



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De andere kant van het gelijk; strafgeding of mediation?

Cleiren, C.P.M.

Citation

Cleiren, C. P. M. (2001). De andere kant van het gelijk; strafgeding of mediation? *Justitiële Verkenningen*, 27(3), 122-142. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3107>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3107>

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

De andere kant van het gelijk

Strafgeding of mediation?

C.P.M. Cleiren *

Voordat Agamemnon, koning van Mycene zijn expeditie naar Troje begon, offerde hij zijn dochter aan de goden om de storm te laten bedaren die het uitvaren van zijn vloot belette. Bij zijn terugkeer uit Troje wordt Agamemnon gedood door zijn vrouw als vergelding voor de dood van hun dochter. Zijn dood wordt vervolgens gewroken door hun zoon Orestes. Hij doodt zijn moeder en haar minnaar. Daarmee heeft de zoon Orestes zich enerzijds gevoegd naar de wetten van de goden en de orde hersteld. Anderzijds heeft hij de zwaarste misdaad begaan die een mens kan begaan: het vermoorden van zijn eigen moeder. Orestes wordt opgejaagd door de wraakgodinnen, die de bloedverwantschap hoger achten dan de band van de gemeenschap. De godin Athene doorbreekt de ontstane spiraal van bloedwraak door te zorgen dat er recht kan worden gesproken. Zij besluit rechters te kiezen en richt de eerste rechtbank op, de raad van de Areopagos. De wraakgodinnen krijgen binnen die rechtbank hun eigen taak. Zij mogen evenals Orestes hun getuigen oproepen en hun argumenten naar voren brengen..

Het dilemma blijkt echter met argumenten niet op te lossen, de stemmen staken. Er is een machtswoord nodig en dat wordt ook uitgesproken. Athene spreekt het machtswoord namens de Olympische goden. Orestes wordt vrijgesproken dankzij de stem die zij inbrengt.

De strijd tussen de beide posities, die van de wraak en die van de redelijkheid van de wetten van de gemeenschap, kan in de tragedie slechts worden opgelost doordat de staat de bloedwraak van de wraakgodinnen overneemt. In deze tragedie van Orestes - van de Griekse tragedie-schrijver Aichylos (525-456 v. Chr.) - wordt ons daarmee de geboorte van de rechterlijke macht voorgehouden.

Het is de moeite waard om de positie die in deze tragedie aan een rechtbank wordt toegekend voor ons huidig tijdsgewricht opnieuw onder ogen te zien. Een belangrijke aanleiding daarvoor ligt in twee aspecten die in de tragedie naar voren komen. Twee aspecten die ook heden ten dage nog van groot belang zijn als het gaat om het strafrecht en om de plaats van slachtoffers. Allereerst speelt in de tragedie het element van

* De auteur is hoogleraar straf- strafprocesrecht aan de faculteit Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden. Dit artikel is een bewerking van de oratie van de auteur, uitgesproken op 10 november 2000 te Leiden en is ten behoeve van dit themanummer nader toegespitst op belangen van het slachtoffer. De oratie is uitgegeven onder de titel *Geding buiten geding; een confrontatie van het geding voor de strafrechter met strafrechtelijke ADR-vormen en mediation* (Gouda Quint, 2001).

de wraak. Een emotie die een strafrechtswetenschapper niet vreemd is. Maar wel een emotie die zich recentelijk in reacties op strafbare feiten en het justitieel optreden daarbij weer in al zijn scherpste toont. Met name tragische gevallen van zinloos geweld hebben gevoelens van wraak weer tot een sterk actueel probleem gemaakt. Een probleem niet alleen voor de direct betrokkenen, maar ook voor de overheid. Is die in staat voldoende adequaat te antwoorden op het geweld en tegelijkertijd op de gevoelens van wraak?

