

HERSTELRECHT OP DE PIJNBANK. OVER SLACHTOFFERBELANGEN EN HUMAAN STRAFFEN

Bas VAN STOKKOM*

I. INLEIDING

Net als kompaan Serge GUTWIRTH is Paul DE HERT een filosoof die geen halt houdt voor de muren van de eigen discipline. Hij zet de ramen van het behoudende strafrecht wagenwijd open en reflecteert frank en vrij op de inrichting van het recht. Tegelijk ontvouwt hij interessante rechtsfilosofische perspectieven waarbij Paul Ricoeur en andere (voornamelijk) continentale denkers de revue passeren. DE HERT ontwikkelt geen strenge theorie of systematiek; hij wil eerder kritische perspectieven onder de aandacht brengen.

Aansprekend is zijn ambitie gestalte te geven aan humane bestraffing, daarbij steeds rechtstheorie en wijsbegeerte combinerend. Het is fantastisch dat hij tussen alle bedrijven door de kans heeft gezien om boeken samen te stellen over klassieke filosofen en er zelf regelmatig beschouwingen aan te wijden. Dat is heel uitzonderlijk in de hedendaagse academie waar kennisvorming meer en meer is verkaveld. Ik deel Paul DE HERTS liefdesverklaring aan Montesquieu en stem in met zijn bespreking van Immanuel Kants absolute verbod op liegen, een van de uitglijders van deze rechtlijnige filosoof.¹

Samen met GUTWIRTH behoort DE HERT tot de pertinente critici van het herstelrecht. Zo plaatsen ze vraagtekens bij de dreigende privatisering van het strafrecht, het gebrek aan rechtsgelijkheid en het moraliserende gehalte van herstelgerichte communicatie. Het vernieuwende van hun visie is het idee dat het herstelrecht idealiter zou kunnen worden ondergebracht bij het civiele recht. Al met al zijn de auteurs sceptisch over de mogelijkheden van het herstelrecht om

* Veel dank aan Renée Kool die een eerdere versie uitgebreid van kanttekeningen voorzag.

¹ P. DE HERT, “De vrijheid in Montesquieu’s denken over de constitutie en het strafrecht” in A. KINNEGING, P. DE HERT en M. COLETTE (eds.), *Montesquieu. Enigmatisch observateur*. Antwerpen, Vrijdag, 2016, 69-90; P. DE HERT en M. COLETTE, “Kants snauw naar Benjamin Constants vermeend recht om te liegen negeert intermediaire en politieke principes” in A. KINNEGING, P. DE HERT en M. COLETTE (eds.), *Kant. Vijftien filosofen over grondslagen en grenzen van de rede*, Budel, Damon, 2021, 166-210.

alternatieve sancties te ontwikkelen, laat staan het strafrecht terug te dringen. Ik zal in deze bijdrage hun ongenoegen over het herstelrecht reconstrueren en op zijn merites beoordelen. Daarbij is de focus vooral gericht op Paul DE HERTS teksten, omdat hij het herstelrecht ook zonder zijn kompaan meermaals onder de loep heeft genomen.

DE HERT haalt in 2004 vinnig uit tegen het herstelrecht. Hij schetst een schrikbeeld van ‘rechtvaardigheid zonder recht’ en ‘een vrije markt van schuld, beken- tenis, leed, smart en wrok’.² De auteur ziet veel gevaren en waarschuwt dat het herstelrecht rechtsstatelijke waarborgen ontbeert. Daarbij past de kanttekening dat het herstelrecht rond 2000 überhaupt op veel kritiek kon rekenen. Herstelrecht zou een nieuwe loot aan de stam van het abolitionisme zijn. De afwijzende woorden van DE HERT – zoals die van veel andere rechtsgeleerden – moeten dus in die context worden geplaatst. Inmiddels zijn herstelrechtelijke procedures in de meeste Europese landen wettelijk verankerd en daarmee zijn veel van de initiële bezwaren van criticasters niet meer opportuun. Dat neemt niet weg dat sommige radicale ideeën van herstelrechtelijke theoretici nog altijd op weerstand zouden stuiten.

II. SCHAAMTE EN RECHTVAARDIGHEID

In het essay *Schaamte en rechtvaardigheid* probeert Paul DE HERT vat te krij- gen op de innovaties die het herstelrecht wil doorvoeren en voorziet die nieuw- lichterij van kritisch commentaar. Zo wijst de auteur op de conceptuele ondui- delijkheid van het herstelrecht en het feit dat het herstelrecht leentjebuurt speelt bij het burgerlijk recht en informele geschillenbeslechting. Volgens DE HERT is het merkwaardig dat het herstelrecht zich oriënteert op grootschalige vormen van geschillenbeslechting zoals de Zuid-Afrikaanse waarheidscommissie onder voorzitterschap van bisschop Tutu, en de geschillenbeslechting bij de Maori’s in Nieuw-Zeeland. De auteur vraagt zich af wat hieruit kan worden afgeleid met betrekking tot “*een handtasdiefstal of een verkrachting in een anonieme grootstad als Brussel of Rotterdam*”?³

DE HERT richt zijn pijlen vooral op de criminoloog Lode WALGRAVE die zijns inziens “*terzake ongetwijfeld de meest extreme standpunten inneemt*”. Het herstelrechtelijke paradigma dat WALGRAVE heeft ontwikkeld, beoogt “*de grondslag van de pluralistische samenleving (...) onderuit te halen*”.⁴ En passant presenteert de auteur twee pijnpunten die herstelrechtsdenkers in overweging zouden moeten nemen; de ene focust op vergeving en schaamte, de ander op rechtvaardigheid.

