

# HERSTELRECHT EN CIVILISERING VAN

John Blad<sup>1</sup>

Wordt de strafrechtspleging steeds onbeschaafder en waardoor zou dat komen? Houdt de tendentiële verruwing van het strafrechtelijk ‘bedrijf’ verband met die aanduiding van de institutie van het strafrecht, waarin instrumentele doelmatigheid prevaleert boven waarde-expressie en hoe? Als er sprake lijkt te zijn van een zekere tendens tot decivilisering, in hoeverre en hoe kan het hanteren van herstelrecht dan een bijdrage leveren aan een ommekeer naar meer beschaving in de strafrechtspleging? Kan (her-)beschaving van het strafrecht door inzet van herstelrechtelijke praktijken ook bijdragen aan doelmatigheid? Dit zijn de vragen die in deze bijdrage zullen worden verkend in een poging de intuïtie uit te werken, dat het herstelrecht een beschavingsbeweging voor het strafrecht zou kunnen zijn<sup>2</sup>.

## Hoofdstuk I

### STRAFRECHT EN BESCHAVING

Het is zeer aannemelijk dat het strafrecht als institutie een belangrijke bijdrage heeft geleverd aan de beschaving van de gehele Europese bevolking gedurende het lange proces van (nationale) staatsvorming en het ontstaan en consolideren, in dat kader, van een centraal geweldsmonopolie van de staat. Deze staat werd daarbij ook omgevormd tot een rechtsstaat, mede door middel van het legaliteitsbeginsel dat het strafrecht regeert en dat de staat in zijn machtsuitoefening normeert. Door het effectueren van een geweldsmonopolie ontstond in dit lange beschavingsproces een steeds grotere en stabielere geweldsvrije samenleving, waarin burgers – in toenemende mate beschermd door en onderworpen aan het recht – niet alleen in rechtsbetrekkingen maar ook in sociaal-economische betrekkingen konden leren rekening met elkaar te houden in steeds langere ‘ketens van wederzijdse afhankelijkheid’, bedachtzaam te zijn op gevolgen van het eigen handelen voor zichzelf en anderen en zelfbeheersing op te brengen<sup>3</sup>. In toenemende mate komt de mens in een situatie waarin hij leert na te denken over gevolgen van het eigen momentane handelen ‘op afstand’, meerdere schakels in de keten verder: hij heeft daar ook de rust en de veiligheid voor. Zowel de ‘psychogenese’ als de ‘sociogenese’ van de beschaafde burger gingen samen met diens ontwikkeling tot

<sup>1</sup> Hoofddocent Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam, hoofdredacteur Nederlands-Vlaamse Tijdschrift voor Herstelrecht.

<sup>2</sup> Deze beschouwing is een bescheiden, eerste denkoefening voor de redactionele bijdragen aan het internationale boek dat de auteur in voorbereiding heeft, samen met David Cornwell en Martin Wright, onder de titel *Civilising Criminal Justice*.

<sup>3</sup> N. ELIAS, *The civilising process. Sociogenetic and Psychogenetic Investigations*, Revised edition edited by E. DUNNING, J. GOUDSBLOEM and S. MENNEL, Oxford, Blackwell Publishers, 2000, 370-373.

een rechtssubject onder het geweldsmonopolie dat zelf ook weer onderworpen is aan het recht. Van groot belang is dat Elias er op wijst dat de zelfbeheersing van de burger ‘dispassionate’ wordt en zich modelleert naar de aan de mens externe processen van beheersing, die een toenemende mate van differentiatie van onderling verbonden functies laten zien waardoor een ‘dense web of interdependencies’ ontstaat dat evenwichten zoekt en bewaakt en dat ongecontroleerde uitbarstingen van affecten tegengaat. In de situatie zonder geweldsmonopolie brachten de onzekerheden en onvoorspelbaarheden van het leven met zich mee dat men zich kon overgeven – en zich als verliezer wel over moest geven – aan ‘extreme cruelty’ en als overwinnaar aan ‘extreme enjoyment of pleasures’: wilde of kon men dat niet dan was er nog de optie van ‘extreme ascetism’<sup>4</sup>. Als deze door Hobbes als natuurtoestand aangeduide situatie langzamerhand wordt beëindigd door het geweldsmonopolie verplaatst de gepacificeerde externe oorlog van allen tegen allen zich naar een permanente interne strijd om passies te beheersen die zich tegen die beheersing verzetten (drive-satisfaction versus drive-control)<sup>5</sup>. In zijn Freudiaanse analyse duidt Elias een geslaagde individuele beschaving aan als een gedragspatroon waarmee enerzijds aan alle functionele verwachtingen, gesteld aan een volwassene (in de maatschappelijke ketens van wederzijdse afhankelijkheid), wordt voldaan en anderzijds voldoende persoonlijke bevrediging van behoeften wordt bereikt. De beschavende socialiseringsprocessen waarin de mens tot wording komt zijn echter nooit volledig, noch permanent effectief en egocentrische affecten kunnen nogal eens ten koste van de medemens worden uitgeleefd. Indien de gevolgen ernstig zijn kunnen er strafrechtelijke consequenties aan worden verbonden als de wetgever deze mogelijkheid vooraf heeft voorzien. Dit kan het bedachtzame rechtssubject weten en zo heeft het legaliteitsbeginsel niet alleen een normerende kracht ten opzichte van de staatsmacht, maar potentieel ook ten aanzien van de gedragskeuzen van het rechtssubject, waardoor sprake is van een zekere instrumentele waarde van het strafrecht. Deze dubbele functie van het legaliteitsbeginsel kenmerkt ook alle overige beginselen van het klassieke strafrecht dat rond 1800 begon te worden geïnstalleerd in heel Europa: het gelijkheidsbeginsel, het personaliteitsbeginsel, het publiciteitsbeginsel, het beginsel van proportionaliteit en dat van de subsidiariteit. Zij maakten allen het strafrecht voorspelbaarder, meer beheerst en *tegelijk* meer doelmatig<sup>6</sup>. De tortuur en de geheime strafprocesvoering verdwenen in het kader van de publieke controlebaarheid en *tegelijk* grotere doelmatigheid van de machtsuitoefening en de lijfstraffen, maar ook enkele andere overmatige en beslist ondoelmatige straffen zoals de burgerlijke doodverklaring en de algehele confiscatie van het vermogen werden afgevoerd. De vrijheidsstraf begon langzaam de doodstraf te verdrijven maar de algemene cultuur- en rechtsontwikkeling bracht ook een zekere milderding aan in het gebruik van de vrijheidsstraf en de wijze van tenuitvoerlegging. In straftheoretische termen ging er een milderende invloed uit van het klassieke

<sup>4</sup> *Idem*, p. 373.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 375.

<sup>6</sup> Zie L. DUPONT, *Beginselen voor een behoorlijke strafrechtsbedeling*, Antwerpen/Arnhem, Kluwer/Gouda Quint, 1979.

vergeldingsdenken dat zich op de (mate van) schuld van de veroordeelde baseerde en de proportionaliteit zocht tussen die schuld (en de schadelijke gevolgen van het delict) en de op te leggen straf. Zeker in Nederland lijkt die milderende werking sterk te zijn geweest, wellicht vooral onder invloed van het christelijk-humanistisch Utrechtse School denken, waardoor dat land aan het begin van de jaren 1970 kon bogen op de kleinste gevangenispopulatie ter wereld<sup>7</sup>. Het utilitarisme leidde op den duur tot een dominante oriëntatie op resocialisatie en re-integratie van veroordeelden als nuttige leden van de samenleving, waarvan ook een beperkende werking uitging op neigingen tot overmatige strengheid. Onder invloed van de ontwikkeling van de menswetenschappen werden voorwaardelijke modaliteiten van de straf aanvaard en alternatieve sancties, die werden herkend als van belang voor de vermindering van de (sociale) kosten van de vrijheidsstraf, daar waar deze niet evident noodzakelijk lijkt. Differentiatie van de strafrechtelijke regimes voor jeugdigen en personen met ernstige stoornissen maakte het strafrecht tendentieel genuanceerder en tegelijk doelmatiger.

In zijn naschrift (1968) benadrukt Norbert Elias het nauwe verband tussen ‘innerlijke’ en ‘uiterlijke’ beschaving en de verwerping van het mensbeeld van de ‘closed personality’ (het autarke subject dat aan zichzelf genoeg heeft) ten faveure van de mens als een “open personality who possesses a greater or lesser degree of relative (but never absolute and total) autonomy vis-à-vis other people and who is (...) fundamentally orientated towards and dependent on other people throughout his or her life. The network of interdependencies among people is what binds them together.”<sup>8</sup> Het open, relationele mensbeeld dat ook aan de basis ligt van de relationele rechtstheorie.

In beschavende netwerken van interdependentie, zo zou men kunnen concluderen, is sprake van een grote differentiatie van functies en van complexiteit van elkaar kruisende ketens van wederzijdse afhankelijkheden en daarmee van (de noodzaak tot) bedachtzaamheid, voorzichtigheid en voorzorg, mogelijk gemaakt door een afstandelijke blik op de netwerken en ketens en door besef van de eigen plek(ken) en functionele rol(len) daarin.