Een tweede element uit de tragedie waarop ik hier de aandacht wil vestigen is het instellen van een rechtbank. Een rechtbank om dilemma's op te lossen, het conflict te beslechten. Een rechtbank met een bijzondere karakteristiek, omdat daarbinnen plaats wordt ingeruimd voor zowel de rede als de wraak. Een rechtbank dus waar wraak niet wordt ontkend. Integendeel, wraak wordt door de rechtspraak getild naar een hoger plan, namelijk naar het niveau van het goede in de samenleving, naar een evenwicht tussen redelijkheid en afschrikking.

Wat mij in dit element van de tragedie zo bijzonder treft, is het volgende. Onze huidige strafrechtspraak wordt vaak verweten dat zij te afstandelijk reageert op het begane onrecht, dat het te weinig doet voor het slachtoffer en dat het dader en slachtoffer niet bij elkaar brengt. De strafrechter zou daaraan geen boodschap hebben. Dat verbaast in het licht van onze geschiedenis, waarvan de tragedie van Orestes een exponent is. De Grieken stelden juist een rechtbank in om tot een acceptabele oplossing voor beide partijen te komen.

Wat betekent dit als men kijkt naar de huidige wensen ten aanzien van het strafrecht. Er zijn diverse tendensen. De ene tendens neigt ertoe het slachtoffer zowel bij de toegang tot als binnen het strafproces een veel grotere rol te laten. Maar er is ook een andere – een jongere – tendens, die dader en slachtoffer eerder samen om de tafel wil zetten om hen dichter bij elkaar te brengen. Op die laatste tendens wil ik me in deze bijdrage richten. Zij is erop gericht slachtoffers ruimte te geven voor het uiten van gevoelens van wraak en boosheid en daders voor spijt, berouw enzovoort: een alternatieve vorm van geschillenbeslechting. Daarbij kan de rol van de rechter worden gemist. Een oplossing die dus haaks staat op de potenties van de rechtbank van de Grieken.

Zou men zonder die derde, de rechterlijke instantie, de partijen en de samenleving inderdaad meer recht doen? En, heeft het slachtoffer altijd meer baat bij een alternatieve vorm van geschilbeslechting? Ik begin met een korte schets over deze concurrent van onze klassieke rechtspleging, de alternatieve geschillenbeslechting.

Alternatieve vormen van geschilbeslechting

Op alle terreinen waar geschillen aan de orde zijn openbaren zich nieuwe vormen en fenomenen van beheersing en oplossing: geschillencommissies, klachtcommissies, versierking van het tuchtrecht en van de

vertrouwde vormen als arbitrage en bindend advies. Als verzamelnaam voor al deze vormen wordt vaak de naam *alternative dispute resolution* gebruikt, afgekort als ADR. Een geschikte term in het Nederlands blijkt niet eenvoudig. Eerder is in Nederland geïntroduceerd de naam: *Anders Dan Rechtspraak* (Hertogh en Kleiboer, 1996). Voor deze bijdrage voldoet die naam en zal de afkorting ADR worden gebruikt.

Het platform ADR, dat in opdracht van de minister van Justitie een rapport maakte, koos drie criteria om van ADR te kunnen spreken:

- een werkwijze die voor beide partijen aanvaardbaar is;
- met inschakeling van een derde (arbiter of bemiddelaar);
- maar zonder dat daarbij een beroep op de rechter wordt gedaan (Platform ADR, 1998).

In beginsel sluit ADR een latere behandeling door de rechter niet uit, onder meer omdat volgens het Europees verdrag niemand van de rechter kan worden afgehouden. Bemiddeling wordt daarom soms aangeduid als een procedure in de schaduw van het recht.

