



Universiteit
Leiden

The Netherlands

**Herstelrecht in een 'risicovolle' context:
Mogelijkheden, beperkingen en nieuwe kansen**
Cleiren, C.P.M.

Citation

Cleiren, C. P. M. (2006). Herstelrecht in een 'risicovolle' context: Mogelijkheden, beperkingen en nieuwe kansen. *Tijdschrift Voor Herstelrecht*, 6(1), 38-47. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/16208>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16208>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Herstelrecht in een 'risicovolle' context

Mogelijkheden, beperkingen en nieuwe kansen

C.P.M. Cleiren

1 Inleiding

In het denken over herstel en herstelrecht loopt de Nederlandse strafrechtwetenschap bepaald niet voorop. Daargelaten dat het gedachtegoed van Hulsman en Bianchi op essentiële onderdelen overeenkomsten vertoont met elementen uit de huidige discussies heeft de discussie over herstel en herstelrecht zich niet breed geworteld in het Nederlands academisch strafrechtelijk discours.¹ Dit neemt niet weg dat diverse wetenschappers belangrijke bijdragen hebben geleverd aan de ontwikkeling en de verbreiding van dat gedachtegoed in het wetenschappelijk debat en aan ontwikkelingen in de richting van vormen van herstel en herstelrecht in de samenleving.² Daarnaast is vanuit het maatschappelijk werk en de hulpverleningssector behoorlijk geïnvesteerd in ontwikkelingen van vormen van herstel en bijgedragen aan het debat over herstelrecht. Deze investeringen lijken evenwel veelvuldig van de tafel te worden geveegd op andere dan inhoudelijke gronden. Het stopzetten van subsidies, het onderbrengen van bepaalde vormen van hulpverlening bij andere instanties et cetera heeft de ontwikkeling rondom herstel en herstelrecht in Nederland bepaald niet positief beïnvloed.

Deze constatering nemen natuurlijk niet weg dat het noodzakelijk is dat strafrechtwetenschappers nadenken over de essentiële functies van de maatschappelijke reactie op misdaad. Die bezinning is en blijft noodzakelijk en het debat over herstelrecht kan daaraan een belangrijke bijdrage leveren. Een vraag die dan ook als vanzelf opkomt, is waarom herstel en herstelrecht zo moeizaam vaste grond onder de voeten krijgen in ons land en of in potentiële verklaringen daarvoor ook aanknopingspunten en argumenten kunnen worden gevonden om het tij te keren. Deze vraag wil ik in deze bijdrage aan een denkoefening onderwerpen.

2 Verschijningsvormen

Er bestaat geen algemeen aanvaarde definitie van wat onder herstelrecht moet worden verstaan. Lode Walgrave omschreef in 1999 herstelrecht als volgt: een visie op recht doen die prioriteit geeft aan het herstel van de schade, leed en sociale onrust die door een misdrijf zijn ontstaan. Waar binnen het traditionele strafrecht vergelding als primair doel wordt benoemd, ligt het primaire doel van het

1 De Nederlandse strafrechtwetenschap is – internationaal bezien – de laatste vijftig jaar geen voorloper als het gaat om ontwikkelingen die raken aan traditionele dogmatische uitgangspunten, een vaststelling die men ook op mijn eigen werk kan en mag betrekken.

2 Men moet hierbij onder meer denken aan Groenhijzen, Blad en Van Swaaningen.

herstelrecht dus in het herstel van de aangerichte schade. Leedtoevoeging wordt niet nagestreefd, maar kan wel een neveneffect zijn (Walgrave 1999). In de ogen van sommige auteurs is het mogelijk vergelding binnen de notie van '*restorative justice*' een plaats te geven. Diverse andere auteurs, waaronder de op dit terrein zeer gezaghebbende Braithwaite, delen die mening niet.