## Hoofdstuk II

### HET TENDENTIEEL VERLIES AAN BESCHAVING IN DE STRAFRECHTSPLEGING

Norbert Elias' analyse betreft een proces van vele eeuwen waarin de ontwikkelingen niet permanent en eenduidig progressief waren maar soms ook regressief. Toch was het ongeplande resultaat op lange termijn dat van een verhoogd beschavingsniveau.

<sup>7</sup> Zie S. VAN RULLER, “Honderd jaar vrijheidsbeneming in cijfers” in D.H. DE JONG, J.L. VAN DER NEUT, J.J.J. TULKENS (red.), *De vrijheidsstraf*, Arnhem, Gouda Quint, 1986, 57-76.

<sup>8</sup> N. ELIAS, *o.c.*, p. 481.

Als we in deze bijdrage willen spreken van een mogelijk verlies aan beschaving in de strafrechtspleging dan kan dat niet anders dan zoekend zijn, want het duiden van ontwikkelingen waar men zelf midden in zit is bijzonder hachelijk. Men kan zijn eigen analyse maar baseren op documentair bewijs dat men al dan niet toevallig aantreft en relevant lijkt voor een intuïtieve evaluatie, die onvermijdelijk interpretatief en subjectief is. Maar men kan proberen zijn interpretatie intersubjectief aanvaardbaar te maken. Indachtig Elias' analyse kan verlies aan beschaving alleen maar een proces zijn van ruimere sociaal-economische en culturele aard dat zich via het *gebruik* van het strafrecht manifesteert. Het gaat er niet om dat er inherente, onveranderlijke kenmerken van het strafrecht zouden zijn die vanuit dat strafrecht zelf verloren zouden gaan ('het strafrecht' is immers geen actor), maar dat ruimere en langdurige processen een zekere verruiming met zich mee brengen waardoor het strafrecht bepaalde functies krijgt, of in bepaalde functies wordt benadrukt, terwijl andere functies verwateren of zelfs teloor gaan. Materieel zou men kunnen denken aan de mate waarin de strafrechtspleging (nog) gebaseerd is op bedachtzaamheid, voorzichtigheid en voorzorg, die bevorderd worden door institutionele, afstandelijke deliberatie over alle belangen die op het spel staan bij het gebruik van het geweldsmonopolie dat in het strafrecht is ondergebracht. In hoeverre zijn er ontwikkelingen geweest die de onderlinge *checks-and-balances* tussen strafrechtelijke organen hebben veranderd, ondermijnd of zelfs weggenomen en in hoeverre is hierdoor de situatie ontstaan waardoor het strafrecht zelf geen institutionele rem meer zou kunnen zijn op spontane oprispingen van wreedheid en hardvochtigheid, maar juist *een wijze van uitleven* daarvan? Zorgelijk is in dit verband in Nederland de vervanging van de traditionele doctrine van de 'fluwelen handschoen' ten aanzien van het openbaar ministerie door het principe van directe politieke aansturing<sup>9</sup>, gekoppeld aan de toekenning – voor het eerst in onze rechtsgeschiedenis – aan het OM van een zelfstandig recht om verdachten te straffen (door middel van de strafbeschikking). Door het onbeperkte aanwijzingsrecht van de minister komt de hantering van *deze* strafmacht indirect in handen van de minister, die zich misschien niet de grootste zorgen maakt over rechtsstatelijke en functionele aspecten van strafrechtspleging, maar wel over zijn politiek-democratische rugdekking in het parlement. Verkleint de onbeperkte aanwijzingsbevoegdheid de professionele speelruimte van het openbaar ministerie, de aanstaande invoering van – onder bepaalde condities – verplichte minimumstraffen doet hetzelfde ten aanzien van de zittende magistratuur. Het interne vermogen tot tegenspraak – en tot het nemen van tijd en ruimte voor diep overleg – in de strafrechtspleging wordt door zulke ontwikkelingen tendentieel of actueel ondermijnd. In dit verband kan ook naar voren worden gebracht dat, terwijl de grenzen van het materiële strafrecht

<sup>9</sup> Door de herziening van de Wet Rechterlijke Organisatie van 1999, waarbij in art. 127 RO een onbeperkte (zowel positieve als negatieve) aanwijzingsbevoegdheid is gegeven aan de minister van Justitie. Zie hierover meer in J.R. BLAD & H. DE DOELDER, "Rechtshandhaving door het Openbaar Ministerie" in *Strafrechtelijke Rechtshandhaving, Aspecten en actoren voor het academisch onderwijs belicht*, 2<sup>e</sup> druk, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 105-131. Het hoofdstuk behandelt ook kort de strafbeschikking, die nader wordt beschouwd door A.R. HARTMANN, "De procespositie van de verdachte en de Wet OM-afdoening: een passende verandering?" in hetzelfde boek, 133-155.

steeds ruimer worden getrokken, hier en daar vervagen en zelfs vermoedelijke intenties in bepaalde gevallen strafrechtelijk relevant zijn geworden, het strafprocesrecht in zekere mate wordt gedeformaliseerd: Mevis noemt dit laatste een teken van een terugtrekkende wetgever – waardoor de rechter in de steek wordt gelaten en in legitimiteitsproblemen wordt gebracht<sup>10</sup> – maar beter kan dit worden gezien als actief en doelbewust handelen van de wetgever, dat politieke sturing van de strafrechtspleging beter mogelijk maakt dan strikte binding aan legaliteit. Zoals Klip<sup>11</sup> opmerkt, wordt door de al maar groter wordende strafmacht de noodzaak keuzen te maken in de rechtshandhaving alsmat groter, omdat men nu eenmaal niet op alles strafrechtelijk kan reageren, maar deze keuzen worden nu niet meer gemaakt in transparante wetgeving, op grond van een publiek democratisch en navolgbaar debat, maar in het feitelijke beleid van opsporing en vervolging.

### Hoofdstuk III

#### STRAFRECHTELIJK INSTRUMENTALISME

Deze ontwikkelingen kunnen goed verstaan worden als gevolgen van de toenemende instrumentalisering van het strafrecht sinds het midden van de jaren 1980, die door Foqué (samen met A.C. 't Hart) als een fundamenteel probleem is geanalyseerd en gekritiseerd vanuit de door hen bepleite relationele rechtsopvatting<sup>12</sup>. Daarin behoort het recht de grondslagen te bevatten en te bewaken voor de democratische rechtsstaat als evenwichtig samenlevingsmodel, gericht op de realisering van gelijkwaardige vrijheid en participatie van alle rechtssubjecten. In de woorden van A.C. 't Hart ging het de grondleggers van het moderne, rechtsstatelijke recht, er om: “een constructie te maken waarin de macht verdeeld zou zijn over verschillende elkaar wederkerig erkennende participanten en waarin het recht in de eerste plaats zou dienen als de structuur welke de relatie tussen die participanten aan de macht construeert. Het recht is dan geen puur instrument van machtsuitoefening, maar het wordt opgevat als een relatiepatroon (...) waarin een omvattend structureel evenwicht tot uitdrukking komt waarbinnen de machtsuitoefening ingeperkt en gekanaliseerd kan worden.”<sup>13</sup> Voor zover het strafrecht in deze visie instrument is of kan zijn, is het dat ter bewaring van het omvattende structurele evenwicht op de lange termijn, ter handhaving van het contrafaktisch rechtsmodel van de democratische rechtsstaat, als expressie van een ethisch-politiek ideaal, waarin elk rechtssubject gelijkelijk in zijn rechten en vrijheden wordt beschermd, zowel in de horizontale rechtsbetrekkingen tot andere burgers als in de verticale rechtsbetrekkingen tot overheden en vanuit die situatie kan participeren in de inrichting van de maatschappij. Instrumentaliteit en rechtsbescherming

<sup>10</sup> P.A..M. MEVIS, “De positie van de strafrechter” in J.R. BLAD, *Strafrechtelijke Rechtshandhaving*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2008, 177-218.

<sup>11</sup> A.H. KLIP, “Totaalstrafrecht”, *DD* 2010, 34, 588.

<sup>12</sup> R. FOQUÉ & A.C. 'T HART, *Instrumentaliteit en Rechtsbescherming*, Arnhem/Antwerpen, Gouda Quint/Kluwer, 1990.

<sup>13</sup> A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en Rechtshandhaving*, Arnhem, Gouda Quint, 2004, 210.

zijn dan niet van elkaar los te denken: de rechtsbescherming *is* instrumenteel<sup>14</sup>. Maar het is wel een instrumentaliteit die politieke korte termijn doelstellingen verre overstijgt en deze laatste zou moeten normeren. Het gaat om een rechtspolitiek op lange termijn.

Door de strafrechtspolitieke beslissingen op korte termijn lijkt er echter een steeds grotere dominantie te zijn ontstaan van het strafrechtelijk instrumentalisme als oriëntatiekader voor het hanteren van strafrecht. Hierin worden rechtsbescherming en instrumentaliteit als elkaars tegendelen gezien en gaat het om het realiseren van feitelijk-politieke doelstellingen met de middelen van het strafrecht, waaronder de eigen herverkiezing als politicus een prominente plaats lijkt in te nemen.