² P. DE HERT, “Schaamte en rechtvaardigheid. Twee pijnpunten voor herstelrecht” in B. VAN STOKKOM (ed.), *Straf en herstel. Ethische reflecties over sanctiedoeleinden*, Den Haag, BJU, 2004, 190.

³ *Ibid.*, 172.

⁴ *Ibid.*, 176.

Beide pijnpunten moeten zijns inziens geremedieerd worden wil het herstelrecht “als nieuw paradigma een volwaardige plaats krijgen”.⁵

A. SCHAAMTE, SPIJT EN VERGEVING

DE HERT problematiseert het moraliserende karakter van het herstelrecht en de herstellende functie die aan schaamte en spijt wordt toegedicht. De theorie zet volgens hem uiteen dat de dader tijdens de ontmoeting tot inkeer komt, waarbij de dader laat zien dat hij zich schaamt. Dat zou verzoening kunnen bewerkstelligen. De Waarheidscommissie in Zuid-Afrika geldt daarbij als lichtend voorbeeld. Om duidelijk te maken dat het hier om een romantische voorstelling van zaken gaat, voert DE HERT de roman *Disgrace* van J.M. COETZEE ten tonele. Hoogleraar Lurie heeft met een studente geslapen en wordt door de universitaire commissie van geschilbeslechting op het matje geroepen. Hij bekent schuld maar weigert zijn excuses aan te bieden. Voor dat loze gebaar voelt hij niets, omdat spijt “een open uitnodiging (is) om komedie te spelen”.⁶ COETZEE'S boodschap is dat een spijtbetuiging in een gespleten land als Zuid-Afrika weinig zinvol is om pacificatie te bewerkstelligen. Het geëscaleerde geweld kan niet met spijt te boven worden gekomen. Nadat Lurie zijn baan heeft verloren, leeft hij samen met zijn dochter in een afgelegen boerderij. Zij is door kleurlingen verkracht, maar kiest ervoor te leren leven met het onrecht. Van verzoening of vergeving is geen sprake. Ook dat duidt er volgens DE HERT op dat de moraliserende vooronderstellingen van het verzoeningsmodel een slag in de lucht zijn. Immers, in de periode van postapartheid schuwen zowel zwarten als blanken het geweld niet. Er bestaat geen gemeenschap en die gemeenschappelijkheid is ook overbodig. Het gaat er volgens DE HERT om minderheden te beschermen zodat zij ongedwongen hun eigen verhaal kunnen vertellen, niet om bruggen te leggen waar dat niet kan.

Het tonen van schaamte, vervolgt hij, is in de praktijk niet haalbaar maar ook niet wenselijk. “*Shaming of ‘iemand tot schaamte dwingen’ is een contradictio in terminis en verwordt in de praktijk noodgedwongen tot pure vernedering. (...) De menselijke waardigheid vaart er alles behalve goed bij.*”⁷ We kunnen het beter bij het vaststellen van schuld houden en dat is de reden waarom DE HERT het strafproces in navolging van filosoof Ricoeur zindelijker vindt dan het gemodder met schaamte en verzoening.

De auteur veronderstelt dat handige daders zullen toestemmen met een herstelgesprek ten einde strafvermindering te realiseren: “*Voor hen volstaat het met make-up schaamrood aan te brengen op de wangen en goed te onderhandelen. Het*

⁵ *Ibid.*, 169.

⁶ *Ibid.*, 180.

⁷ *Idem.*

*is de vraag of de publieke opinie nog lang begrip zal tonen voor deze schaamteloze pervertering van rechtvaardigheid.*⁸

B. RECHTVAARDIGHEID

DE HERT plaatst ook vraagtekens bij het herstelrechtelijke model van rechtvaardigheid. Dat model “*garandeert geenszins een meer menselijke justitie, wat nochtans de pretentie vormt van het herstelrecht*”.⁹ Wederom fungeren de denkbeelden van WALGRAVE als schietschijf. In herstelrechtelijke ontmoetingen die hij voorstaat, vindt namelijk een “*volledige privatisering van het proces plaats, alsmede een scaling down van bevoegdheden*”.¹⁰ De publieke belangen die bij misdaad op het spel staan worden niet onderkend, terwijl de publieke opinie niet aanwezig is. Alle aandacht gaat uit naar de te herstellen schade. Nagelaten wordt “*via het woord het conflict te transformeren*”.¹¹ Tegelijk blijft onduidelijk hoe de publieke vergeldingsdrang omgebogen kan worden.

