting van de voormalige arbeidsplaats door die werknemer (ondanks de daarvoor rechtsgeldige titel) hoogst onwaarschijnlijk.

6. De nadruk op de onderhandeling vóórdat een gerechtelijke procedure daadwerkelijk begint, kent de Nederlandse rechtscultuur ook op andere gebieden: zoals de opkomst van klachtenprocedures en bemiddelingscommissies inzake consumentenbescherming (waarvoor onder andere de vakbonden zich sterk maken), de huurcommissies, de ombudslieden in bestuurszaken, en de arbitrage van conflicten bij verschillende bedrijfstakken (zoals in de bouw, de houthandel, de leerindustrie). Voor de Nederlandse consumenten bestaat voorts een sterker uitgebouwde infrastructuur ter compensatie van hun over het algemeen zwakkere positie. De praktijk van deze 'informele instanties' is in eerste instantie gericht op bemiddeling en compromis.

7. Deze tendens zet zich voort in de bereidheid om procedures, als ze eenmaal bij het gerecht aanhangig zijn, op minder kostbare en langdurige wijze af

te handelen. Bij de Duitse rechtbanken gaat men in bijna 50% van alle contentieuze zaken (zonder echtscheidingen) in hoger beroep, bij de kantongerechten in rond 30%, in Nederland zijn de vergelijkbare percentages 12% resp. 6%. Mede de grotere waarschijnlijkheid dat de collega's bij het hof het geval in tweede instantie nog eens zullen behandelen, wordt ook de noodzaak van procedureel zorgvuldigheid en uitgebreide motivering van het vonnis groter. De Duitse 'Gründlichkeit' vindt zo haar institutionele bevestiging in de appellatiefrequentie.

8. Een bijzonder duidelijk voorbeeld van de voorkeur zelfs van de professionele 'aanbieders van recht' is de ontwikkeling van het 'kort geding' bij de presidenten van de rechtbanken.⁵ Deze procedure, die maar een klein gedeelte uitmaakt van de dagelijkse routine bij de civiele rechtspraak (ongeveer 6% van de contentieuze geschillen bij rechtbanken en kantongerechten samen), heeft in de media meer en meer de beeldvorming van justitie bepaald. Dit is niet zondan eigenbelang van de presidenten. Hoewel rechters in eerste aanleg, hebben zij met hun kort-geding-uitspraken een grote invloed op de rechtsvorming kunnen uitoefenen. Kort-geding-jurisprudentie wordt niet alleen in de professionele bladen gepubliceerd en geannoteerd, maar ook door de massamedia belicht. Dit heeft te maken met de doorzichtigheid van de procedure: beide partijen geven hun pleidooi mondeling op een zitting en de presidenten zijn vrij de procedure en de bewijslast te bepalen al naar gelang de spoedeisendheid van het geding. De uitspraak volgt meestal binnen twee weken – voor de journalisten dus een mooi evenement dat binnen het bereik van het geheugen van de krantelzezer valt. Uitspraken in kort geding hebben naast het uitzicht dat zij bieden op succeskansen in een bodemprocedure, ook tot taak de belangen van beide partijen in een voorlopige voorziening te beoordelen. Dit geeft de rechter de mogelijkheid het conflict in een bredere sociale samenhang te plaatsen dan op basis van een normale dagvaarding. Het is dus voor de presidenten een middel bij uitstek om niet alleen als 'subsumptie-automaat van het positieve recht' op te treden, maar om als 'kadi' hun functie als 'bewaker van de sociale gerechtigheid' te demonstreren.

De procedurele informaliteit die de werkwijze van de rechterlijke macht in Nederland kenmerkt, heeft dus materieelrechtelijke gevolgen. Hier zij nog een benadrukt dat in het algemeen de zuinigheid met het beroep op de rechter niet een geringere regeldichtheid inhoudt. Integendeel, de voorgerechtelijke bemiddelingsinstanties behandelen zelfs een groter aantal conflictsituaties. Deze worden alleen meer door informele (voor)procedures gefilterd dan in de Bondsrechtelijke publiek het geval is.

Nederland geldt van oudsher als een land met een laag criminaliteitsniveau. In de twee decennia van 1965 tot 1985 is het Nederlandse criminaliteitscijfer echter sterk gestegen. Inmiddels is sprake van een stabilisering op het niveau van de Europese buurlanden. Deze stijging binnen korte tijd van laag naar ' normaal' heeft ervoor gezorgd, dat het huidige peil in de publieke opinie als een verontrustende criminaliteitsexplosie wordt beleefd. De stijging is vooral veroorzaakt door de toename van eigendomsdelicten. De redenen hiervoor kunnen gedeeltelijk door de gelegenheidstheorie worden gegeven: fietsdiefstallen, lediefstal uit auto's en tasjesroof hebben met de grotere hoeveelheid criminele gelegenheden op straat te maken. Zwartrijden hangt samen met de toenemende anonimiteit bij het openbaar vervoer en vernielingen van openbare inrichtingen met het afnemen van de sociale controle. In het voetspoor van deze moderne urbanen verschijnselen zijn echter ook inbraken in huizen en bedrijven en zelfs gewelddadige overvallen toegenomen. Hun stijging sinds 1985 draagt bij tot onrustgevoelens, hoewel de criminaliteitscijfers in hun geheel sindsdien niet meer zijn gestegen.