Onder instrumentalisme verstaan Foqué en 't Hart de visie "*waarin het strafrecht uitsluitend wordt opgevat als een specifiek dwangmiddel om een bepaald maatschappelijk doel te bereiken: een doel dat, extern aan het strafrecht, politiek bepaald wordt en in een omvattender beleid wordt uitgewerkt*"<sup>15</sup>. Omdat deze definitie in het onderwijs nogal wat onduidelijkheden opriep heeft Blad het strafrechtelijk instrumentalisme nader omschreven als "*het overschrijden van de inherente grenzen van de strafrechtelijke instrumentaliteit, zodanig dat de bescherming van de individuele burger tegen maatschappij en overheid wordt verzwakt*."<sup>16</sup>

Bij de overschrijding gaat het dan om twee typen van grenzen. Ten eerste functionele grenzen aan de veronderstelde instrumentaliteit van de straf: als gedragsbeïnvloedingsinstrument heeft strafdreiging en strafoplegging maar een zeer beperkt vermogen dat bovendien afhangt van vele maatschappelijke condities die niet door het strafrecht kunnen worden geraakt. Bovendien zijn er altijd negatieve latente effecten van strafrechtelijke repressie en zelfs contraproductieve effecten komen voor. Maar hierbij wil men zich niet meer neerleggen. De gedachte dat er inherente grenzen zijn aan de instrumentaliteit van het strafrecht brengt met zich mee dat de overschrijding van die grenzen dus aan die instrumentaliteit niets toe kan voegen en alleen maar kosten met zich mee brengt in termen van verlies aan rechten en vrijheden, waartegenover geen baten kunnen staan van verhoogde veiligheid (in termen van reductie van criminaliteit).

Ten tweede zijn er ethisch-normatieve grenzen die uit het 'maatschappelijk verdrag' voortvloeien dat – in de relationele rechtstheorie althans – het strafrecht fundeert: met name de garantie van de persoonlijke vrijheidssfeer en de menselijke gelijkwaardigheid. Een eenzijdige nadruk op 'horizontale bescherming' van burgers tegen criminaliteit, en in toenemende mate ook 'overlast' en zelfs gevoelens van onveiligheid (soms zonder objectieve grond) gaat in het instrumentalisme gepaard met een verzwakking van niet alleen de 'verticale rechtsbescherming' (tegen de overheid) maar ook van de meer subtiele rechtsbescherming tegen onderdrukkend taalgebruik en discriminerende stereotyperingen, die zich onder

<sup>14</sup> R. FOQUÉ & A.C. 'T HART, "Strafrecht en beleid: de instrumentaliteit van rechtsbescherming" in C. FIJNAUT & P. SPIERENBURG (red.), *Scherp Toezicht*, Arnhem, Gouda Quint, 1990, 181-218.

<sup>15</sup> R. FOQUÉ & A.C. 'T HART, o.c., voetnoot 13, 194.

<sup>16</sup> J.R. BLAD, "Strafrechtelijke Rechtshandhaving" in J.R. BLAD (red.), *Strafrechtelijke Rechtshandhaving*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2008, 38.

de bevolking ontwikkelen maar in het beleidsdiscours doorklinken en vooral bepaalde bevolkingsgroepen betreffen ('Antillianen', 'Marokkanen', 'Zigeuners', 'Straatterroristen')<sup>17</sup>. Bijzonder in het huidige tijdsgewricht is dat politici en beleidsmakers niet meer – zoals tot aan de jaren 1980 – afstand houden van negatieve stereotyperingen en door het volk geconstrueerde 'folk devils' en ze proberen te neutraliseren, maar deze overnemen als beelden en gevoelens waar de burger 'recht op heeft'<sup>18</sup>. Het strafrechtelijk instrumentalisme kadert in de ontwikkeling van een dominante 'veiligheidscultuur', waarin het vooral gaat om de bescherming van de goed geïntegreerde delen van de bevolking tegen de minder goed opgenomen en meer kansarme groepen, waarvan bedreigingen voor de (objectieve dan wel subjectieve) veiligheid worden waargenomen<sup>19</sup>.

Een in de strafrechtssociologische literatuur prominente verklaringsthese voor deze ontwikkeling – die zich in een groot deel van de westerse wereld manifesteert – luidt dat ingrijpende en complexe, technische, politieke, sociaal-economische en culturele veranderingen in de laatmoderne westerse samenlevingen traditionele zekerheden en vormen van sociale controle hebben ondermijnd. Hierdoor zijn de situationele en sociale controle verzwakt terwijl er door de gestegen welvaart meer mogelijkheden zijn tot criminele activiteit. De nationale staat, die een groot deel van zijn legitimiteit traditioneel ontleent aan bescherming van zijn onderdanen tegen criminaliteit, stuit hier op een toenemend onvermogen om die verwachting waar te maken en politici worden daarmee geconfronteerd<sup>20</sup>. Politici en beleidsmakers hebben hierop volgens Garland gereageerd op twee verschillende manieren tegelijk: met rationele *aanpassingen* van de strafrechtelijke systemen teneinde meer criminaliteit effectiever en efficiënter te behandelen enerzijds, en anderzijds door (irrationele) *ontkenning* van het zeer beperkte vermogen werkelijke bescherming (langs de strafrechtelijke weg) te bieden.

## Hoofdstuk IV

### CONDITIES EN UITINGEN VAN VERRUWING

In de context van deze bijdrage is het vooral van belang te wijzen op de aanwijsbare vormen van verharding van het strafrecht, en de mogelijkheden tot wreedheid die de bovenomschreven ontwikkelingen met zich meebrengen. Jonathan Simon spreekt met betrekking tot de toegenomen punitiviteit in de Verenigde Staten van een kennelijk steeds meer aanvaarde 'entitlement to cruelty': wreedheid omschrijft hij als de "trend towards penalties that are painful, vengeful, and

<sup>17</sup> A.C. 't Hart heeft in het essay "Strafrecht: de macht van een verhaalstructuur" (in: E. André de la Porte (red.), *Bij deze stand van zaken*, Arnhem, Gouda Quint, 1983, 181-218) laten zien hoe dit soort taalgebruik groepen kan stigmatiseren en degraderen en vatbaar maken voor manipulaties, waarbij hun gelijkelijke bescherming door het recht wordt ontnomen, welke zonder die stigmatisering niet zouden worden geaccepteerd.

<sup>18</sup> S. HALLSWORTH, "Rethinking the punitive turn, Economies of excess and the criminology of the other", *Punishment & Society*, 2000, vol. 2 (2), 145-160.

<sup>19</sup> R. VAN SWAANINGEN, "Beginselen van strafrecht in een risicomaatschappij" in J.R. BLAD & P.A.M. MEVIS (red.), *Het gelijkheidsbeginsel*, Deventer, Gouda Quint, 1997, 53-68.

<sup>20</sup> D. GARLAND, *The Culture of Control*, Oxford, Oxford University Press, 2001. Ook zeer belangrijk en invloedrijk is het essay van D. GARLAND, "The limits of the sovereign State", *The British Journal of Criminology*, 1996, 445-465.

destructive for life chances. By cruelty I also mean to foreground a feature of the public presentation of these penalties as something more than a belief in the necessity of harsh punishments to provide some crime control benefit, or even to satisfy some philosophically abstracted notion of retribution. By cruelty I mean satisfaction at the suffering implied by, or imposed by, punishment upon criminals, as well as emotions of anger and desire for vengeance taking violence”<sup>21</sup>. De wrede vormen van strafrechtstoepassing die hij aan de orde stelt zijn de doodstraffen (die tegenwoordig ook verdedigd worden om het slachtoffer de mogelijkheid tot ‘closure’ te bieden), de steeds langere vrijheidsstraffen die worden opgelegd (onder invloed van ‘3-strikes’-wetgeving zelfs voor relatief kleine delicten) die hij als ‘life-thrashing sentences’ omschrijft en de ‘potpourri’ van sancties die op beschaming (‘shaming’) zijn gericht (zoals de werkzaamheden in een als zodanig kenbare ‘chain gang’).

Tendensen tot publieke beschaming doen zich ook in Nederland voor, zoals onder andere blijkt uit de invoering van felgekleurde hesjes, die door taakgestraften tijdens hun opgelegde werkzaamheden gedragen zullen gaan worden, opdat het publiek weet dat zij *voor straf* werken<sup>22</sup>. Ernstiger is de tendens tot steeds langere vrijheidsstraffen – straks in bepaalde gevallen verplicht op te leggen – die zich ook uit in een spectaculaire groei van de opgelegde levenslange gevangenisstraffen. Boutellier signaleert een ontwikkeling naar een ‘urgent strafrecht’, vooral gericht op afschrikking en onschadelijkmaking<sup>23</sup>, maar Klip stelt de ontwikkeling aan de orde als een tendens naar ‘totaalstrafrecht’, “een strafrecht met ferme straffen, dat altijd, en overal, moet.” Ingevoerd door een politieke elite die uitsluitend geïnteresseerd is in het punitieve, in de straf, maar niet in het recht en die het liefst zelf op de stoel van de rechter plaats wil nemen<sup>24</sup>. Van het genuanceerde schuldstrafrecht gaat de Nederlandse wetgever, aldus Klip, terug naar een Middeleeuws ‘daadstrafrecht’ waarin alleen de ernst van het delict telt. Groenhuijsen, in zijn bespreking van het wetsvoorstel van het Kamerlid De Roon inzake de wijziging van het sanctiestelsel, de leeftijdsgrenzen in het strafrecht en aanscherping van de bepalingen inzake voorlopige hechtenis, concludeert dat het hier gaat om een vertaling van een partijpolitiek programma naar *het gehele terrein van de strafrechtspiegeling*, zonder inhoudelijke toelichting of rechtvaardiging: “Drastische verhoging van de maximumstraffen over bijna de hele linie, het invoeren van substantiële tot torenhoge minimumstraffen, het aantasten van de fundamenten van het jeugdstrafrecht en het invoeren van verplichte voorlopige hechtenis bij grote reeksen misdrijven.”<sup>25</sup> Claessen wijst in zijn recente dissertatie, waarin een mystiek-ethische tegenaanval wordt gedaan, op een “ongeëvenaard punitief strafklimaat

<sup>21</sup> J. SIMON, “Entitlement to cruelty: the end of welfare and the punitive mentality in the United States” in K. STENSON & R.R. SULLIVAN (eds.), *Crime, Risk and Justice: the politics of crime control in liberal democracies*, Cullompton, Devon, Willan Publishing 2001, 125-143, 87.