Een geprivatiseerd strafrecht, vervolgt hij, gaat voorbij aan de ongelijksoortige posities van slachtoffer en verdachte. De laatste verdient bescherming tegen de overmacht van de staat en zijn belangen mogen niet in het gedrang komen door erkenning van de belangen van het slachtoffer. In dat verband wijst DE HERT erop dat de behartiging van belangen van het slachtoffer in het strafproces minder direct tot uitdrukking horen te komen. “*De grondslag voor de participatie van het slachtoffer ligt niet (zozeer) in de schade die hij lijdt (dat is een burgerrechtelijke aangelegenheid) dan wel in de inbreuk op diens rechten als burger*.”¹² Volgens de auteur onderkent het herstelrecht te weinig dat de normoverschrijding een publieke dimensie heeft. “*Het doet alsof er geen conflicten zijn die de maatschappelijke ordening raken voorbij het belang van het slachtoffer*.”¹³

Aan het slot van zijn essay merkt DE HERT op dat het herstelrechtelijke denken op termijn antwoorden zal vinden op de twee pijnpunten. En hij voorspelt in 2004 al dat er ersatzinstituten zullen komen die de rol van aanklager en rechter gaan vervullen. Toch vraagt hij zich af of het zover zal komen want het herstelrecht borduurt al te gretig verder “*op de moraliserende behoeften bij delen van de bevolking*”. Het is niet te verwachten dat het herstelrecht zal bijdragen “*tot het noodzakelijke onderricht van een republikeinse distantie die ons rechtssysteem behoeft*”.¹⁴

In 2009 plaatst Paul DE HERT wederom enkele kritische kanttekeningen bij het herstelrecht, nu in reactie op WALGRAVES boek *Restorative Justice, Self-*

⁸ *Ibid.*, 192.

⁹ *Ibid.*, 169.

¹⁰ *Ibid.*, 184.

¹¹ *Idem.*

¹² *Ibid.*, 187.

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Ibid.*, 192.

Interest and Responsible Citizenship dat destijds net was verschenen.¹⁵ Hij vindt het merkwaardig dat WALGRAVE het strafrecht *a priori* afwijst op grond van de opvatting dat straf intentionele leedtoevoeging behelst. DE HERT wijst erop dat sancties die bedacht zijn binnen het herstelrecht ook punitieve componenten hebben. Kenmerkend voor die sancties is dat de dader inspanningsverplichtingen op zich moet nemen die hij in de praktijk als straf zal ervaren. Waarom dan het strafconcept in zijn geheel van tafel vegen zoals WALGRAVE doet?¹⁶

Het is de taak van het recht – Ricoeur indachtig – de juiste distantie te creëren ten einde het gewelddadige conflict te transformeren, en een brug te slaan tussen dat geweld en het woord van justitie. Die distantie zou ook betrekking moeten hebben op de behoeften van het slachtoffer, onderstreept DE HERT, want er zijn slachtoffers die hun emoties als leidraad nemen of nooit voldaan zijn. Maar in het herstelrecht wordt volgens hem het slachtoffer heilig verklaard. Hoe dan te zorgen dat de dader niet wordt opgezadeld met een disproportionele straf? Illustratief is dat Lode WALGRAVE een regeling verwerpt waarbij een kansarme dader de integrale waarde van een auto moet terugbetalen die hij in de soep heeft gereden. Dat zou excessief zijn en gaat de draagkracht van die jongen voorbij. Maar wie moet in de wereld van conflictbeslechting de broodnodige correctie aanbrengen? En wie maakt duidelijk dat rechtvaardigheid meer betreft dan alleen materiële schadevergoeding? Het herstelrecht blijft dus aangewezen op “*een onafhankelijke derde die in naam van het algemeen belang recht spreekt*”.¹⁷

III. DE KRITIEK OP HET HERSTELRECHT GEWOGEN

DE HERT legt het herstelrecht op de pijnbank. Dat levert heldere inzichten op waar de beweging niet om heen kan: de eenzijdige focus op schade zonder veel aandacht te besteden aan de inbreuk op de norm, en gekunstelde pogingen om de term ‘straf’ buiten de deur te houden. Veel van zijn kanttekeningen snijden hout. Ongelukkigergewijs zijn schaamte en beschaming een tijdje de centrale theoretische concepten van het herstelrecht geweest. Intussen wordt ingezien dat schaamtegevoelens de communicatie tussen slachtoffer en dader danig in de weg kunnen

¹⁵ P. DE HERT, “Waarom herstel niet tot de kerntaken behoort. Bedenkingen bij Walgraves rechts-onbehagen”, *Tijdschrift voor Herstelrecht* 2009, afl.3, 39-46. GUTWIRTH en DE HERT herhalen veel standpunten in “To Restore or Punish: A False Alternative” in D. CORNWELL et al. (eds.), *Civilising Criminal Justice. An International Restorative Agenda for Penal Reform*, Waterside Press, 2013, 287-314. Zo beschrijven zij de maximalistische opvatting van WALGRAVE als ‘extrem’, mede omdat hij alle rechtswaarborgen over boord zou willen gooien (p. 296).