Spreeken en denken over herstelrecht heeft de afgelopen jaren in het strafrechtelijk discours vele vormen aangenomen. Soms wordt met het begrip herstelrecht geduid op een recht in de betekenis van een persoonlijke claim ten opzichte van een ander die de betrokkene onrecht heeft aangedaan. In andere gevallen duidt men met het begrip herstelrecht op een juridisch erkend en potentieel te gelde te maken claim ten opzichte van degene die betrokkene onrecht heeft aangedaan. Ook de gronden waarop de claim valt te rechtvaardigen zijn van te onderscheiden aard. Zo bevatten de rechtvaardigende argumentaties elementen gebaseerd op tegemoetkoming in financiële schade, op immateriële schade, op vergelding en op wraak. Een soortgelijke diversiteit kan men onderkennen in de doelen die worden aangevoerd ter onderbouwing van herstelrecht. Men spreekt onder meer in termen van genoegdoening, van compensatie van leed en schade, van het herstellen van een basis voor een gezamenlijke toekomst, het herstellen van het verstoorde evenwicht en het herstel van materiële en immateriële schade. De instrumenten en middelen die worden benoemd om herstel te bewerkstelligen zijn ook divers van aard. Diverse voorstanders bepleiten een juridisch gegarandeerd recht, anderen een persoonlijk te bewerkstelligen actie. Sommigen verdedigen een zelfstandige, autonome claim langs juridisch gewaarborgde paden, anderen een persoonlijke claim, complementair aan 'traditionele' juridische procedures. De middelen die worden genoemd om de doelen te bereiken lopen ook uiteen. Sommigen zien daar een persoonlijke of juridische verplichting waarvan de naleving wordt geregeld en gewaarborgd met behulp van vastgelegde procedures, anderen zien weer meer in zeer informele vormen van gesprek, bemiddeling en begeleid werken aan een gezamenlijke toekomst.

Kortom, het is in de Nederlandse context niet goed mogelijk om eenvoudigweg over herstelrecht te spreken. En dat is niet verwonderlijk omdat het merendeel van verschijningsvormen van strafrechtelijk georiënteerd herstelrecht niet zijn geformaliseerd. Internationaal gezien heeft het denken over herstelrecht de afgelopen jaren stevige ontwikkelingen doorgemaakt. Illustratief daarvoor zijn de vele publicaties en vormen van herstel(recht) in Australië, Canada, het Verenigd Koninkrijk en bij onze zuiderburen. De door sommige auteurs uitgezette lijnen laten zien dat het wetenschappelijk debat over herstel en herstelrecht nauw verbonden is met elementen uit onze (goeddeels) nationale traditionele straf- en strafrechtstheorieën. Zo voerde recentelijk Lode Walgrave een denkoefening uit waarin hij herstelrecht toetst aan de principes van het retributieve strafrecht (Walgrave 2005). Hij legt de relatie tussen de afkeuring van de daad die in het strafproces aan de orde is en de herstelgerichte afkeuring die de kwaliteit van het sociale leven centraal stelt. Hij signaleert de overeenkomst van het erkennen van de verantwoordelijkheid van de dader. In het strafrecht een passieve verantwoordelijkheid, in het herstelrecht een actieve verantwoordelijkheid om bij te dragen aan herstel van de sociale onrust, de veroorzaakte schade en het leed. Het strafrecht herstelt het evenwicht door de dader 'met gelijke

munt' betaald te zetten, onder de veronderstelling dat beide partijen dan evenveel lijden. Bij herstelrecht wordt ook een evenwicht hersteld, maar niet door het leed te verdubbelen, maar door het weg te nemen. Deze denkoefening dwingt ertoe overeenkomsten te zien tussen de rechtvaardigende gronden en de beoogde doelen van herstelrecht en strafrecht. Van een geheel andere orde, maar evengoed aansluitend op een kritische benadering van het strafrecht in ons land, is bijvoorbeeld de kritische en wellicht zelfs ambivalent te noemen positie die in het Verenigd Koninkrijk wordt ingenomen door Hudson (Claes, 2005).³ De lijn die zij schetst, toont de risico's van het niet geformaliseerde disciplinerende karakter van bepaalde vormen van herstelrecht. Herstelrecht dat uiteindelijk dicht raakt aan de kern van 'bestrafen' omdat het de overheid aanknopingspunten biedt om de grip op personen en hun persoonlijkheid te versterken. De geschetste risico's liggen in de lijn van het denken van Foucault over de strategie van de discipline (Foucault, 1975).