<sup>22</sup> F. JENSMA, “Het daderhesje deugt niet”, *NRC-Handelsblad* 5 augustus 2011.

<sup>23</sup> H. BOUTELLIER, *De Veiligheidsutopie, Hedendaags onbehagen en verlangen rond misdaad en straf*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2002, 111 e.v.

<sup>24</sup> A.H. KLIP, *o.c.*, p. 592.

<sup>25</sup> M.S. GROENHUIJSEN, “Wijziging van het sanctiestelsel, wijziging van de leeftijdsgrenzen in het strafrecht en aanscherping van de bepalingen inzake voorlopige hechtenis”, *DD* 2010, 9, 105-118.



en verschraling van het penitentiair recht”<sup>26</sup>. Kelk spreekt in een nog recentere publicatie – de ontwikkelingen waar het hier over gaat overziende – zonder reserve over de teruggang ‘van humaan naar hardvochtig’<sup>27</sup>.

De kennelijke mentaliteitsverandering, waarin de behoefte aan bevrediging door wrede, wraakzuchtige bestraffing zich uit en aanvaard raakt, onderzoekt Simon langs twee wegen. Ten eerste stelt hij zich de vraag of en in hoeverre de door Durkheim veronderstelde evolutie van mechanische naar organische solidariteit zich nu in omgekeerde richting voor zou kunnen doen: “The bloody rituals of the scaffold reflected the characteristics of the conscience collective under mechanical solidarity. Under conditions of organic solidarity justice is increasingly reconceived as restitutive. There is less intense collective emotion and what there is valorizes things like individuality, rationality and choice, which mitigate against cruelty”<sup>28</sup>. In de postmoderne condities van globalisering en de-industrialisering lijkt het hem mogelijk, dat de nieuwe wreedheid een van de manieren is om ‘neomechanische solidariteiten’ te smeden. Daarbij wijst hij op de straatcultuur van sommige jongerengroepen uit sociale onderklassen maar ook op de Californische voorstanders van de ‘3 strikes’-wetgeving: deze waren vooral te vinden onder degenen “who feared the breakdown of a common moral order as reflected in the family or in the demographic make-up of the state (...)”<sup>29</sup>.

Ten tweede probeert hij een verklaring te zoeken in termen van Elias’ civiliserings-theorie. Zijn er tekenen van een zekere de-civilisering en van afname van schaamte en gène bij het uitdrukken en uitgedrukt zien van wreedheid? Elias poneerde een homologie tussen psychische orde en zelfbeheersing enerzijds en sociale orde en controle anderzijds en dit veronderstelt een nauwe betrokkenheid van het individu op de samenleving. Als burgers zelfbeheersing tonen en de bevrediging van bepaalde ‘onbehoorlijke’ behoeften opgeven dan moet dat wel wijzen op een zekere solidariteit met de medeburgers en de bereidheid de verplichtingen aan te gaan die daarmee samenhangen: de welvaartstaat werd hierdoor bevorderd en beloonde die solidariteit ook met goede en betrouwbare zorg bij rampen in het individuele leven. Maar: “The larger political and economic strategies of neoliberalism tend to place many of the burdens back on individuals. What remains of organized forms of social solidarity is further problematized by increased immigration and growing fragmentation of the society into geographically segregated class and race enclaves. These changes may be breaking down the psychical equilibrium that the civilising process presupposed”<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> J. CLAESSEN, *Misdaad en straf, Een herbezinning op het strafrecht vanuit mystiek perspectief*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2010, 100.

<sup>27</sup> C. KELK, “Strafrecht in de maalstroom van de tijd: van humaan naar hardvochtig” in T. SPAPENS, M. GROENHUIJSEN, T. KOIJMANS (red.), *Universalis, Liber Amicorum Cyrille Fijnaut*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 153-166.

<sup>28</sup> J. SIMON, “Entitlement to cruelty: the end of welfare and the punitive mentality in the United States” in K. STENSON & R.R. SULLIVAN (eds), *Crime, Risk and Justice: the politics of crime control in liberal democracies*, Cullompton, Devon, Willan Publishing 2001, 125-143, 97.

<sup>29</sup> *Idem*.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 95. H. Boutellier merkt in dit verband – zonder er veel aandacht aan te schenken – op dat ook in Nederland de criminaliteit ‘een kleur’ heeft gekregen. Zie H. BOUTELLIER, “De veiligheidsutopie. Over vitaliteit, bescherming en burgerschap”, *webdocument*.

Pratt, eveneens in een op Elias gebaseerde beschouwing over de-civilisering, brengt naar voren dat de theoretici van de ‘risico-samenleving’ hebben laten zien dat de ‘netwerken van interdependentie’ in dat type samenleving diepgaand zijn veranderd en vooral onzekerder – en meer vloeibaar – zijn geworden: “It is as if all the road maps of everyday life which the state had previously drawn up on our behalf have been removed: in the new ones that replace them, the state only sketches in vague landmarks around which we must then undertake our own cartography”<sup>31</sup>. Onze situatie van groeiende onzekerheden over onze identiteit en de daaraan bijdragende vervaging of zelfs opheffing van netwerken van wederzijdse afhankelijkheden bevorderen de constructie van “common, easily identifiable enemies who seem to put us further at risk, whether these be particular types of criminal or new categories of unwanted citizens, such as refugees (....). Under these circumstances, the habitus of self-restraint begins to give way to more unrestrained outlets of emotion, as all the assurances which had allowed us to take uncertainties and vicissitudes in our stride, or to tolerate those whose conduct or character seemed undesirable, begin to unravel. Indeed, we now live in an era of road rage, hospital rage, and so on – as if, without the social solidity of the pre-1970 period, *ad hoc* outbursts of anger can now become our response to delays, frustrations, and inconveniences; and a new intolerance – zero tolerance – of those not making a contribution to social wellbeing”. Pratt is stelliger dan Simon: “There is less self-restraint on the part of individuals but a simultaneous yearning for stronger and clearer responses from the state”<sup>32</sup>.

Politieke elites – en niet zozeer de bureaucratische en professionele groepen werkzaam in het strafrechtelijk systeem<sup>33</sup> – hebben op deze aandrang tot hardere maatregelen tegen criminaliteit en onveiligheid echter niet met rationele zelfbeheersing gereageerd maar zijn meegegaan in de populaire ontwikkeling van wat Garland genoemd heeft de ‘criminology of the other’, die een vrijbrief geeft voor een agressieve, populistische strafpolitiek. Garland omschrijft de criminologie van ‘de ander’ als een “criminology of the alien other which represents criminals as dangerous members of distinct racial and social groups which bear little relation to ‘us’. It is, moreover, a ‘criminology’ which trades in images, archetypes and anxieties, rather than in careful analysis and research findings – more a politicised discourse of the unconscious than a detailed form of knowledge-for-power.” Deze criminologie is onderdeel van de ontkenningstrategie in het zicht van het feitelijke onvermogen de criminaliteitsverschijnselen werkelijk vanuit de centrale overheid te beheersen.

De waar te nemen roep om zulke harde straffen dat ze wreed genoemd kunnen worden kan volgens Simon ook uit de civiliseringsbeweging zelf verklaard worden. De kenmerken die aan beschaving hebben bijgedragen leiden ook tot een

<sup>31</sup> J. PRATT, “Elias, punishment and decivilization” in J. PRATT, D. BROWN, M. BROWN, S. HALLSWORTH & W. MORRISON (eds), *The New Punitiveness, Trends, theories, perspectives*, Cullompton, Devon, Willan Publishing, 2005, 256-271, 265.

<sup>32</sup> *Idem*.