¹⁶ DE HERT en GUTWIRTH merken in dit verband op: “Ook alternatieve sancties worden nooit vrijwillig uitgevoerd en “voegen” dus leed toe. Leed zit dan quasi overal.” Zie “Het leedprincipe, het strafbegrip en de schuld zonder straf. De fixatie op leedtoevoegende straffen in het strafrecht” in A. DE NAUW e.a. (eds.), *Liber Amicorum Alain De Nauw*, Brugge, die Keure, 2011, 144.

¹⁷ P. DE HERT, “Waarom herstel niet tot de kerntaken behoort. Bedenkingen bij Walgraves rechtsonbehagen”, *Tijdschrift voor Herstelrecht* 2009, afl.3, 42.

zitten. Nu is het wel zo dat herstelrecht geen spijt of schaamte van de dader *eist*, zoals DE HERT zegt, maar er zijn wel herstelrechtelijke aanhangers die dergelijke emoties in het kader van verzoening een schone taak toeschrijven. Bij dat ‘warme bad’ en de wederzijdse omhelzing plaatst DE HERT terecht veel vraagtekens. Herstelrechtsdenkers mogen zich dat aantrekken. Velen hebben zich danig verslikt in de doornige thematiek van schaamte en vergeving.

Anderzijds overdrijft DE HERT schromelijk wanneer hij zegt dat een ‘herstelrechtelijke komedie der schaamte’ wordt opgevoerd om strafvermindering te verkrijgen. Daders die tijdens de ontmoeting de strategie willen uithangen zouden tijdens de confrontatie snel door de mand vallen. Onderzoeksbevindingen leren dat een suggestie van de dader in die richting snel ‘einde gesprek’ betekent. Er zijn ongetwijfeld daders die zich tijdens het gesprek mooier hadden willen voordoen dan ze zijn. Maar zodra ze de ruimte delen met het slachtoffer, de mediator en andere belanghebbenden wordt de onderlinge communicatie bepaald door het emotionele regime van het herstelrecht waar theatrale uitingen uit den boze zijn. In die context voelt het overgrote deel van de (jonge) daders zich opgelaten, bedrukt en vervreemd, nog zonder dat een woord of blik is gewisseld.¹⁸

DE HERT zegt terecht dat de inbreuk de grondslag vormt voor participatie van het slachtoffer, niet de schade. Uit veel onderzoek naar ervaringen van slachtoffers die in een herstelrechtelijk proces hebben geparticipeerd, blijkt dat die inbreuk hun dwarszit. Het materiële herstel interesseert ze niet zo veel. Het gaat ze om de genoegdoening in de betekenis van erkenning en het hervinden van zelfrespect. Dat wordt ook wel vindicatie genoemd: herstel van waarde en waardigheid (archaïsch: je eer opeisen).¹⁹

Zoals opgemerkt, is het essay van DE HERT geschreven in een periode dat er nog veel onduidelijkheden waren rondom de wettelijke verankering van het herstelrecht. Bij de magistratuur bestonden veel reserves om *mediation* een plek te geven in de strafrechtspleging. In Nederland zijn intussen de herstelvoorzieningen juridisch afgebakend. Als het gaat om *mediation* in strafzaken nemen magistraten de eindbeslissing, waarbij zij rekening houden met de inhoud van de overeenkomst tussen slachtoffer en dader. Om die reden kan zich niet het verlies aan rechtvaardigheid voordoen waaraan DE HERT refereert: officieren van justitie en rechters hebben de mogelijkheid om de te betalen schadevergoeding te minderen of juist een bijkomende sanctie op te leggen indien zij de overeenkomst niet proportioneel achten. Er is dus voorzien in wat DE HERT ‘dwingende publiek-

¹⁸ B. VAN STOKKOM, “Het emotionele regime van herstelrecht. Lastige uittingsregels en veeleisend emotiewerk”, *Tijdschrift voor Herstelrecht* 2022, afl. 1, 22-37.

¹⁹ Zie daarvoor W. KAUFMAN, *Honor and Revenge: A Theory of Punishment*, Dordrecht, Springer, 2013. Genoegdoening verwijst dus niet enkel naar strafbehoefte, zoals vaak wordt beweerd. Slachtoffers die in herstelrecht participeren wensen juist dat de dader in de toekomst niet meer over de schreef gaat. Zie B. VAN STOKKOM, “Genoegdoening. Tussen punitieve verlangens en publieke redelijkheid” in B. VAN STOKKOM (ed.), *Genoegdoening en redelijkheid. Over de grenzen van slachtofferemancipatie*, Den Haag, BJU, 2019, 135-163. De hierboven verwoorde definitie van vindicatie wijkt af van die van GUTWIRTH en DE HERT: zij verwijzen naar horizontale relaties en zelf conflicten afdoen.

rechtelijke inmenging' noemt. De verschillen zijn van geval tot geval geplaveid en de mogelijke chaos van consensuele oplossingen gebaseerd op individuele waarden zijn ongedaan gemaakt. Herstellende rechtvaardigheid heeft keurig binnen de lijntjes van het publieke recht een plek gevonden.