Tot het begin van de jaren tachtig reageerde het beleid van de overheid inadequaat op de massa's kleine delicten:

- het aantal misdrijven dat ter kennis van de politie kwam, steeg van 283.000 (in 1970) tot 1.074.000 (in 1984);
- het ophelderingspercentage daalde van 40% tot 24%;
- het aantal septs bij het openbaar ministerie nam toe van 27% tot 34%;
- dientengevolge bleef het aantal daders dat strafrechtelijk schuldig verklaard werd bij de rechtbanken tot 1980 bijna constant (\pm 30.000). Sindsdien is het gestegen tot 40.000 in 1984 en 45.000 in 1989.
- Ook het gemiddeld aantal gedetineerden per dag ('dagsterkte') in huizen van bewaring en gevangenis, dat in 1970 met rond 30 per 100.000 van de bevolking (historisch in deze eeuw en in internationaal opzicht) een laagterecord had bereikt, stagneerde in 1980 nog altijd rond 32. Sindsdien is de capaciteit van de gevangenis uitgebreid en steeg de dagsterkte tot 44 in 1985, schommelde weer enkele jaren rond dit aantal en steeg in de jaren negentig verder.

De verschillen tussen de tijdreeksen vormen een voorbeeld van de vertraagde werking van het overheidsbeleid. Tijdens de grootste stijging van de criminaliteit bestond in Nederland een 'mild straffklimaat'. Niet alleen de straftoemeting was lager dan in vele naburige landen, ook de capaciteit van politie en justitie veroorzaakte een grote selectiviteit.⁶ De opsporing door de politie wordt door de capaciteit bepaald en beleidsmatig op zwaartepunten geconcentreerd. De

seponering bij het openbaar ministerie wordt gebruikt om capaciteitsgebreken te overbruggen, en bij het opleggen van vrijheidsstraffen hielden rechters rekening met het beperkte aantal cellen. Het 'opportuniteitsbeginsel' van het Nederlandse strafrecht verleent een handige legitimiteit aan het pragmatisme waarbij de omvang van strafrechtelijke reacties wordt aangepast aan de capaciteiten van het justitieel bedrijf. Volgens deze leer is de overheid door het strafrecht gemachtigd, maar niet verplicht tot straffen.

Meer dan ooit is het strafrecht in de jaren zeventig ook in het licht van instrumentalistische functies gezien. De 'Utrechtse school', die in de opleiding van veel strafrechters en officieren hun bewustzijn heeft gevormd, benadrukt dat alternatieve sancties en maatschappelijk ingebedde reacties de recidive van St vele daders beter voorkomt dan hardhandige en vooral langdurige vrijheidsstraffen. Nederland liep voorop bij de diversificering van het arsenaal van straffen, zoals dit inmiddels internationaal vooral bij jeugdige daders wordt bevordert. De toepassing geschiedt vaak in het voorproces als voorwaarde waarvoor de officieren van een aanklacht voor de strafrechter kunnen afzien en bij sommige instellingen zoals de politie als voorwaarde om van een procesverbaal terecht te zien. Een en ander vindt plaats op betrekkelijk informele wijze. Gedeeltelijk komt zij binnen organisaties tot stand en gedeeltelijk berust zij op lokale afspraken tussen politie en openbaar ministerie. Ook worden afspraken gemaakt op het kader van het 'driehoeksoverleg' met de burgemeesters. Ten slotte is er op pseudo-wetgeving van ministeriële richtlijnen. Pragmatisme ten aanzien van het strafrecht als instrument bij het voeren van 'beleid' staat voorop.

Het achterblijven van justitie bij de stijging van de geregistreerde criminaliteit in de jaren zeventig kan dus enerzijds worden toegeschreven aan ideologische veranderingen binnen de professionele elite, en anderzijds aan de beperkte werkingscapaciteit van een bedrijf dat met de moderne massale criminaliteit niet is meegegroeid.

In de jaren tachtig is hierin verandering gekomen. De overheid heeft een tweesporig beleid gevoerd door aan de ene kant de oorzaken en toename van veel voorkomende criminaliteit door bestuurlijk gecoördineerde preventie aan te pakken en aan de andere kant door het justitieel bedrijf te stroomlijnen. Ook de beleidssepts zonder verdere motivering ('kale septs'), die vooral op capaciteitsargumenten berusten, terug te dringen, zou meer van transacties (schikkingen tegen geld die een procedure voorkomen) gebruik gemaakt moeten worden. Sinds 1984 is de bevoegdheid transacties voor misdrijven voorgerechtlijnd af te doen, wettelijk uitgebreid.

De stroomlijning van het straffen van de kleine maar massale criminaliteit

slechts één aspect van het huidige strengere strafklimaat in Nederland. De toename van lange gevangenisstraffen is een ander facet.