3 De moeizame verhouding tussen ons nationale strafrecht en herstel(recht)⁴

Een van de constitutieve voorwaarden van onze rechtsorde ligt – in de traditie van de democratische rechtsstaat – in het wederkerigheidsbeginsel, dat ook ligt opgesloten in onze strafrechtelijke rechtsorde (Cleiren, 2003). Dit wederkerigheidsbeginsel is van belang om de moeizame verhouding tussen ons nationale strafrecht en herstelrecht inzichtelijk te maken. Wederkerigheid is een omvattend begrip dat duidt op op elkaar betrokken posities. Die posities zijn zodanig op elkaar betrokken dat men kan spreken van relaties. De aard van de betrokkenheid kan van zeer diverse aard zijn, zoals een recht en een daarop aansluitende verplichting, een verhouding waarin subjecten zich ten opzichte van elkaar gebonden weten, een verhouding van schade veroorzaken en vereffenen. Wederkerigheid van relaties is afhankelijk van een proces van herkenning van het eigene (in de ander) en erkenning van de ander, een proces dat plaatsvindt binnen een symbolische orde, een gemeenschappelijk betekenisstelsel. De symbolische orde van het recht vormt een middel om tussen 'vreemden' te kunnen bemiddelen. Daar ligt haar opdracht.

De overheid heeft niet alleen belang bij het bestaan van wederkerigheidsrelaties, zij is er bovendien van afhankelijk en zal wederkerigheid moeten bevorderen. Bezien vanuit het perspectief van wederkerigheidsrelaties en de noodzaak van het structureren van een gemeenschap is ook het strafrechtelijk stelsel van groot belang. Door middel van strafbaarstelling worden menselijke gedragingen en de gevolgen daarvan juridisch relevante gedragingen. Daarin ligt uitdrukkelijk een erkenning besloten, een erkenning die voor wederkerigheidsrelaties essentieel is.

3 B. Hudson, 'Secrets of the Self: Punishment and the Right to Privacy'. In E. Claes, A. Duff en S. Gurtwirth, *Privacy and the Criminal Law*. Antwerpen 2005, zoals weergegeven door Erik Claes in: *Strafrecht als roeping, Liber Amicorum Lieven Dupont*. 2005.

4 Zie over de hier kort aangeduide gedachtegang veel uitgebreider mijn preadvies (Cleiren, 2003) voor de Nederlandse Juristenvereniging.

Diverse morele verplichtingen die uit wederkerigheidsrelaties voortvloeien, worden daarmee erkend als relaties die door het recht dienen te worden bemiddeld. In deze laatste constatering ligt een belangrijk aanknopingspunt naar het denken in termen van herstel en herstelrecht. Waarom wordt de moreel-ethische verplichting tot herstel niet door de overheid via het strafrechtelijk stelsel bemiddeld?

De Nederlandse samenleving en ook de Nederlandse strafrechtwetenschap staan niet negatief tegenover de belangen van slachtoffers en benadeelden, noch negatief tegenover het gedachtegoed van herstel. Men kan zelfs verdedigen dat die attitude past in onze traditionele Hollandse cultuur, waarin mensen enerzijds tolerant zijn ten opzichte van hun medeburgers, anderzijds bepaald niet onverschillig. Ook de moreel-ethische meerwaarde die aan het hersteldenken wordt toegedacht past uitstekend in onze strafrechtelijke cultuur van het moeten dragen van verantwoordelijkheid voor eigen daden en in ons schuldstrafrecht. Toch blijkt dat zowel de overheid als de strafrechtwetenschap het niet eenvoudig hebben met het creëren van een plaats voor het hersteldenken. Een van de belangrijkste redenen voor deze stand van zaken moet mijns inziens worden gezocht in de wijze waarop onze wetgever het publiekrechtelijk karakter van het strafrecht heeft vormgegeven. Ons strafrechtelijk stelsel wordt gedomineerd door een verhouding tussen de overheid en de verdachte burger. Het stelsel is gericht op het creëren van gelimiteerde en genormeerde overheidsbevoegdheden ten opzichte van de verdachte burger, een uitgangspositie die zijn oorsprong vindt in de traditie van de democratische rechtsstaat en het daarmee verbonden legaliteitsbeginsel. De wederkerigheidsverhouding binnen deze juridische orde is er een waarin sprake is van verticaliteit, gecombineerd met een zekere mate van hiërarchie. Aandacht voor de bescherming van de burgers in het algemeen en slachtoffers in het bijzonder ligt natuurlijk wel besloten in de doelstellingen van strafrecht, strafrechthandhaving en strafrechtpleging, maar heeft geen neerslag gevonden in de juridische bescherming van zeer autonome aanspraken van slachtoffers of benadeelden via de weg van het strafrechtelijk stelsel. Het beschermen van de burgers ten opzichte van elkaar, hun wederkerigheidsrelaties en de gevolgen daarvan vormt daardoor weliswaar een onderliggende, maar geen zelfstandige doelstelling van het strafrechtelijk stelsel. De bemiddeling daarvan maakt dus geen deel uit van de symbolische orde van het strafrecht. Vereffenende rechtvaardigheid, een voor herstelrecht relevante vorm van wederkerigheid, ziet op rechtvaardigheid tussen partijen en kan dus niet of niet volledig worden geïncorporeerd in de rationele wederkerigheid die aan ons strafrechtelijk rechtsstelsel ten grondslag is gelegd.