ADR lijkt een trend in Nederland. Dat geldt met name voor de meest recent in Nederland geïntroduceerde vorm: mediation, ofwel bemiddeling. Er wordt op diverse fronten gewerkt en geëxperimenteerd met mediation (zie de bijdrage van Spapens in dit nummer). En ook het regeringsbeleid is gericht op onderzoek naar wenselijkheid en mogelijkheden van ontwikkeling van deze vormen.¹ In de dagelijkse praktijk wordt, los van deze experimenten, ook gebruik gemaakt van diverse vormen van alternatieve geschillenbeslechting. Deze ontwikkeling is niet uniek. Zij doet zich ook in andere landen en in vele vormen voor.²

Nederland heeft blijkbaar een cultuur die op dit moment ontvankelijk is voor alternatieve geschiloplossing. Deze ADR-vormen sluiten aan bij de ideologie van privatisering. Maar bezien vanuit een ander perspectief sporen ze met die van een voortschrijdende individualisering. De burger is veel mondiger geworden en voelt zich ook steeds sneller aangetast in zijn waarden, zijn belangen en zijn lijf en goed. Er is veel in zijn persoon geïnvesteerd, hij heeft veel in zijn omgeving geïnvesteerd. Daardoor is zowel zijn weerbaarheid als zijn kwetsbaarheid toegenomen (zie Boutellier, 1993; Van den Brink, 2000). De behoefte om het heft zelf in handen te nemen groeit navenant. Er kunnen nog vele andere verklaringen worden aangevoerd voor deze tendens. Deze bijdrage richt zich echter niet op de verklaring van de tendens, maar op enkele vragen die deze tendens voor het strafrecht en de spelers daarin teweeg brengt.

1 Zie onder meer kamerstukken Tweede kamer 25452 over (Schade)bemiddeling in het strafproces, vergelijking dading en andere bemiddelingsvormen, Kamerstukken 26352 waaronder 'Meer wegen naar het recht', Beleidsbrief ADR en Kamerstukken 26855

2 Zo is er sprake van een enorme groei van vormen van bemiddeling in bijvoorbeeld de Verenigde Staten, Groot-Brittannië, Australië en Nieuw-Zeeland

Alternatieve geschilbeslechting als reactie op strafbaar handelen

Ook binnen het strafrecht is er zichtbaar sprake van een behoefte om buiten de strafrechtsketen te blijven of te raken. Dit is op zich niets nieuws voor strafrechtswetenschappers. Maar anders dan de voorbije decennia wordt die behoefte nu niet overwegend gevoed door ideologische stromingen zoals het abolitionisme, door decriminaliseringstendenzen, noch door overwegingen van efficiency en ontlasting van de strafrechtsketen. De genoemde tendens van privatisering en individualisering laat evengoed zijn sporen na in het denken over het strafrecht.³ De 'gekwetste' en mondige burger waaraan al werd gerefereerd neemt als slachtoffer van strafbare feiten niet zomaar genoegen met zijn beperkte rol in de strafrechtspleging en laat dus van zich horen.⁴ En ook zijn familie vraagt om een plaats.

De ontwikkeling van strafrechtelijke ADR-vormen heeft dan ook zeker fundamenteel gemeenschappelijk met het paradigma van het herstelrecht, het model van *restorative justice*, wat zijn theoretische wortels met name heeft in de criminologie en de victimologie. Door de voorvechters van deze denkrichting is in ons land het model van *restorative justice* in sterke mate gekoppeld aan de tendensen tot verbetering van de positie van het slachtoffer (zie de bijdrage van Walgrave in dit nummer).⁵ In het model van *restorative justice* staat noch de bestraffing, noch de behandeling van de dader voorop. Wel het herstel van de schade veroorzaakt door het delict.⁶

3 Deze tendens vertoont natuurlijk een nauw verband met het thema van het onderhandelen in het strafrecht. Dit thema van het onderhandelen van betrokkenen bij een strafbaar feit, zowel door slachtoffers en daders, als door OM en verdachten, als bijvoorbeeld door OM met getuigen is recentelijk regelmatig aan de orde gesteld, onder meer onder de aanduiding van consensualiteit in het strafrecht. Met name de vragen naar specifieke omstandigheden en voorwaarden waaronder dergelijke onderhandelingen plaats mogen vinden en de rechtsgevolgen daarvan hebben aanleiding gegeven tot beschouwingen. Zie over consensualiteit onder meer G.J.M. Corstens, *Delikt en delinkwent*, januari 1994, editorial, M. Hildebrandt, 'Consensualiteit in het strafprocesrecht', in M. Hildebrandt, P.T.C. van Kampen (e a.), *Plea bargaining in Holland*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, pp. 107-129.