De veranderingen hebben gemeen dat zij op beleidsmaatregelen berusten: institutionele en organisatorische voorzieningen bepalen de werkwijze van de rechterlijke macht. Mede door deze voorzieningen te veranderen (automatisering!), kan de materiële rechtsvinding worden 'gestuurd'.

3. 'Beleid'

'Sturen' is een term uit de instrumentalistische rechtsopvatting. De overheid mag rechters niet 'sturen', zij zijn alleen aan de wet gebonden. De Nederlandse rechtstaal heeft hiervoor een uitweg gevonden met het woordje 'beleid'. Kenmerkend is dat het in zijn volledige betekenisomvang onvertaalbaar blijft in het Duits of Frans; in het Engels heeft het met 'policy' alleen buitenjuridische betekenis. In de Nederlandse rechtstaal wordt het vooral gebruikt in het bestuursrecht: de administratieve rechter beoordeelt de geldigheid van een bestuurlijke beslissing regelmatig op basis van vastgestelde 'beleidslijnen': heeft een gemeente ('binnen de wettelijke grenzen') haar beleid met betrekking tot geluidsoverlast, drugshandel of afwijkingen van het bebouwingsplan vastgesteld en openbaar gemaakt, dan moet zij deze vervolgens als geldende regel aanhouden. Het is duidelijk dat met 'beleid' de marges van de 'wettelijke grenzen' niet alleen worden 'geïnterpreteerd', maar dat zij ruimer of nauwer kunnen worden getrokken. 'Beleid' kan in eigen huis worden geformuleerd, en het is makkelijker informeel te wijzigen dan formele regels. Met 'beleid' kan de uitvoerende macht 'definitieruimte' verwerven. Dat geldt voor gemeentes net zo goed als voor de politie of het openbaar ministerie, voor de sociale dienst evenzeer als voor een universiteit.

Natuurlijk voert ook een gemeente in Duitsland of Frankrijk beleid. Het verschil zit in de motivering. Terwijl het publiekrecht in de buurlanden eist dat een maatregel op geldende wetten en voorschriften 'is te herleiden', kan de Nederlandse jurist naar 'het beleid in het kader van...' verwijzen.

Deze taal is een indicator voor nog andere informaliteiten die ook institutioneel gevestigd zijn. Tot de invoering van de AROB-rechtspraak in 1976 had Nederland geen algemeen geldende administratieve rechtspraak. Nog in 1982 heeft de Europese rechter uitgemaakt dat het instituut van het 'kroonberoep' niet aan de eisen van een onafhankelijke rechtspraak voldoet. Intussen is hierin verandering gekomen, doordat de Raad van State afdelingen voor rechtspraak heeft opgebouwd, die in het kader van het wetgevingsproject 'herziening van de rechterlijke macht' vanaf 1994 door administratieve rechters in twee instan-

ties worden vervangen. De verwachting is dat met deze uitbreiding van rechtsprekende instanties het administratieve recht sterker gedogmatiseerd is geworden, een ontwikkeling die met de invoering van de AROB-rechtspraak is begonnen. De eisen aan een 'behoorlijk beleid' zullen verder worden aanscherpt en de definitieruimte zal worden geformaliseerd en daarmee beperkt.

Gaat de 'informele rechtsstaat der Nederlanden' daarmee verdwijnen? Ja, nee, zoals de ontwikkeling van het klachtrecht die zich gelijktijdig met de bouw van de administratieve rechtspraak voltrekt, duidelijk maakt. Voor de burger die meer en meer bij het ingrijpen van overheden is betrokken, zijn de gelijk met de formele inspraakprocedures bij vele diensten ombudslieden en formele klachtenprocedures ingesteld. Juridisering neemt blijkbaar toe, zowel aan de formele als aan de informele kant.

Noten

1. Zie mijn bijdrage 'Comparing Legal Aid Schemes in Europe' in: *Civil Justice Quarterly* 1989, 106-114.
2. Cp. mijn beschouwing over 'Indikatorenvergleich der Rechtskulturen in der BRD und den Niederlanden', *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (1985), 255-273.
3. Cp. de 'toeristengids' voor de Nederlandse rechtscultuur, door mij, samen met Freek Bruinsma, *Dutch legal culture*, Deventer (Kluwer), 1991.
4. Cp. Jan Verwoerd, *Het beroep op de rechter als laatste remedie*, Diss. VU, Arnhem (Goyens Quint), 1988.
5. Zie E.J.A. Keijser, K.G. Tjoen-Tak-Sen, *De grillige groei van het kort geding*, Arnhem 1989, evenals Freek Bruinsma, *Het kort geding in Amsterdam*, verslag RU Utrecht 1989.
6. Zie de vergelijking met Engeland bij David Downes, *Contrasts in Tolerance*, Oxford 1989, 'Prozeßhäufigkeiten in den Niederlanden und Nordrhein-Westfalen 1970-1984'. In: Blankenburg (red.), *Prozeßflut?* Köln (Bundesanzeiger) 1989.