Het bovenstaande verklaart diverse beperkingen van ons strafrechtelijk stelsel, maar rechtvaardigt ze nog niet. In dat verband moet namelijk ook worden gewezen op het feit dat het recht deel uitmaakt van een structuur die kunstmatig door de mens is tot stand gebracht. Die structuur moet de ruimte bieden om het algemeen belang te dienen en tegelijkertijd vrijheden voor de burger te creëren en te waarborgen. Het recht creëert daarmee juridische vrijheid voor het individu en maakt tegelijkertijd het domein van zijn persoonlijke levenssfeer, zijn intimiteit, voor de overheid ontoegankelijk. De overheid dient op zekere afstand te blijven.

Deze ruimte van het recht biedt de mogelijkheid om over een maatschappelijk geschil te communiceren en te debatteren, maar wél op een geabstraheerd niveau van juridische taal, begrippen en normen (Ahrendt, 1998: 50 e.v. en 199 e.v.).⁵

Voor het strafrecht is in ons stelsel historisch gezien gekozen voor een verhouding tussen algemeen belang en vrijheden waarbij de overheid de zorg voor een reactie op misdaad zo goed als volledig uit handen heeft gehaald van burgers en slachtoffers. Daarmee en tegelijkertijd houdt de overheid zich verre van inmenging in het private domein van slachtoffers en het domein van de wederkerigheidrelatie tussen slachtoffer en verdachte. En het is precies die relatie die in het herstelrecht aan de orde is en bescherming verdient.

Deze stand van zaken berust op een – historisch gezien voornamelijk rechts-politieke – keuze die gerechtvaardigd kan worden op basis van de afweging tussen belang van overheidsbescherming en het belang van het eigen, intieme domein van een persoon, dat door de juridische categorie van rechtssubjectiviteit ontgankelijk wordt gemaakt. Maar over die keuze valt – mede met het oog op het thema van deze bijdrage – te twisten. In het navolgende worden daarom enkele met die keuze verbonden aspecten aan de orde gesteld.

4 De hybride relatie tussen herstelrecht en het recht

Onze nationale juridische stelsels onderkennen op vele manieren het belang van herstel. Het burgerlijk recht gaat in zijn kern uit van de verantwoordelijkheden van rechtssubjecten ten opzichte van elkaar. Toegebrachte schade – zowel materiële als immateriële – en claims over tegemoetkoming daarin zijn essentieel voor ons aansprakelijkheidsrecht. De karakteristieken van vele ‘vormen’ van herstelrecht vertonen dan ook belangrijke overeenkomsten met de principes van het aansprakelijkheidsrecht. In het strafrecht is op beperkte schaal de gedachte en het belang van herstel verwerkt. De regeling van de benadeelde partij en de schadevergoedingsmaatregel zijn de meest concrete vormen van doorwerking van herstel in het traditionele procesrecht. De mogelijkheden van deze vorm van herstel zijn evenwel beperkt en bovendien verplicht opgelegd. Een rechtstreeks contact tussen de veroorzaker van de schade en de belanghebbende kan volledig ontbreken. Ook in het bestuursrecht is op beperkte schaal de mogelijkheid van herstel aanwezig. Ook zijn de vormen van herstel niet afhankelijk van een rechtstreeks contact tussen de veroorzaker van de schade en de herstellvrager. Men handelt de zaak immers af via de weg van het publiek bestel.

De mogelijkheden voor herstel in ons traditioneel juridisch stelsel zijn dus beperkt. De wetgever heeft zich veelal onthouden van het creëren van een geformaliseerde structuur waarin herstel of vormen van herstelrecht tussen veroorzaker van (materiële of immateriële) schade en de herstellvrager van overheidswege wordt gegarandeerd.

5 H. Arendt spreekt over ‘*public realm*’ en ‘*space of appearance*’. R. Foqué werkt de betekenis van dit begrip voor het recht nader uit in zijn Rotterdamse oratie (1992), *De ruimte van het recht*.