Het is dan ook niet meer opportuun te stellen dat het herstelrechtelijke denken pretendeert een alternatief te zijn voor het klassieke strafrecht. We zien eerder een omgekeerde tendens waarbij de herstelrechtelijke beweging aansluiting tracht te vinden bij hervormingsgezinde ontwikkelingen in en rondom het strafrecht, waaronder projecten van slachtofferbewust werken in de reclassering, de vorming van steunnetwerken rondom ex-gedetineerden, *therapeutic jurisprudence* en lokale vormen van wijkrechtspraak.

GUTWIRTH en DE HERT gaan eraan voorbij dat de herstelrechtelijke beweging vele denkrichtingen kent, van orthodox tot vrijzinnig, van idealistisch tot pragmatisch. Te midden van het 'tumult' rond 2000 was dat overigens nog niet goed zichtbaar. Het herstelrecht manifesteerde zich voornamelijk als alternatief voor een repressief strafrechtelijk systeem.²⁰ Hoe dat verder ook zij, het zou unfair zijn alle herstelrechtsdenkers over één kam te scheren. Net als de denkwereld van het strafrecht bestaat het herstelrecht uit een eilandenrijk van uiteenlopende en elkaar vaak tegensprekende opvattingen en gezindheden.

Wat de opvattingen van WALGRAVE betreft nog het volgende. Dat hij rechtswaarborgen terzijde zou willen leggen, is al te kras geformuleerd. In WALGRAVES woorden: "Een maximalistische opvatting van herstelrecht werpt zich op als een alternatief voor het strafrecht, maar verwerpt daarom het recht en de gerechtelijke ingreep niet."²¹ In zijn boek merkt hij op dat de wettelijke bepalingen rondom het strafrecht herzien en geherformuleerd dienen te worden, zodanig dat het constructieve potentieel van herstelrecht wordt gewaarborgd.²² Dwarsbomen van pluralistisch samenleven behoort bepaald niet tot WALGRAVES sociaal-politieke repertoire.

IV. HERSTELRECHT OVERHEVELEN NAAR HET BURGERLIJK RECHT?

In deze paragraaf bespreek ik de rigoureuze herschikking van taken tussen rechtsgebieden die GUTWIRTH en DE HERT voor ogen staat. Het gaat om een origineel gedachtenexperiment waarvan de contouren in vele publicaties zijn geschetst en

²⁰ GUTWIRTH en DE HERT suggereren dat herstelrecht het voornemen heeft "niet naast maar in de plaats van het strafrecht" te komen. Zie S. GUTWIRTH en P. DE HERT, "Grondslagetheoretische variaties op de grens tussen het strafrecht en het burgerlijk recht. Perspectieven op schuld-, risico- en strafrechtelijke aansprakelijkheid, slachtofferclaims, buitengerechtelijke afdoening en restorative justice" in K. BOONEN et al. (eds.), *De weging van 't Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht*, Deventer, Kluwer, 2002, 167.

²¹ L. WALGRAVE, "Een maximalistische visie op herstelrecht", *Tijdschrift voor Herstelrecht* 2009, afl. 3, 20.

²² L. WALGRAVE, *Restorative Justice, Self-Interest and Responsible Citizenship*, Cullompton, Willan, 2008, 156.

waarvan de logica als volgt kan worden beschreven: omdat het strafrecht vanwege zijn 'barbaarse' inslag zo schaars mogelijk hoort te zijn is het verstandig het burgerlijke recht op te tuigen tot een quasi-delictueel aansprakelijkheidsrecht dat ook herstelrechtelijke conflictoplossing omvat. De symbolische schuldafrekening, de genoegdoening die slachtoffers zo sterk op prijs stellen, zou daar het beste tot zijn recht komen. Ik zal hieronder enige kanttekeningen bij dit voorstel plaatsen.

De auteurs wijzen erop dat de macht van de staat 'erg brutaal' tot uiting komt in het strafrecht. Indien dat domein "*het meest barbaarse rechtsgebied is, dan is het tijd om het maximaal te 'civiliseren', dat wil zeggen het zoveel als mogelijk naar het burgerlijk recht over te hevelen*".²³ Tot straf moet alleen de toevlucht worden genomen indien andere sociale nalevings- en handhavingsvormen hebben gefaald. Binnen dat domein is een 'permanent besef van zijn eigen drastische karakter' nodig.²⁴ Strafrecht zou per definitie 'schaars recht' moeten zijn en zou uitsluitend moeten worden gereserveerd voor grove schendingen van maatschappelijke grondwaarden.²⁵ Het strafrecht behoort dan ook marginaal en minimaal te zijn vergeleken met andere rechtsgebieden, en zich te beperken tot "*criminalisering van daden die de grondwaarden van de samenleving opzettelijk schenden*".²⁶