4 Waarbij hij overigens vaak ook een mondiger dader tegenover zich treft.

5 Een recent pleidooi voor uitbreiding van mediation in strafzaken geeft daarvan een overzicht. Zie A. Smolders en A. de Lange, 'Mediation in strafzaken, het belang van herstel', *Nederlands juristenblad*, afl. 28, 2000, pp. 1375-1382. In Nederland hebben met name M.S. Groenhuijsen, J.M. van Dijk en M. Malsch in diverse artikelen het model van de restorative justice nader invulling gegeven in relatie tot de rol van het slachtoffer. Recent verscheen ook vanuit dit perspectief van J. Blad, 'Strafrecht en bemiddeling, opkomst en toekomst van herstelrecht in Nederland', *Recht der werkelijkheid*, nr. 2, 2000, pp. 51-71. Ook Belgische collega's T. Peters en L. Walgrave hebben zich vanuit dit perspectief uitgebreid met het thema beziggehouden.

6 Hoewel ook compensatie aan de gemeenschap in de vorm van dienstverlening past in dit model van *restorative justice*.

Bepaalde vormen van ADR zijn erop gericht geheel buiten de strafrechtelijke keten te blijven, anderen om een proces voor de strafrechter te voorkomen (of te 'vergemakkelijken') en weer andere zijn bedoeld als complementair aan het strafrecht. In zekere zin is er in die gevallen sprake van een verschuiving van het juridische veld naar een meer psychologisch/sociologisch veld. Men onderhandelt, men laat een bemiddelaar toe, soms komt men tot schadevergoeding of een andere vorm van herstel, een andere maal alleen tot het uitspreken van de onvrede en het leggen van een basis voor een normaal contact in de toekomst. Er wordt geen recht gesproken.

Bemiddelaars zijn soms maatschappelijk werkers, psychologen, medewerkers van de reclassering of vrijwilligersorganisaties, soms leden van het O.M. of politie, en weer een ander keer advocaten of rechters. De weg waarlangs men tot een afspraak komt is niet of niet direct afkomstig uit ons formele rechtssysteem. En dat geldt ook voor de wijze waarop men tot een oplossing komt.⁷ Men zou kunnen spreken van buiten-strafrechtelijke procedures: afdoening buiten geding, maar ook afdoening zonder toepassing van strafrechtelijke en strafprocesrechtelijke normering.⁸

Meer concreet kan het gaan om bepaalde vormen van dading, buurtbemiddeling, politiebemiddeling, bemiddeling door justitie in de buurt, Haltprojecten, bemiddeling op parketten, bepaalde vormen van herstelbemiddeling en mediation door het openbaar ministerie, echt recht conferenties, enzovoort. Vaak gaat het om schaderegeling, soms om conflictregeling, soms om herstel.

Zuivere mediation is een vorm waar mee in Nederland op strafrechtelijk terrein nog het minst ervaring is opgedaan. Deze vorm van bemiddeling omvat meer dan in de conflict-, schade- en herstelprojecten plaatsvindt. Men duidt het wel aan als integratief onderhandelen op basis van belangen. De techniek van mediation is er onder meer op gericht om partijen weer met elkaar om de tafel te krijgen, hun hart te laten luchten, mogelijkheden voor herstel van het onrecht te bedenken, overeenstemming te bereiken over oplossingen en daarmee een basis voor toekomstig contact te leggen. Deze vorm is daardoor in zijn opzet en doelstelling het meest buiten-strafrechtelijk van aard.⁹

7 Er zijn overigens meer procedures in de strafrechtelijke keten waar de procedure zelf niet of niet volledig volgens juridische maatstaven wordt vormgegeven en genormeerd, maar waar het juridisch karakter met name wordt bepaald door de uitkomst van het traject, de afspraak, de overeenkomst en daarmee het rechtsgevolg bijvoorbeeld bepaalde vormen van dading, schikkingen, de Haltprojecten en het voorwaardelijk sepot. En als die procedures al ten dele wel juridisch zijn vormgegeven is toetsing of controle van de wijze van totstandkomen veelal niet zelfstandig voorzien.