<sup>33</sup> Aldus S. HALLSWORTH, *o.c.*, voetnoot 16, p. 154, die hier de these verwerpt dat de toegenomen punitiviteit een logisch gevolg zou zijn van toegenomen bureaucrativering.

grotere angst voor geweld en een grotere empathie met slachtoffers daarvan: “Because we see punishment as an instrumentally useful security device, we may not respond to it as an act of violence (...)”. Hierbij is van belang dat bureaucratistische en professionele elites de strafuitvoering buiten het zicht van het grote publiek onder hun hoede hebben en worden geacht die taak op een kalme en weloverwogen wijze uit te voeren. We moeten en mogen hopen dat dat ook nog in zekere mate het geval is binnen zowel de staande als de zittende magistratuur. Wat hier geschetst werd is een beeld van belangrijke discursieve en strafrechtspolitieke ontwikkelingen die de these aannemelijk maken, dat zich een verlies aan beschaving voordoet. In hoeverre juridische professionals in het strafrechtelijke veld deze ontwikkelingen feitelijk mitigeren is een empirische vraag die hier niet beantwoord kan worden. Voor zover er nog mogelijkheden zijn om zich aan de punitieve retoriek te onttrekken zullen velen van hen dat, als zij verantwoorde afdoeningsvormen zien die maatwerk opleveren, vast blijven doen. Zo zijn strafrechters veel minder geneigd om de maatregel van plaatsing in een instelling voor stelselmatige daders op te leggen, indien blijkt dat er niet (voldoende) zal worden ingezet op resocialisatiemogelijkheden en er alleen de tijdelijke onschadelijkmaking mee wordt beoogd<sup>34</sup>. Met name de zittende rechterlijke macht zal zich het professionele recht om te oordelen over passende sancties niet zomaar laten afnemen en de toegenomen punitieve klem zal hen kunnen motiveren naar andere wegen te zoeken, desnoods buiten- of zelfs tegenwettelijk<sup>35</sup>.

## Afdeling 1 PROBLEMATISCHE PUBLICITEIT

Bij een allerlaatst te noemen factor moeten wij nog heel kort stilstaan, omdat die van groot belang is voor het begrip van de kracht van het angstwekkend en -versterkend discours over criminaliteit en het instrumentalistisch, simplistisch antwoord daarop: de rol van mediatisering van criminaliteit en rechtspraak. Brants en Brants wijzen er in een reconstructie van de verhoudingen tussen justitie en de media in verschillende opeenvolgende decennia op, dat de aandacht daarin is verschoven van het gezamenlijk dienen van het algemeen belang naar strijd om uiteenlopende belangen. Was er aanvankelijk onderling vertrouwen en consensus over dat algemene belang, in toenemende mate is er achterdocht ontstaan over de manier waarop justitie daarmee omgaat. De teloorgang van het vertrouwen heeft plaatsgevonden in de periode 1980-1990, waarin in het strafrechtspolitiek discours alarm wordt geslagen over toenemende criminaliteit en een forse wending in het beleid wordt doorgevoerd, van terughoudendheid en een preferentie voor sociale politiek, naar nieuwe geloofwaardigheid, consistentie en consequentie in

<sup>34</sup> S. STRUIJK, “Rechtshandhaving en veelplegers: ontwikkeling van drang naar dwang” in J.R. BLAD (red.) *Strafrechtelijke Rechtshandhaving*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 200, 367.

<sup>35</sup> Daarop wijst het redactioneel in het *NRC-Handelsblad* van 14 september 2011, p. 2, onder de kop “Aan rechters is geen behoefte”: “Rechters en officieren zullen onredelijke consequenties omzeilen. Zij zijn de laatsten die nog oog hebben voor de dader. Als de straf of de eis geen maatwerk meer mag zijn, dan is rommelen met de delictomschrijving nog de enige manier om recht te doen”. Het commentaar wijst er terecht op dat dit ondermijnend zal werken en tot een vertrouwenscrisis zal leiden.

de strafrechtelijke repressie. In het kader daarvan is het OM zelf actief de media gaan gebruiken om te laten zien dat de criminaliteit nu echt keihard en effectief werd aangepakt, hetgeen uiteindelijk leidde tot het tegenovergestelde beeld in de media van een falende justitie. In de periode na 2000 constateren Brants en Brants een spiraal van opgefokte verwachtingen en teleurstellingen. Er is sprake van een interactie tussen justitie en media “waarbij de laatste niet aflat te benadrukken dat de rechtsstaat wordt bedreigd (door allerlei vormen van criminaliteit, jrb), dat justitie daarop onvoldoende antwoord heeft, onkundig is, fouten maakt, zaken in de doofpot stopt – en dus kennelijk niet met de behartiging van het algemeen belang kan worden vertrouwd. Die boodschap valt echter niet een vacuüm. In de politiek worden voortdurend beloftes gedaan dat het strengere strafrecht, waar ‘het publiek’ met zijn ‘onrustgevoelens’ om vraagt, de oplossing biedt. Justitie blaast hoog van de toren met nieuwe wetgeving, reorganisaties van OM en politie, alles omwille van meer efficiëntie en daadkrachtiger optreden. Het beeld dat uit de mediaberichtgeving oprijst echter, is dat alles alleen maar erger wordt”<sup>36</sup>.

A.C. ‘t Hart heeft gewezen op de fundamentele spanningen die bestaan tussen de bemiddelende functies van het recht in een democratische rechtsstaat en de wijze waarop nieuws – over misdaad, samenleving, strafrecht en rechtspraak – wordt geconstrueerd en gepresenteerd. Terwijl de ‘interne’ en ‘externe’ openbaarheid van de strafrechtspraak zowel een instrumentele als een rechtsbeschermende functie hebben, kan het laatste geheel ontbreken in de publiciteit die door de diverse media, en met name de televisie, aan criminaliteit en de daarbij betrokken personen – zowel slachtoffers als verdachten – geven. Waar het (straf-)recht tot taak heeft meerdere belangen, behoeften, definities en manieren van kennen en ervaren met elkaar te verenigen in een juridische conceptualisering van problemen en conflicten, suggereren de media een directe toegang tot de enige en ondeelbare waarheid, weergegeven in de alledaagse taal<sup>37</sup>. Waar het strafrecht zijn bemiddelende functie alleen goed kan vervullen door zijn artificiële, juridische begrippen zoveel mogelijk open te houden, zodat monopolisering van de betekenisinhoud wordt voorkomen en ruimte blijft voor een mogelijke erkenning van ánders denken en zijn (alteriteit), ontologiseren de media op krachtige wijze één werkelijkheidsbeeld: daarmee doorbreken zij de procedurele en gedistantieerde bemiddeling van verschillende visies op waarheid en werkelijkheid door het recht, de illusie oproepend dat er een gemakkelijke, directe toegang is tot *de waarheid*<sup>38</sup>. Misschien onnodig te zeggen, maar toch belangrijk in het kader van onze verkenning, is dat de ‘criminologie van de ander’ – dat wil zeggen de criminaliserende vijandbeelden over bepaalde sociale groepen – ruime zendtijd krijgt, terwijl ook de beeldvorming over slachtofferschap en daderschap in een – cultureel al vanouds voorhanden liggend – manicheïstisch raamwerk versteend raakt. Alsof het hier om twee te onderscheiden soorten mensen gaat, die niet samen kunnen leven.

<sup>36</sup> C. BRANTS en K. BRANTS, “Vertrouwen en achterdocht, De driehoeksverhouding justitie-media-burger”, *Justitiële Verkenningen*, jrg. 28, 6, 2002, 8-28, 24.

<sup>37</sup> A.C. ‘T HART, “Strafrecht en tv” in A.C. ‘T HART, *Hier gelden wetten, Over strafrecht, Openbaar Ministerie en multiculturalisme*, Deventer: Gouda Quint, 2001, 131-166.

<sup>38</sup> *Idem*, onder verwijzing naar Garapon, p. 158.

## Hoofdstuk V

### HERSTELRECHT ALS NIEUW BESCHAVINGSOFFENSIEF?

Net zo goed als de betekenis van het strafrecht in een bepaalde tijd en ruimte afhangt van het dominante discours daarover en de praktische aanwending die het daardoor verkrijgt, zal de invloed die het herstelrecht zou kunnen nemen op de toekomstige ontwikkelingen afhangen, niet alleen van de conceptualisering daarvan maar vooral ook, van de mate waarin opinion-leaders erin slagen een overtuigend alternatief discours in te brengen in het publiek debat over de strafrechtspleging<sup>39</sup>. De grootste uitdaging daarbij lijkt de doorbreking van het kenmerkend algemeen gedragen instrumentalistisch syndroom, dat het strafrecht in westerse samenlevingen in een steeds sneller tempo – zo lijkt het toch – in zijn rechtsbeschermende aspecten afbreekt om een ongeremde interventie- en bestraffingspraktijk te faciliteren. Ook al kunnen we het in beginsel eens zijn met Foqué, waar hij stelt dat strafrecht en herstelrecht complementair zijn en elkaar op belangrijke manieren kunnen aanvullen<sup>40</sup>, het nagenoeg hegemoon instrumentalisme noodzaakt tot een scherp en kritisch debat<sup>41</sup>, waarin de strafrechtelijke idealen en wenselijkheden van de relationele strafrechtsopvatting en de idealen en strevingen van het herstelrechtelijk denken tot op grote hoogte als verwant kunnen worden verdedigd en gepropageerd<sup>42</sup>. Niet in een aanval op het strafrecht, maar wel op de instrumentalistische opvatting van de straf, die het strafrecht zelf zowel normatief als functioneel bedreigt en de belangrijkste impuls geeft aan verschijnselen van decivilisering. Op grond van Elias' stellige bevinding, dat de mate en stijl van individuele zelfbeheersing en zelfcontrole een reflectie is van de vigerende stijl en de vormen van publieke sociale controle kunnen we begrijpen hoe we collectief in een spiraal van verruwing zullen terechtkomen als we niet een halt toeroepen aan het politiek misbruik van de straf als louter instrumentele leedtoevoeging. Elders is gewezen op de kennelijke veralgemening van wat men een 'dreigcultuur' zou kunnen noemen<sup>43</sup>. Ook de aangevoelde toenemende 'hufterigheid' past in dit proces<sup>44</sup>.