De behoefte aan overheidsbescherming door middel van vormen van herstel en herstelrecht kan evenwel ook minder formalistisch worden opgevat. De overheid kan zich immers ook op andere wijze de belangen van slachtoffers aantrekken dan bij wetgeving langs de traditionele rechtsgebieden. Men kan bijvoorbeeld denken aan instellen en/of ondersteunen van instellingen, fondsen en personen die herstel tussen betrokkenen realiseren en bevorderen. Het Schadefonds Geweldsmisdrijven is een mooi voorbeeld van het zorg nemen van de overheid voor belangen van slachtoffers van bepaalde typen misdrijven. Daarnaast kan worden gewezen op Slachtofferhulp Nederland, een organisatie die op eigen wijze bijdraagt aan vormen van herstel en die zowel ideëel als materieel sterk wordt ondersteund door het ministerie van Justitie.

De constatering dat de overheid herstel niet of nauwelijks via wettelijke of anderszins geformaliseerde structuren aan zich heeft getrokken vormt niet per se uitdrukking van een gemis. De meest karakteristieke vormen van wat men onder herstelrecht aanduidt, zijn immers vormen van conflictbeslechting en -oplossing die zich welbewust begeven buiten de geformaliseerde kaders van het recht en de daarbij behorende procedures. Het gaat om aanspraken van de ene burger ten opzichte van de andere, om aanspraken binnen een sociale symbolische orde. De rechtvaardigende gronden, de instrumenten, de doelen, de procedures én de kracht van herstel(recht) liggen juist buiten de kaders van het recht, buiten de symbolische orde van het recht. De behoefte aan herstel(recht) staat – gezien vanuit dit perspectief – dan ook haaks op bemoeienis door de wetgever. De verhouding van herstelrecht tot het recht is daarmee tamelijk hybride en ook het gebruik van de terminologie herstelrecht roept daarom vraagtekens op. Kan en moet men wel spreken van '*recht*' in dit verband?

Kan men zich niet beter beperken tot het spreken in termen van het 'aanspreken' van de ander en 'aanspraken' van de ene burger ten opzichte van de ander?

5 Overheidstaken ter discussie

De vraag in welke gevallen de overheid zich al dan niet moet mengen in bescherming van burgers onderling speelt ook op andere terreinen. Zo'n hybride verhouding, zoals gesignaleerd tussen herstelrecht en het recht, is dus niet uniek. Er zijn diverse elementen in ons rechtssysteem aan te wijzen waarin overheidsbemoeienis met het betrokken belang van burgers niet als vanzelf is gegeven en de overheid desalniettemin de verantwoordelijkheid aan zich trekt voor de bescherming van de betrokken belangen. Daarbij kan men denken aan bepaalde vormen van sociale zekerheidswetgeving zoals de oude werkloosheidswet en arbeidsongeschiktheidsregelingen en tot op zekere hoogte aan de nieuwe zorgwet en de daarbij behorende zorgtoeslag. De wetgever heeft daar de solidariteit tussen burgers als aanknopingspunt genomen om – overeenkomstig de beginselen van onze verzorgingsstaat uit de laatste decennia van de twintigste eeuw – een juridisch geformaliseerd stelsel tot stand te brengen. De aanspraken van de ene burger op de andere worden op basis van solidariteit gecollectiveerd, waarbij de overheid het te gelde maken van die aanspraken waarborgt.

De wijze waarop de beginselen van de verzorgingsstaat in ons nationaal maatschappelijk en juridisch bestel hebben doorgewerkt kunnen als bekend worden verondersteld. De bevordering van claimgedrag van burgers ten opzichte van de overheid en ten opzichte van elkaar is in vele onderzoeken en publicaties aan de orde geweest. Datzelfde geldt voor de gevolgen van het gedachtegoed van de verzorgingsstaat in de richting van juridisering van de samenleving. Het breed maatschappelijk gedeelde gevoel *'pech moet weg, in ieder geval weg bij mij'* dat ook uitdrukking vormt van deze ontwikkelingen heeft eerder geleid tot ontevreden en klagende burgers dan burgers die trots uitstraalden ten opzichte van de zo zorgzame en verzorgende overheid. Hoe men ook wil oordelen over de grote verdiensten van de verzorgingsstaat en de daarmee samenhangende – wellicht minder positieve – effecten, deze tijd is voorbij. Het gedachtegoed van de verzorgingsstaat, dat garant stond voor zeer specifieke bescherming van belangen van de burger door de overheid, is inmiddels niet alleen meer geroemd, maar ook verdoemd. Dat gedachtegoed heeft plaats moeten maken voor een denken waarbij de burger op zichzelf wordt teruggeworpen en zijn eigen boontjes moet doppen. Van de destijds bij wetgeving gerealiseerde bescherming van belangen van vele burgers is inmiddels maar weinig over. De droom van de terugtrekkende overheid is voor sommigen zelfs uitgemond in een nachtmerrie. De burger moet zijn eigen maatschappelijke risico's dragen en – zo hij zich daarvoor wil hoeden – zichzelf verzekeren tegen mogelijke risico's. Daarbij wordt hij niet door de overheid in de watten van begeleiding en zorg gelegd, maar moet hij zich volgens de principes van vraag en aanbod begeven op de vrije markt.