GUTWIRTH en DE HERT proberen een dam op te werpen tegen de uitdijning van het strafrechtelijke systeem. Vanaf de jaren tachtig is de trend van penalisering en criminalisering almaar sterker geworden en bijgevolg worden steeds meer zaken door de strafrechtsfabriek geduwd. Door bulkzaken over te hevelen naar het burgerlijk recht zou die trend omgebogen kunnen worden. Zo zijn burgerrechtelijke afdoeningen van diefstal voorstelbaar indien dader en slachtoffer het daarover eens zijn. Ook de herstelrechtelijke confrontatie zou in het burgerlijke recht kunnen en moeten plaatsvinden. Volgens de auteurs zou die herschikking veel voordelen hebben: je vermijdt het stigmatiserende karakter van het strafrecht voor de dader en 'een overdaad aan strafrechtelijke vervolgingen', terwijl het slachtoffer een volwaardige plaats heeft in de procedure.²⁷ Ze voegen er evenwel aan toe dat die overheveling niet vanzelfsprekend is. Want de quasi-delictuele aansprakelijkheid die het burgerlijk recht van aanvang af tot zijn taken rekende, is verwaterd. De symbolische schuldafrekening en de afkeuring (de veroordeling

²³ S. GUTWIRTH en P. DE HERT, "Grondslagentheoretische variaties op de grens tussen het strafrecht en het burgerlijk recht. Perspectieven op schuld-, risico- en strafrechtelijke aansprakelijkheid, slachtofferclaims, buitengerechtelijke afdoening en restorative justice" in K. BOONEN et al. (eds.), *De weging van 't Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht*, Deventer, Kluwer, 2002, 139.

²⁴ *Ibid.*, 156.

²⁵ *Ibid.*, 151.

²⁶ P. DE HERT en S. GUTWIRTH, "Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers", *Delikt en Delinkwent* 2001, 1079.

²⁷ S. GUTWIRTH en P. DE HERT, "Grondslagentheoretische variaties op de grens tussen het strafrecht en het burgerlijk recht. Perspectieven op schuld-, risico- en strafrechtelijke aansprakelijkheid, slachtofferclaims, buitengerechtelijke afdoening en restorative justice" in K. BOONEN et al. (eds.), *De weging van 't Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht*, Deventer, Kluwer, 2002, 161.

van een ‘fout’) zijn op de achtergrond geraakt. De auteurs pleiten daarom voor een opwaardering van de morele symboliek van verantwoordelijkheid en schuld die de positie van het burgerlijk recht kan verstevigen. Dan zouden civiele rechters weer op accurate wijze de ‘foute’ gedraging kunnen aanwijzen en zouden slachtoffers in dat rechtsdomein op genoegdoening kunnen rekenen.²⁸

A. HET STRAFRECHT IS ER OOK VOOR SLACHTOFFERS

De formulering van deze visionaire herschikking, hoe logisch en potentieel aantrekkelijk ook, roept de vraag op in hoeverre waardeherstel voor slachtoffers (vindicatie) en herstelrechtelijke confrontaties bij het burgerlijk recht passen. Ik plaats eerst enkele vraagtekens bij het (klassieke) uitgangspunt dat de auteurs herhaaldelijk verwoorden, namelijk dat het strafrecht er niet is om tegemoet te komen aan de behoeften van slachtoffers. Dat standpunt lijkt inmiddels nog maar weinig aanhangers te hebben, althans in Nederland. Er lijkt brede overeenstemming te zijn dat de belangen en behoeften van slachtoffers meetellen en dat die ook in publiek opzicht van belang zijn. Publieke normen kunnen aan helderheid winnen wanneer je uit de mond van slachtoffers hoort wat hen is aangedaan. De legitimiteit van het strafrecht is ermee gebaat dat de visie van slachtoffers op het gebeurde doorklinkt. Om die reden lijkt het van belang dat slachtoffers hun visie tijdens het strafproces kunnen verwoorden mochten zij dat wensen. Zij dienen dat spreekrecht wel als burger te benutten, inclusief de bijbehorende verantwoordelijkheden, en niet als persoon die louter van het ondergane leed getuigt.²⁹

Tegelijkertijd wordt meer en meer erkend dat schadevergoeding tot de strafdoelen behoort. In termen van Renée KOOL: “*Het delictgebonden schadeverhaal is dieper geworteld geraakt in het strafrechtelijk vertoog en onderdeel geworden van de bestraffing in bredere zin.*”³⁰ Ze wijst erop dat het strafbegrip in Nederland is verruimd waarbij het bieden van genoegdoening een grotere rol vervult. Volgens KOOL berust de schadevergoeding overigens niet op een publiekrechtelijke grondslag (het schadeverhaal vindt immers zijn grondslag in de private aansprakelijkheid), maar “*de aanspraak op ondersteuning bij het wegnemen van leed*” is daar wel op gebaseerd.³¹ Die aanspraak duidt op een behoefte vanuit ervaren onrecht die verder reikt dan financiële compensatie: het gaat primair om waardeherstel. De grondgedachte is dat slachtoffers in staat worden gesteld de gevolgen van het

²⁸ *Ibid.*, 153.