In de kern van die instrumentalistische strafopvatting figureren de afschrikking en de onschadelijkmaking, die beide – anders dan de vergelding – nauwelijks te proportioneren en te beheersen zijn, vooral in een cultuur met een sterke preoccupatie met risico en onveiligheid. Ze stralen een ethisch negatief mensbeeld uit, van de mens als notoir gevaar voor de medemens, die door (extreme) strafdrei-

<sup>39</sup> E. LISSENBERG, "Een elite voor herstelrecht", *Tijdschrift voor Herstelrecht*, 2005 (5), 3, 3-4.

<sup>40</sup> R. FOQUÉ, "Punishment, Restorative Justice and the Morality of Law. Concluding observations" in E. CLAES, R. FOQUÉ, T. PETERS (eds.), *Punishment, Restorative Justice and the Morality of Law*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2005, 183-198.

<sup>41</sup> Zie J. BLAD, "Het belang van ideologie", *Tijdschrift voor Herstelrecht*, 2010, (10) 4, 63-69.

<sup>42</sup> Het is in de context van dit artikel helaas niet mogelijk deze stelling nader uit te werken. Een voornemen is geboren.

<sup>43</sup> J. BLAD, "Restorative Justice as Criminal Justice without Threats. An Interpretative Approach to Restorative Justice Potentials for Public Safety" in J. BLAD, M. HILDEBRANDT, K. ROZEMOND, M. SCHUILENBURG, P. VAN CALSTER (eds.), *Governing Security under the Rule of Law?*, The Hague, Eleven International Publishing, 2010, 139-155.

<sup>44</sup> Zie B. VAN STOKKOM, *Wat een hufter*, Den Haag: Boom, 2010.

ging in toom moet worden gehouden en als dat mislukt zolang mogelijk ‘van de straat’ moet, omdat hij eigenlijk niet verbeterbaar en/of nooit te vertrouwen is. Het vijandbeeld kortom, dat hierboven aan de orde is geweest en dat een constitutief onderdeel is de sociale reproductie van angst en onveiligheid<sup>45</sup>. Welke effectieve ruimte en kans wordt de dader van (ernstige) strafbare feiten nog geboden om zich te verweren tegen de ontwikkeling van een dominante criminele identiteit, als het strafproces en de tenuitvoerlegging van straffen in het teken staan van het vaststellen en bevestigen van precies die identiteit? Pompe merkte ooit op dat strafjuristen zich niet mogen onttrekken aan de verantwoordelijkheid voor de (onwelkome) wijze waarop vrijgelaten gevangenen weer in de samenleving terug worden ontvangen<sup>46</sup>. Maar zij mogen zich ook niet onttrekken aan bemoeienis met hoe de dominante politiek- culturele betekenis van het strafproces en het straffen het vermogen van de institutie strafrecht om belangrijke meerwaarden voor de samenleving te realiseren – zoals herstel van gelijke rechtssubjectiviteit voor daders en slachtoffers, effectieve afsluiting van rechtsconflicten<sup>47</sup>, bevrijding van de last van het gepleegde misdrijf door boete te doen – feitelijk ondermijnt. In hoeverre kan de strafrechtspeling onder de huidige culturele condities iets anders zijn dan de ‘smederij van criminelen’<sup>48</sup>, waarvan sociaal verwacht wordt dat zij zullen recidiveren, wat zij dan ook in hoge mate doen, omdat voldoen aan het verwachtingspatroon gemakkelijker is dan afzien van strafbaar gedrag?

Het noodzakelijke maatschappelijk debat zal gericht moeten worden op strafrechtshervormingen door wetgeving, waarmee herstelrechtelijke uitgangspunten en praktijken gelegaliseerd worden. Daarvoor kunnen legitimeringen van verschillende – ethische, filosofische, normatieve, functionele en economische – aard worden aangedragen, maar er ligt in ieder geval ook al een juridische grondslag voor deze strafrechtshervormingen. In het bekende EU-Kaderbesluit van 2001 met betrekking tot de versterking van de positie van het slachtoffer in de strafprocedure (2001, nr. 6335/01)<sup>49</sup>, wordt immers in artikel 10, lid 1 elke lidstaat opgedragen bemiddeling in strafzaken te bevorderen met betrekking tot de strafbare feiten waarvoor hij die maatregel passend acht. In het tweede lid is bepaald dat elke lidstaat erop toeziet dat elke overeenkomst, die in een bemiddeling in strafzaken tussen het slachtoffer en de dader wordt bereikt, in aanmerking kan worden genomen. Dit artikel moet worden gezien tegen de achtergrond van de definitie die in artikel 1 van het Kaderbesluit onder e) kan worden gevonden: “bemiddeling in strafzaken: vóór of tijdens de strafprocedure, het zoeken naar een via

<sup>45</sup> Zie ruimer hierover J. CLAESSEN, *Misdaad en Straf, Een herbezinning op het strafrecht vanuit mystiek perspectief*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2010, 45-122.

<sup>46</sup> W.P.J. POMPE, “De misdadige mens”, *Tijdschrift voor Strafrecht* 1954, 153-171, 156-157.

<sup>47</sup> A.C. ‘t Hart ziet onder andere dit vermogen ondermijnd door de mediatisering van strafprocessen, zie o.c., voetnoot 36.

<sup>48</sup> Zie S. MARUNA, *Making good: how ex-convicts reform and rebuild their lives*, (e-book) Wolters Kluwer 2001.

<sup>49</sup> Dat in Nederland vooralsnog is uitgewerkt in de vanaf 1 januari 2011 van kracht zijnde nieuwe titel IIIA in het Wetboek van Strafvordering, met betrekking tot de bemiddeling tot nog toe op een zeer terughoudende wijze, terwijl de Belgische wetgever dat terecht veel ruimhartiger heeft ingebouwd. Het Kaderbesluit zal binnenkort in een Directive worden omgezet met dezelfde strekking maar met meer expliciete waarborgen ter bescherming van het slachtoffer dat een bemiddeling aangeboden kan krijgen. Ook de Nederlandse regels zullen een ruimere strekking gaan krijgen: zie *Staatsblad* 2011, 276, wet van 6 juni 2011 tot aanpassing van de Wet Schadefonds Geweldsmisdrijven (etc.), art. III b.

onderhandelingen tot stand gebrachte *schikking*<sup>50</sup> tussen het slachtoffer en degene die het strafbare feit heeft gepleegd, door bemiddeling van een bevoegde persoon”.

Vanuit het herstelrechtelijke gedachtegoed is het mogelijk maken van mediation (en de ‘extended mediation’, het herstelgericht groepsoverleg) een scharnierpunt voor de gewenste rechtsontwikkeling te noemen: de veroorloving schikkingen te treffen en deze in te brengen in de strafprocedure maakt het in beginsel mogelijk om vanuit andere waarden en ook andere functionele concepties de strafrechtspleging cultureel en structureel te hervormen. Andersom moeten deze ándere waarden en functionele denkbeelden dan ook in toenemende mate aanvaard worden om die veroorloving – het liefst zo ruim mogelijk<sup>51</sup> – in te voeren.

Het in 2006 uitgebrachte *UN-Handbook on Restorative Justice Programmes*<sup>52</sup> spreekt in verband met de overeenkomsten waarover het hier gaat – in overeenstemming met de eerder gepubliceerde en boven al aangehaalde *Declaration of Basic Principles (1999)* – van ‘*restorative outcomes*’ die worden omschreven als “*an agreement reached as a result of a restorative process*”<sup>53</sup>. Dan volgt:

*“The agreement may include referrals to programmes such as reparation, restitution and community services, “aimed at meeting the individual and collective needs and responsibilities of the parties and achieving the reintegration of the victim and the offender”. It may also be combined with other measures in cases involving serious offences”.* (p. 7)

In deze omschrijving schijnt de praktijk in vele landen door, waarbij de schikkingen (aanvaarde) verplichtingen kunnen bevatten om deel te nemen aan reeds bestaande programma’s die gericht kunnen zijn op schadevergoeding, dienstverlening of arbeid ten algemene nutte, gedragsbeïnvloeding etc., welke vaak ook zouden kunnen worden opgelegd als straf of maatregel in strafrechtelijke zin. Het is het nauwe verband tussen het ‘*restorative process*’ en de ‘*restorative outcomes*’ – het participatoire, directe en orale karakter van de bemiddelingsvormen – dat geacht wordt het kenmerkende verschil te maken met de traditionele strafoplegging. Door dat nauwe verband worden de *procesdoelen* van een herstelgerichte procedure<sup>54</sup> gediend, die in het *Handbook* als volgt worden omschreven:

<sup>50</sup> De Engelse tekst spreekt van een ‘agreement’.

<sup>51</sup> Zie J.R. BLAD, “Openbaar Ministerie en herstelrecht”, *Strafblad* 2010, 6, 494-507, voor een verkenning van hoe ruim de veroorloving tot het schikken zou kunnen zijn. Duidelijk is het herstelrecht net zo min als het strafrecht een panacee. Vooral bij middelernstige criminaliteit met individuele slachtoffers kan de meeste winst worden geboekt, maar nog los van de praktische inzetbaarheid van de methoden van herstelrecht hebben de uitgangspunten ervan een belangrijke algemene functie, omdat niet alleen het criminaliteitsprobleem maar ook het strafprobleem opnieuw in morele termen wordt gesteld.