6 De terugtrekkende overheid en herstelrecht

De afbraak van de verzorgingsstaat en de brede ontwikkelingen van een terugtrekkende overheid gedurende de afgelopen jaren bepalen de maatschappelijke en juridische context waarbinnen het denken over herstel en herstelrecht Nederland heeft 'bereikt'. Die context vormt bepaald geen warm bad voor de voorvechters van aandacht voor de belangen van het slachtoffer en voor de behoefte aan herstel op zowel materieel als ideëel gebied. Hij biedt nauwelijks openingen voor het denken in termen van overheidstaken ten behoeve van herstel van schade of nadeel dat een burger ten opzichte van een andere burger heeft veroorzaakt, noch voor het plaatsen van het conflict in zijn sociale context. En hij biedt zeker geen mooie ontvangst van ideeën die de overheid zouden dwingen in de richting van het waarborgen van onderlinge aanspraken van burgers door middel van wetgeving of andersoortige regelgeving. Kortom, het streven naar een betere positie voor slachtoffers en in het bijzonder het streven naar herstel of herstelrecht heeft niet alleen de basisprincipes van ons strafrechtelijk stelsel, maar ook de tijdgeest tegen.

7 Een context van zorg om het publiek vertrouwen

Tegen de achtergrond van de hierboven getrokken conclusie kunnen we ons niet-temin de vraag stellen of de overheid wel op alle terreinen terugtreedt en of er niet op basis van (al dan niet manifeste) keuzes binnen het huidige overheidsbeleid een rechtvaardiging voor het verbeteren van de positie van herstel in ons strafrecht kan worden gevonden.

Gelijktijdig met de terugtrek van de overheid kan immers bijvoorbeeld worden geconstateerd dat deze, om volstrekt andere redenen niet onverschillig kan blijven en blijft waar het de positie van slachtoffer en herstel betreft. Hiervoor kan men denken aan het spreekrecht voor het slachtoffer, dat tot stand kwam op basis van een initiatiefwet van het kamerlid Dittrich en aan de in voorbereiding zijnde wijzigingsvoorstellen voor de positie van het slachtoffer in het strafproces in verband met de implementatie van het Europees Kaderbesluit betreffende slachtoffers. Ook de publieke aandacht rondom het strafrecht en het wankel vertrouwen van de burger in de strafrechtspleging lijken bij te dragen aan een wat positievere houding van de gezagsdragers ten opzichte van het veelbesproken thema van aandacht en zorg voor (potentiële) slachtoffers in plaats van voor de verdachte. Hoewel wellicht wat gedurfd, kan men wel verdedigen dat de 'legitimiteitscrisis' waarin het strafrecht en de strafrechtspleging zich op dit moment bevinden nieuwe openingen biedt voor de positie van herstel en herstelrecht. Deze openingen laten evenwel de hierboven besproken fundamentele beperkingen van ons huidige strafrechtelijk stelsel onaangeroerd.

8 Een 'risicovolle' context, nieuwe kansen

De vraag blijft dan ook of er in het huidige strafrechtelijk denken niet meer principiële openingen te vinden zijn voor een introductie van vormen van herstel. Het valt te verdedigen dat die openingen er zijn en wel als gevolg van de wijze waarop de overheid de functie van het strafrecht, het strafprocesrecht en het straffen bijna ongemerkt heeft verschoven. Een toelichting.