²⁹ B. VAN STOKKOM (ed.), *Genoegdoening en redelijkheid. Over de grenzen van slachtofferemancipatie*, Den Haag, BJU, 2019. Over de volwaardige integratie van slachtoffers in het strafproces zie M. KILCHLING en H. KURY, “Het Duitse recht op nevenschik aanklagen”, *Tijdschrift voor Herstelrecht*, afl. 1, 2014, 44-66.

³⁰ R. KOOL, “Vergoeden is vergelden? Het strafrechtelijke schadeverhaal naar aanleiding van strafbare feiten anno 2022”, *NJB* 2022, afl. 13, 956.

³¹ *Ibid.*, 958.

strafbare feit achter zich te laten. Daarnaast bevredigt de schadevergoeding – het offer dat de dader ter genoegdoening moet brengen – het geschokte publieke rechtsgevoel.

B. DE HERSTELRECHTELIJKE CONFRONTATIE VERSUS HOOR EN WEDERHOOR

Het voorgaande laat onverlet dat de herstelrechtelijke procedure theoretisch ondergebracht had kunnen worden bij het burgerlijke recht zoals GUTWIRTH en DE HERT hebben uiteengezet. De burgerlijke rechter had dan na het afwickelen van die procedure zijn of haar visie op de overeenkomst tussen slachtoffer en dader kunnen geven en die eventueel kunnen bijstellen. Maar ik meen dat de herstelrechtelijke confrontatie toch beter lijkt aan te sluiten op de genoemde publiekrechtelijke grondslag van “*aanspraak op ondersteuning bij het wegnemen van leed*”.

Veel misdrijven brengen bij slachtoffers een diepe onrechtveraring en zelfverlies met zich mee. Zij hebben een aanslag op hun identiteit te verduren gekregen. Denk aan geweldsdelicten maar bijvoorbeeld ook het blootgesteld zijn aan een digitale heksenjacht of aanhoudend pestgedrag. Vaak willen juist die slachtoffers in een herstelrechtelijke ontmoeting participeren om antwoorden te krijgen op de vraag ‘Waarom ik?’ Zij wensen eerherstel zodat zij hun ‘zelf’ kunnen hervinden. Een procedure met een vindicatieve enscenering die aanleunt tegen het strafrecht lijkt hier op zijn plaats. Ook omdat het strafrecht zich expliciet ten doel stelt om de incorrecte, zelfzuchtige boodschap die de misdaad vergezelt, ongedaan te maken. Het herstelrecht kan dan ook worden opgevat als een beschaafd ritueel van terechtwijzen (de dader de spiegel voorhouden) en vindiceren (stimuleren dat het slachtoffer zijn zelfrespect hervindt); dat laatste niet zozeer in de betekenis van ‘terugvorderen’, maar van ‘bevrijding van een last’.

Bovendien, het civielrechtelijke beginsel van hoor en wederhoor lijkt moeilijk aan te sluiten op de herstelrechtelijke ontmoeting. De tegenspraak van de dader is namelijk aan grenzen gebonden. Hij heeft schuld bekend en staat bij het slachtoffer in het krijt. Daarover bestaat voorafgaand aan de ontmoeting reeds duidelijkheid. De dader weet dat van hem een dienstbare rol wordt verwacht en er kan dus geen sprake zijn van een gelijke afweging van elkaars belangen. De verhouding is scheef: de waardigheid van het slachtoffer is met voeten getreden en om die reden verdient hij of zij tijdens de herstelrechtelijke ontmoeting extra aandacht en bescherming. Met andere woorden, de partijen zijn *de facto*, gezien vanuit de moreel-communicatieve dimensie, niet gelijkwaardig aan elkaar. De dader komt niet toe aan de rol van ‘verweerder’, anders dan de adversaire formule van hoor en wederhoor veronderstelt. Het burgerlijke recht lijkt in veel opzichten een ander spoor te volgen.

V. NAAR EEN HUMAAN STRAFCONCEPT

Soms lijken DE HERT en GUTWIRTH hun sceptische visie op het herstelrecht bij te stellen. Zo merken ze in 2011 op dat er minder afstand bestaat tussen *restorative justice* en de traditionele justitie dan vaak wordt gezegd. “*Hoewel we principieel van oordeel zijn dat herstellen een taak vormt voor de burgerlijke rechter (herstel t.a.v. de burger) en administratief rechter (herstel t.a.v. de overheid), verzet zich geen beginsel van het strafrecht tegen het creatief aanvullen van het sanctiepalet met oog voor belangen zoals herstel en resocialisatie, naast vergelding.*”³² Naast herstel zou ook een concept als berouw in het strafrecht ingevoegd kunnen worden. Dat lijkt de auteurs ‘onvermijdelijk en rechtvaardig’.³³

De auteurs lijken dus wel degelijk belang te hechten aan de morele emoties die kenmerkend zijn voor het confessionele ethos van het herstelrecht, waaronder wroeging en de wens zich te verontschuldigen. Ik meen dan ook dat het onbehagen van de auteurs vooral het gangbare strafconcept betreft. Ze hebben een ander type strafrecht voor ogen, een humaan strafrecht dat zich niet enkel laat leiden door beginselen van afschrikking en leedtoevoeging. In dat opzicht blijken hun opvattingen dus verwant te zijn met die van veel herstelrechtsdenkers.³⁴ Om dat te illustreren bespreek ik ten slotte enkele aspecten van hun kritiek op de klassieke opvatting van straf als leedtoevoeging.