8 De aanduiding buiten-strafrechtelijke procedure heeft dus een beperkter bereik dan het begrip afdoening buiten geding.

9 Een voorbeeld van bemiddeling in het strafrecht vindt men op dit moment bij het openbaar ministerie in Amsterdam. Het heeft bemiddelaars opgeleid in om in gesprek met daders en

Kort en goed, in die gevallen komt de rechter er – meestal – niet meer aan te pas. En, hoewel deze tendens in het strafrecht nog geen grote vlucht heeft genomen, verdienen deze ontwikkelingen, als concurrent van onze klassieke rechtspleging, serieuze aandacht. Afdoening via het strafgeding vormt immers een belangrijk historisch gegroeid statuut van de democratische rechtsstaat. De systematiek van ons Wetboek van Strafvordering is zelfs zo dat de behandeling van een zaak door de rechter uitgangspunt is.¹⁰ Dat geef je niet zomaar op.

Maar er is nog een reden om ook in Nederland de tendensen serieus te nemen en afwegingen te maken. De Raad van Europa heeft namelijk onlangs aanbevelingen geformuleerd over 'Mediation in Penal Matters', aanbevelingen die zijn gericht op de ontwikkeling en verbreiding van mediation in strafzaken.¹¹ Aan de andere kant is enige argwaan ook op zijn plaats. Mediation is vooral tot ontwikkeling gekomen in landen met een *common law* systeem. We moeten ons dan ook zeker afvragen of onze Nederlandse strafrechtscultuur – georiënteerd op een *civil law* systeem – wel een vruchtbare bodem kan bieden.¹²

Een confrontatie van strafgeding en mediation

Als we uitgaan van een zekere onvermijdelijkheid van deze ontwikkeling, dan rijzen er vragen. Wat bieden de ADR-vormen voor het strafrecht? Wat wordt opgegeven in de gevallen dat het geding voor de strafrechter plaatsmaakt voor een alternatieve geschiloplossing?¹³ Moeten de waarborgen van ons strafproces worden vertaald naar de nieuwe vormen van geschilbeslechting? Moeten en kunnen de alternatieve vormen aansluiten op de strafrechtelijke keten en zouden ze alternatief of complementair moeten zijn?

Om een zorgvuldige afweging mogelijk te maken worden hier na een aantal eigenschappen van alternatieve procedures geconfronteerd met karakteristieken van ons klassieke strafgeding zoals bedoeld in onze democratische rechtsstaat.¹⁴

slachtoffers tot overeenstemming te komen. Men wil ze inzetten na delicten als straatroof, mishandeling en vernieling. Als de bemiddeling slaagt zou er een voorwaardelijk sepot volgen. De mediators zijn in dit geval onder andere psychiaters en psychologen.

¹⁰ Men duidt dit uitgangspunt – in navolging van Nijboer – veelal aan als de procesverplichting. J.F. Nijboer, *De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving*, Groningen, 1987; J.F. Nijboer, *De taken van de strafrechter*, Deventer, 2000, Hoofdstuk III.

¹¹ Mediation in Penal Matters, Recommendation No R(99) 19 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 15 September 1999 and Explanatory Memorandum.

¹² Zie voor elementaire verschillen tussen beide strafrechtelijke stelsels bijvoorbeeld J.F. Nijboer, 'De taken van de strafrechter', Deventer, 2000, Hoofdstuk V en VII.

¹³ Hierbij moeten we ons realiseren dat veel feiten ook nu al niet meer voor de strafrechter komen en anderzijds dat oplegging van vrijheidsberovende straffen alleen mag plaatsvinden door de rechter (artikel 113 lid 3 Grondwet).