De wijzigingen in het strafrechtelijk stelsel van het laatste decennium kenmerken zich zowel op materieel als processueel terrein door ingrijpende aanpassingen die in sterke mate zijn geïnspireerd door de veronderstelde toename van maatschappelijke risico's en het belang van veiligheid. De bedoelde nieuwe bevoegdheden zijn minder dan voorheen gekoppeld aan een concrete verdenking van een strafbaar feit. De processuele bevoegdheden sluiten vaak nauw aan op de nieuw gecreëerde bevoegdheden binnen het bestuursrechtelijk stelsel, zoals preventief fouilleren en camera's in de openbare ruimte. Daarbij wordt ter legitimatie van vergaande bevoegdheden die worden gecreëerd afgeweken van het traditionele denken waarbij het strafprocesrecht wordt ingezet om maatschappelijk erkende doelen te beschermen of te bewerkstelligen onder de strikte beperking en normering van bevoegdheden van de overheid ten opzichte van de burger. Aan het strafprocesrecht wordt niet steeds de dienende en faciliterende functie ten behoeve van de realisering van het materieel strafrecht toegekend, maar een 'autonome' functie in het kader van preventie en voorkomen van risico's.

Waar het de normen van het materieel strafrecht betreft, zien we bijvoorbeeld dat door de uitbreiding van de strafbare poging met de strafbare voorbereidingshandelingen en de strafbare samenspanning de aansprakelijkheid die met het materieel strafrecht kan worden gevestigd zeer sterk wordt verruimd. Met behulp van deze strafbaarstellingen kan eerder worden opgetreden tegen maatschappelijk risicovolle voorbereidende handelingen. Juist door de onlosmakelijke verbondenheid van het materiële strafrecht en het strafprocesrecht en de wisselwerking hebben de

gesignaleerde wijzigingen een *multiplier effect*. Daarnaast kan bijvoorbeeld worden gewezen op de recent ingevoerde verhoging van de strafmaxima voor de culpose gevolgsdelicten zoals dood door schuld. Bij deze wijziging is bovendien een strafverzwarende vorm van de culpose delictsvorm toegevoegd, te weten de situatie van roekeloosheid. Die vorm van culpoos gedrag levert bovenop de ingevoerde strafverhoging een strafverhogende omstandigheid.

De hier kort aangeduide omslag in de richting van risicodenken en veiligheidsdenken in het commune strafrecht gaat gepaard met een verschuiving in het perspectief van het traditioneel strafrechtelijk denken. Het denken in termen van schuld, schending van rechtsnormen en intentie wordt vervangen door een denken in termen van veiligheid, zorgplicht, risico en welbevinden van de burger. De verschuiving van dit perspectief zou wel eens veel ingrijpender kunnen zijn dan men op het eerste gezicht zou verwachten.

Om te beginnen wordt het veroorzaken van risico's van de ene burger ten opzichte van de andere, meer dan voorheen met bijvoorbeeld de gevaarzettingsdelicten, tot een autonome rechtvaardiging voor het creëren van strafbaarstellingen. Bevoegdheden worden niet meer louter gecreëerd met het oog op de realisering van het materiële strafrecht en de instrumentalisering en limitering van het overheidsoptreden in geval van verdenking van strafbare feiten. Zij dienen een eigen zelfstandig doel in het kader van preventie en voorkomen van risico's. Daarmee creëert de wetgever in zekere zin nieuwe wederkerigheidsrelaties voor zijn functionarissen ten opzichte van alle potentiële veroorzakers van risico's. De traditioneel strafvorderlijke verticale hiërarchische wederkerigheidsrelatie tussen opsporende en vervolgende overheid en de verdachte burger wordt uitgebreid met een autonoom gelegitimeerde nieuwe verticale wederkerigheidsrelatie: onbepaald in aard, omvang en gerichtheid. Trekt men de hierboven weergegeven gedachte van de wederkerigheidrelatie door, dan brengt een en ander mee dat ook de gevolgen die uit deze autonoom gelegitimeerde wederkerigheidsrelatie voortvloeien, moeten worden erkend. Dat brengt mee dat de burger (de potentiële veroorzaker van risico's) die wordt aangesproken in die (nieuw gecreëerde) verhouding in geval van onregelmatigheden of verstoringen van die wederkerigheidsrelatie meer dan voorheen aanspraak zou moeten kunnen maken op erkenning en bemiddeling langs de weg van het recht. Doortrekken van deze consequentie zou kunnen meebrengen dat de strafrechtelijke overheden zelf, meer dan ooit voorheen, tot herstel van door henzelf aangegane en verstoorde relaties zullen moeten overgaan, bijvoorbeeld door het toekennen van schadevergoeding.