<sup>52</sup> United Nations, “Office on Drugs and Crime”, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, Vienna, New York, UN Criminal Justice Handbook series 2006.

<sup>53</sup> Een *restorative process* wordt gedefinieerd als: “*any process in which the victim and the offender and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator*”. (p. 7)

<sup>54</sup> Benadrukt wordt dat het kenmerkende niet zit in een bepaalde procedure: de procedures kunnen zeer verschillen van inrichting. Het herstelgerichte karakter is met andere woorden een inhoudelijke oriëntatie (op de aangegeven procesdoelen), die op verschillende manieren procedureel vorm kan worden gegeven.

1. slachtoffers die instemmen met de procedure kunnen veilig deelnemen en komen daar tevreden uit;
2. daders begrijpen welke gevolgen hun handelingen hebben gehad voor het slachtoffer en anderen, nemen verantwoordelijkheid voor de gevolgen en verplichten zich tot ‘reparatie-werkzaamheden’ (*‘making repair’*);
3. de partijen komen (flexibele) maatregelen overeen die het herstel van de schade benadrukken en, waar mogelijk, de oorzaken (*‘reasons’*) van het delict adresseren;
4. daders komen hun verplichtingen tot reparatie na en pogen de factoren die tot hun delictsgedrag hebben bijgedragen aan te pakken;
5. het slachtoffer en de dader begrijpen beide hoe het delictsgedrag tot stand is gekomen, verkrijgen een gevoel van afronding (*‘closure’*) en worden in de samenleving gereïntegreerd. (p. 9)

De procesdoelen 2, 3 en 4 hebben direct met de strekking en de inhoud van de overeenkomst te maken en laten zien, dat de verplichtingen die daarin opgenomen op zijn minst in twee categorieën onder te verdelen zijn: ten eerste verplichtingen tot herstel vis-à-vis het slachtoffer en ten tweede verplichtingen ten opzichte van het eigen leven en het gedrag van de dader zelf, waarbij causaal geachte factoren worden aangepakt. Gezien het uitgangspunt van het herstelrecht, dat ook de samenleving als zodanig belangen heeft bij een adequaat – herstellend – antwoord op het delictsgedrag zouden verplichtingen die een vorm van ‘goedmaken’ tegenover de samenleving uitdrukken kunnen worden aangeduid als een derde categorie. Vandaar dat in de bovenaangehaalde omschrijving van de *‘restorative outcome’* (‘het herstelgericht resultaat’) verwezen wordt naar programma’s van ‘dienstverlening’ en dergelijke. Denkbaar is dat, als deze derde categorie van verplichtingen in het resultaat van de bemiddeling – de schikking – ontbreekt, zij er door een justitiële autoriteit aan wordt toegevoegd, al dan niet (maar liefst wel) met instemming van de dader.

Het beschavingsoffensief dat door middel van ruime beschikbaarstelling van herstelrechtelijke bemiddelingsvormen en de inbreng van schikkingen in de strafprocedure kan worden ingezet heeft tenminste drie belangrijke doelen: 1) de-victimisering van benadeelden, 2) decriminalisering van de identiteit van daders en 3) depenalisering (in de zin van de-escalatie) van de strafrechtelijke afdoening.

## Afdeling 1

### DE-VICTIMISERING VAN BENADEELDEN

Benadeelden moeten in staat worden gesteld zich zo spoedig mogelijk van de status van ‘slachtoffer’ te bevrijden, omdat de beleving van die status, door de sociale en culturele connotaties daarvan, op zichzelf al schadelijk kan zijn voor zelfbeeld en wereldbeeld. Dit is door de victimoloog Van Dijk in zijn oratie uiteengezet: de term ‘slachtoffer’ is een etiket dat met zich meebrengt dat er ofwel een ‘verlossende’ vergevingsgezindheid van het ‘victima’ verwacht



wordt<sup>55</sup>, ofwel een vrijwel grenzeloze behoefte aan wraak die nodig moet worden beheerst door middel van een strafproces waarin het slachtoffer zoveel mogelijk aan de zijlijn moet worden gehouden en dat de emoties zoveel mogelijk sublimereert. Verrijn Stuart heeft er op gewezen, dat te lang in het slachtoffer-schap blijven hangen kan veroorzaken dat men sociaal wordt geïsoleerd raakt<sup>56</sup>.

Het slachtoffer moet serieus worden genomen en worden benaderd in zijn kracht, niet in zijn zwakte: vanuit een veronderstelling dus van competentie om voor zichzelf op te komen, niet vanuit een veronderstelling van hulpeloosheid en zorg-behoefte. Zoals Groenhuijsen en Van Dijk ooit schreven in het *NRC-Handelsblad* naar aanleiding van de zaak *Kampusch*: slachtofferschap is geen ziektebeeld<sup>57</sup>. Uit de WODC-studie<sup>58</sup> naar de behoeften van slachtoffers komt een (Maslowiaans geordende) hiërarchie van behoeften tevoorschijn, die begint met fysiologische behoeften die meestal niet in het geding zijn na victimisering. Het tweede niveau wordt gevormd door primaire behoeften aan onmiddellijke veiligheid en het voorkomen van herhaling en de emotionele behoeften aan opvang en steun en aan verwerking en afsluiting van de nare gebeurtenis. Vervolgens zijn er behoeften aan liefde, geborgenheid en positieve relaties met anderen, soms ook met de dader. Nog hoger geplaatst zijn behoeften aan zelfverwerkelijking en autonomie.

De situatie van victimisering is een bron van existentiële onzekerheid, van twijfel aan eigen competenties en aan andere mensen en de voorspelbaarheid van de sociale wereld. Men begrijpt vaak niet hoe men zelf het slachtoffer is kunnen worden en heeft behoefte aan begrip van de situatie en aan ‘begrepen worden’. De psycholoog Mooren<sup>59</sup> – als lid van de begeleidingscommissie betrokken bij herstelbemiddeling – beschreef tegen deze achtergrond het potentiële belang van een geslaagde bemiddeling van slachtoffers (van geweld) als volgt:

“Het vrijwillig aangaan van de confrontatie met de dader betekent, dat het slachtoffer zijn leven weer in eigen hand neemt. Het onder ogen zien van de eigen angst, zonder die angst te laten overheersen, versterkt de ervaring van competentie. De geweldssituatie veroorzaakte een acuut verlies van controle. Het zien van de dader in een positie waarin deze zonder controle is en waarin deze iets nodig heeft van het slachtoffer draagt ertoe bij, dat het slachtoffer kan herstellen van die ervaring: de machtsbalans ligt in deze situatie wezenlijk anders dan tijdens het plegen van het delict. Het gegeven dat aan de dader kan worden voorgehouden wat hij teweeg heeft gebracht, tegen de achtergrond van een nauwelijks gedefinieerd

<sup>55</sup> Het oertype van het christelijke Victima is Jezus Christus, zo wordt betoogd, die de andere wang toe zou keren. Jan J.M. VAN DIJK, *The Mark of Abel. Reflections on the social labelling of victims of crime*. Oratie, Tilburg, Intervict, 2006.

<sup>56</sup> H. VERRIJN STUART, “Via onschuld naar macht; slachtoffers in het strafproces”, *Justitiële Verkenningen*, jrg. 20, 2, 1994, 94-115.

<sup>57</sup> *NRC-Handelsblad* 13 september 2006: “Kampusch doet normaal, wij niet”.

<sup>58</sup> A. TEN BOOM & K.F. KUIJPERS, m.m.v. M.H. MOENE, *Behoeften van slachtoffers van delicten*, WODC reeks Onderzoek en Beleid, 262, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2008.

<sup>59</sup> J.H. MOOREN, “Recht maken wat krom is. Herstelbemiddeling in het perspectief van zingeving”, *Tijdschrift voor Herstelrecht* 2001, 2, 26-36, 32.

maar wel degelijk bestaand moreel gelijk, doet de machtsbalans in het voordeel van het slachtoffer verschuiven.”

Het proces van bemiddeling in strafzaken betreft in de kern het opeisen – met steun van een solidariserende justitiële overheid – van het eigen recht van vrijwaring van criminele inbreuken en de erkenning, in verschillende vormen, van het onrecht dat is aangedaan.

## Afdeling 2

### DECRIMINALISERING VAN DE DADER-IDENTITEIT

Net zoals het een existentiële schok is slachtoffer te worden van een misdrijf is ook het gepleegd hebben van een misdrijf een schokkend levensfeit dat bij de dader existentiële problemen opwerpt<sup>60</sup>. In weerwil van het ‘bezint eer ge begint’ komt de bezinning op een misse daad meestal pas achteraf en dan realiseert men zich hoezeer de toekomstperspectieven en –kansen door het feit verstoord zijn. De meest knellende vragen zullen voor iedere dader zijn: hoe moet ik hiermee verder omgaan? In welke verhouding kom ik nu te staan tot mijn medemensen?