DE HERT en GUTWIRTH keren zich tegen de fixatie op het leedprincipe, zo kenmerkend voor veel strafrechtwetenschappers. In hun ogen is dat oude strafbegrip onbevredigend. De kunst is, merken zij op, om de leedcomponent in veel straffen te erkennen en tegelijk rekening te houden met andere componenten. “*Het strafrecht is ons inziens toe aan een meer modern strafbegrip waaruit een meer verfijnd zelfbegrip spreekt.*”³⁵ Dat de meeste sancties een leedcomponent bevatten wil niet zeggen dat “*er bij iedere strafkeuze in de eerste plaats roer gehouden moet worden op de leedcomponent*”.³⁶ Bovendien is die leedcomponent ook in veel niet-strafrechtelijke sancties aanwezig.

De auteurs pleiten voor een visie waarin het strafrecht als een delictueel aansprakelijkheidsrecht wordt gezien, eerder dan een sanctierecht. “*De reductie van ‘strafrecht’ tot ‘straffen’ vormt ongetwijfeld een van de grootste misrepresentaties in de strafrechtelijke theorievorming.*”³⁷ In de praktijk gaat de rechter eerst na of er sprake is van een afwijking van de strafwet, stelt vervolgens vast of bepaald

³² P. DE HERT en S. GUTWIRTH, “Het leedprincipe, het strafbegrip en de schuld zonder straf. De fixatie op leedtoevoegende straffen in het strafrecht” in A. DE NAUW e.a. (eds.), *Liber Amicorum Alain De Nauw*, Brugge, Die Keure, 2011, 144-145.

³³ *Ibid.*, 152.

³⁴ Zo bespreken zij het proefschrift van herstelrechtsdenker Jacques Claessen positief (*Ibid.*, *passim*).

³⁵ *Ibid.*, 144.

³⁶ *Ibid.*, 155.

³⁷ *Ibid.*, 147.

foutief gedrag aan een persoon kan worden toegeschreven en ten slotte volgt een eventuele veroordeling. De auteurs voegen eraan toe dat ‘norm(her)stelling’ en ‘normbevestiging door casuïstiek’ de essentie van het strafrecht uitmaken.

Volgens DE HERT beoogt het orthodoxe strafrecht de eigen discipline af te bakenen van andere rechtsdomeinen door de leedstraf als markeringspunt te nemen. Steeds weer is die afbakendingsdrang waarneembaar en die resulteert in “nogal ongepolijste typering van het strafrecht”.³⁸ De zorg om humaan te straffen lijkt ondergeschikt te zijn aan die wens tot afbakening. Een andere verklaring voor de gewoonte om strafrecht met sanctierecht te vereenzelvigen is dat strafrechtsdenkers kritiekloos de traditie omarmen: “*De strafplicht niet als keuze, doch als theoretische onnadenkendheid.*”³⁹ Velen geloven in navolging van Kant en Hegel dat het vermogen stelselmatig te straffen kenmerkend zou zijn voor het strafrecht. Het is echter pijnlijk duidelijk, vervolgt de auteur, dat deze filosofen nooit op geloofwaardige wijze hebben aangetoond dat straf noodzakelijk is om het geschonden recht te bevestigen. Kant meende zelfs van de wreedaardige *talio* een categorisch imperatief te moeten maken. Hij komt tot het oordeel dat “*elk misdrijf steeds gestraft moet worden en dit zonder enige utilitaristische rechtvaardiging anders dan het belang van de geschonden regel*”.⁴⁰

Met die analyse kunnen we geheel instemmen. Om humaan strafrecht ingang te laten vinden, kunnen we beter aansluiten bij de denktraditie van Montesquieu en Beccaria waarin matiging en redelijkheid voorop staan. Vergeleken met hun kritiek op tirannieke bestraffingspraktijken moeten Kants starre frasen over de noodzaak van de *talio* – en de doodstraf – als een grote terugval in humaniteit beschouwd worden. Merkwaardig dat veel rechtsgeleerden Kant een impo- sant denker blijven noemen als het om zijn straftheorie gaat. Met Paul DE HERT beamen we dat het denken over bestraffing nog altijd een grote schoonmaak behoeft.

³⁸ P. DE HERT, “From ‘Can Punish’ to ‘Must Punish’: Over de strafplicht en de sprong van ought naar is bij Kelsen en vele anderen” in M.-C. FOLETS, M. HILDEBRANDT, en J. STEENBERGEN (eds.), *Liber Amicorum René Foqué*, Brussel, Larcier, 2011, 197.

³⁹ *Ibid.*, 209.

⁴⁰ *Ibid.*, 203/4.