Maar ook op het terrein van het materieel strafrecht worden impliciet ingrijpende wijzigingen doorgevoerd. Op diverse momenten in het politiek debat is ter rechtvaardiging voor aanpassing van het materieel strafrecht aangevoerd dat de overheid er niet omheen kan de ene burger ten opzichte van de andere te beschermen en met dat oogmerk het strafrecht in te zetten. Daarmee wordt, wederom meer dan voorheen, de wederkerigheidsrelatie tussen burgers onderling als een autonome rechtvaardiging voor strafrecht en straffen ingevoerd. Trekt men ook hier de hierboven weergegeven gedachte door, dan brengt dat mee dat ook de gevolgen die uit die wederkerigheidsrelatie voortvloeien, meer dan voorheen, aanspraak zouden moeten kunnen maken op erkenning en bemiddeling langs de weg van het

recht. De overheid kan er dan immers bij verstoring van die, door haar juridisch erkende wederkerigheidsverhouding, moeilijk omheen om dat probleem langs juridische weg te bemiddelen. Die relatie en ook de verstoring daarvan is door de erkenning immers (zij het impliciet) op een bepaalde wijze deel gaan uitmaken van de juridische symbolische orde. Daarmee komen herstel en herstelrecht binnen de juridische orde in beeld.

Kortom, als we de ontwikkelingen op materieel en strafprocesrechtelijk terrein in onderling verband en wisselwerking bezien dan kunnen we vaststellen dat de overheid allereerst zichzelf een autonome positie heeft verschaft om ten opzichte van potentieel risicovolle burgers op te treden en daarnaast expliciet een zelfstandig bij strafwetgeving erkend belang heeft aanvaard om de onderlinge veiligheid tussen burgers te beschermen. Daarmee maakt de overheid zelf deel uit van een nieuwe wederkerigheidsrelatie met de potentieel risicovolle burger en raakt betrokken op de gevolgen van de verstoorde wederkerigheidsrelaties tussen burgers onderling. Daarmee lijkt een opening te zijn gecreëerd voor inmenging door de overheid in het private domein van slachtoffers en het domein van de wederkerigheidsrelatie tussen slachtoffer en verdachte. En zoals gezegd is dat precies de relatie die in het herstelrecht aan de orde is en bescherming verdient. De wetgever heeft daarmee onbewust en onbedoeld mogelijk de deur voor herstel en herstelrecht op een kier gezet.

9 Tot slot

Bezien we deze kort geschetste ontwikkelingen, dan zijn er op het niveau van de rechtvaardiging van het inzetten van strafrecht, van strafprocesrecht en van straffen, tamelijk impliciet grote verschuivingen zichtbaar. Het gaat daarbij om verschuivingen waar menig strafrechtjurist slapeloze nachten van heeft, maar die paradoxaal genoeg wel nieuwe aanknopingspunten bieden om herstel en herstelrecht in ons strafrechtelijk stelsel een plaats te geven.

Literatuur

- Bazemore G. & Walgrave L. (1999). *Restorative Juvenile Justice. In Search of Fundamentals and an Outline for Systematic Reform*. In G. Bazemore and L. Walgrave (Eds.), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm by Youth Crime*. Monsey, New York: Criminal Justice Press.
- Claes, E. (2005). Herstelrecht, bestraffing en recht op privacy. In F. Verbruggen, B. Van Dale & B. Spriet (Red.), *Strafrecht als roeping, Liber Amicorum Lieven Dupont* (p. 1059-1064). Leuven: Universitaire Pers Leuven.
- Cleiren, C.P.M. (2003). Genoegdoening aan slachtoffers in het strafrecht. In *Het opstandige slachtoffer. Genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht*. Handelingen Nederlandse Juristenvereniging 2003-1 (p. 33-104). Deventer: Kluwer.
- Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir, Naissance de la prison*. Paris: Gallimard.
- Foqué, R. (1992). *De ruimte van het recht*. Oratie Rotterdam. Arnhem: Gouda Quint.
- Walgrave, L. (2005). Naar beginselen van een behoorlijke herstelrechtsbedeling? In F. Verbruggen, B. Van Dale & B. Spriet (Red.), *Strafrecht als roeping, Liber Amicorum Lieven Dupont*. Leuven: Universitaire Pers Leuven.