De bemiddelingsprocedure vergt van de aangesproken verdachte de erkenning van de basale feiten van het strafbaar handelen en de bereidheid verantwoordelijkheid te nemen voor de schadelijke gevolgen daarvan. Daardoor wordt een situatie in het leven geroepen, waarin de dader zich tegelijkertijd kan distantieëren van zijn handelen én verplichtingen tot *morele reparatie* van de schadelijke gevolgen van zijn handelen kan aanvaarden<sup>61</sup>. Cruciaal uitgangspunt van het herstelrechtelijk aanbod is dat de misse daad de persoon van de dader niet hoeft te definiëren en dat de morele afwijzing van het strafbaar handelen nog niet een afwijzing betekent van de gehele persoon van de dader. Hierdoor kan de criminalisering van de identiteit van de persoon van de dader in beginsel voorkomen (of zo al aan de orde verzwakt) worden: de dader wordt ruimte geboden om te laten zien hoe hij zich tot zijn crimineel handelen verhoudt. Hij wordt niet passief verantwoordelijk gesteld door het ondergaan van opgelegd lijden, maar actief geresponsabiliseerd voor het zo goed mogelijk herstellen van wat hij heeft aangericht.

Natuurlijk heeft Foqué terecht benadrukt dat de kern van het proces van herstelbemiddeling (in welke vorm dan ook) ligt in de (narratieve) herpositionering van de betrokkenen ten opzichte van het delict<sup>62</sup>, dat vaak ook onherstelbare consequenties heeft, maar dat neemt niet weg dat die herpositionering béter in serieuze, passende vormen van genoegdoening kan worden uitgedrukt dan in woorden,

<sup>60</sup> Zie hierover opnieuw W.P.I. POMPE, *o.c.*, voetnoot 45. En ook W.H. NAGEL, “De dialectiek: jouw vrijheid/mijn vrijheid in de nationale rechtsorde en in de ‘orden’ van de subkulturen” in *Praesidium Libertatis*, Zwolle, Kluwer, 1975, 167-177.

<sup>61</sup> J.R. BLAD, “Het sanctieconcept van het herstelrecht”, *Sancties, Tijdschrift over straffen en maatregelen*, 2011/4, 232-250.

<sup>62</sup> R. FOQUÉ, “Punishment, Restorative Justice and the Morality of Law. Concluding observations” in E. CLAES, R. FOQUÉ, T. PETERS (eds.), *Punishment, Restorative Justice and the Morality of Law*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2005, 183-198, 197.

zoals Duff<sup>63</sup> overtuigend heeft betoogd. Als gevolg daarvan kan de herstelbemiddeling gezien worden als een serieuze sanctiepraktijk die – zowel in materiële als in procedurele zin – anders is dan de traditionele bestraffing, maar niettemin sanctioneert, zónder evenwel een criminele identiteit te suggereren en attribueren.

### Afdeling 3

#### DEPENALISERING VAN DE STRAFRECHTELIJKE AFDOENING

De genoegdoening die de dader het slachtoffer verschaft kan gezien worden als een morele vorm van ‘vergeldden’ waarmee in de strafrechtelijke afdoening rekening mag, nee moet worden gehouden, omdat anders alle morele en functionele vruchten van de bemiddeling worden miskend. De contractuele verplichtingen, die voor de dader uit een bemiddeling kunnen voortvloeien, kunnen allemaal als equivalenten worden beschouwd van vrijheidsbeperkende sancties die parket en strafrechter tot hun beschikking hebben. Als door middel van de overeenkomst voorgesteld wordt dat de dader de schade zal vergoeden of repareren, dat hij zich zal melden voor ambulante behandeling en dat hij – bij wijze van voorbeeld – voor minimaal een maand vrijwilligerswerk gaat doen voor de kerk van het slachtoffer, dan bevindt de officier of de strafrechter zich in een riantie situatie. De legitimiteit van de beslissing om die voorstellen te fiatteren en om te zetten in een formele voorwaardelijke sanctie staat dan buiten kijf, zowel ten opzichte van het slachtoffer als ten opzichte van de dader. En de naleving daarvan zal alleen maar beter zijn, dan wanneer hij dezelfde sancties ‘rauwelijks’ zou hebben opgelegd en ook het slachtoffer wordt daarmee gediend op een wijze die hem of haar aanspreekt. Het algemene belang dat met een geslaagde en formeel ook gesanctioneerde bemiddeling langs deze lijnen gediend wordt is evident: de bemiddeling is *intrinsiek sanctionerend* en de dader zelf werkt gemotiveerd aan een toekomst zonder strafbare feiten – zonder nieuwe victimisering – en met intrinsieke beloningen voortvloeiend uit een positieve sociale integratie. Door het rechtshandhavend gezag gefaciliteerde en gesanctioneerde bemiddelingsprocessen kunnen zó werkplaatsen zijn waarin aan de vorming van de *normatief* normale, dat wil zeggen de (overwegend) rechtsgetrouwe burger wordt gewerkt<sup>64</sup>, onder vermijding van de voor die onderneming meest bedreigende straf, de gevangenisstraf.

### Hoofdstuk VI

#### BESCHAVING EN FUNCTIONALITEIT

De mens is een knooppunt van relaties en de aanmatiging van het plegen van een delict betekent dat die mens niet voldoende bedachtzaam is geweest op de gevolgen van de verongelijking van zijn medemens(en) in zijn relationeel netwerk. Delicten hebben een potentieel destructurerend en destructief effect op sociale

<sup>63</sup> R.A. DUFF, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2001. Voor een veel kortere weergave van zijn standpunt: R.A. DUFF, “Restorative punishment and punitive restoration” in L. WALGRAVE (ed.), *Restorative Justice and the Law*, Devon, Willan Publishing, 2002, 82-100.

<sup>64</sup> Door S. MARUNA, o.c., voetnoot 47, ‘normal-smithing’ genoemd.

verbanden en verbondenheid: de dader komt alleen te staan, als uitgestotene, en in het ergste geval wordt hij tot vijand van zijn medemens. Nieuwe delicten, nieuwe victimisering liggen dan in het verschiep en verzuim versterkt dat proces alleen nog maar. De herstelgerichte manier van doen biedt de dader een context en een stimulans om te reflecteren op het morele gehalte van zijn handelen en zijn verantwoordelijkheid voor de gevolgen ervan, in het perspectief van een blijvende gelijkwaardigheid en verbondenheid. Bovendien krijgt het slachtoffer potentieel een mate en soort van genoegdoening die in het traditionele strafproces niet kan worden geboden. Herstelrecht biedt de strafrechtelijke autoriteiten methoden om eindelijk het beginsel van subsidiariteit van de straf praktisch en in concreto te realiseren. Het geweldsmonopolie blijft de context waarbinnen op beschaafd handelen wordt aangedrongen.

De beslotenheid van de bemiddelingsvormen en de fundering, geheel of gedeeltelijk, van de strafrechtelijke afdoening op de betekenisverleningen van slachtoffer, dader en hun naasten en hun gezamenlijke voorstellen met betrekking tot herstelgerichte sanctionering, bieden tenslotte een mogelijkheid tot structurele bescherming van het morele overleg tegen de door de media vertolkte, maar grotendeels veronderstelde en geconstrueerde publieke opinie, die niet gebaseerd kan zijn op de details van het delictsgebeuren.

Het beeld dat uit empirisch onderzoek naar de reductie van recidive na herstelgerichte praktijken naar voren komt is – ondanks alle haken en ogen van dit type effectiviteitsonderzoek – hoopgevend: recidive blijft langer uit en als het voorkomt is het van geringere aard dan wanneer daders alleen een strafrechtelijke bestraffing hebben ondergaan<sup>65</sup>. Men kan zich moeilijk aan de indruk onttrekken dat naarmate daders meer humaan, fatsoenlijk en respectvol<sup>66</sup>, worden aangesproken op hun morele feiten de effectiviteit in termen van gedragsbeïnvloeding toeneemt. De hoge mate van naleving van herstelgerichte overeenkomsten die stevast wordt gevonden zou nauw verband kunnen houden met de mate waarin men procedurele rechtvaardigheid heeft ondervonden. Wat dat betreft is veelzeggend dat de drie voorbeelden van contraproductiviteit van herstelrecht, die Heather en Strang vonden in hun metastudie van 2007, gekenmerkt worden door ervaringen en uitingen van disrespect – niet voor daden, maar voor de daders<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> A. MORRIS & G. MAXWELL, *Restorative Justice for Juveniles, Conferencing, Mediation & Circles*, Oxford, Portland Oregon, 2001; L. SHERMAN & H. STRANG, *Restorative Justice: the evidence*, Report to the Smith Institute London 2007 (www.web); L. WALGRAVE, “Herstelrecht: internationaal evaluatieonderzoek”, *Tijdschrift voor Herstelrecht* 2006, 2, 9-21. J. SHAPLAND et al., *Restorative Justice: does Restorative Justice affect convictions?*, The Fourth report from the evaluation of three schemes. Ministry of Justice Research Series, 10/08, Ministry of Justice, UK.

<sup>66</sup> Bedoeld wordt hiermee vooral het vermijden van eenzijdige instrumentele benadering, die geen oog meer heeft voor de medemens als gelijkwaardige, zelfstandige bron van legitieme wensen en verlangens. Mooi is in dit verband Pompe's waarschuwing, dat de persoonlijkheid vol geheimen is, ‘waarnaar men slechts kan gissen, met weinig treffkens en veel gevaar voor willekeur’. Zie W.P.I. POMPE, *De persoon des daders in het strafrecht*, Nijmegen, Dekker & Van de Vegt, Utrecht/Nijmegen, 1928, 3.

<sup>67</sup> L. SHERMAN & H. STRANG, *Restorative Justice: the evidence*, Report to the Smith Institute, London, 2007, 74 e.v.