¹⁴ Ik laat me daarbij leiden door breed aanvaarde opvattingen over onze democratische

heeft het strafgeding een beschermend, een conflictoplossend en een bindend vermogen.

Aan de hand van deze drie noties wil ik nu een vergelijking maken tussen het traditionele strafgeding en ADR. Ik beschrijf daarbij vooral de verschillen.¹⁷ Voor de vergelijking wordt gebruik gemaakt van de ADR-vorm mediation, omdat die het verst is verwijderd van de traditionele juridisch strafrechtelijke benadering. Op deze wijze komen de principiële verschillen tussen de beide vormen van geschilbeslechting het best tot hun recht. Het voordeel van deze benadering is dat in de vergelijking – vanuit een ander perspectief dan gebruikelijk – heel sterk zichtbaar wordt dat het slachtoffer in het strafrecht nauwelijks een plaats toekomt.

Forum

Het forum is, zoals ik al aangaf, een openbaar podium voor communicatie om een geschil te beslechten. De communicatie over en naar aanleiding van het geschil wordt binnen het forum voorgezet, maar met andere middelen en geabstraheerd van de alledaagse werkelijkheid. Deze abstractie, wordt op diverse manieren kunstmatig tot stand gebracht. Er wordt een afstand geschapen doordat de beslechting van het geschil plaatsvindt in een bijzondere publieke ruimte, losgeweekt van zijn oorspronkelijk emotionele context. Afstand ontstaat ook doordat binnen het forum niet wordt geoordeeld aan de hand van de normen die de partijen van het geschil er (mogelijk in afwijking van algemeen aanvaarde normen) zelf op na houden, maar op basis van de door de gemeenschap aanvaarde normen van het recht. Tot slot ontstaat er een afstand tussen datgene wat in het leven van slachtoffer en dader relevant is en datgene wat in het geding aan de orde is.

Het forum van het strafgeding kent vaste spelers en strakke regels. Het is als een schaakbord.¹⁸ De begrippen en de te hanteren taal liggen vast. De normen zijn in onze wetgeving bepaald en kunnen geacht worden gemeenschappelijke normen van onze samenleving te zijn. Het spel kan alleen worden gespeeld als iemand door het uitbrengen van een dagvaarding wordt beschuldigd van het overtreden van een strafwet. Vanaf dat moment wordt de communicatie tussen betrokkenen gevoerd op een niveau dat is geabstraheerd van het dagelijkse. Met de formulering van de beschuldiging bepaalt de officier van justitie waar het op de zitting

¹⁷ Er zijn niet alleen verschillen, maar ook overeenkomsten tussen het strafgeding en de ADR-vormen. Ik noem ze kort. Als eerste overeenkomst moet worden gewezen op een overeenkomst in het doel: conflictoplossing of -beslechting. Daarnaast is er in beide gevallen gerichtheid op communicatie. Als laatste punt van overeenkomst kan worden genoemd dat de procedure in beide gevallen met drie deelnemers wordt gevoerd.

¹⁸ Hoewel in de strafrechtelijke literatuur regelmatig – en niet helemaal ten onrechte – bezwaar is gemaakt tegen een terminologie afgeleid van het spel, gebruik ik de terminologie hier in verband met de scherpte voor de confrontatie met de alternatieve vormen

Het recht maakt daarin deel uit van een structuur die kunstmatig door de mens tot stand wordt gebracht. Foqué spreekt in dit verband – in navolging van de terminologie van Hannah Arendt – over de publieke ruimte van het recht.¹⁵ Die geconstrueerde ruimte moet enerzijds de overheid gelegenheid bieden om het algemeen belang te behartigen en anderzijds vrijheden voor de burger creëren en waarborgen. Dankzij een democratisch wetgevingsproces wordt gemeenschappelijke aanvaarding van de normen verondersteld. De ruimte van het recht bestaat zodoende uit een geheel van waarden, normen, procedures, begrippen en beginnellen die een gemeenschappelijk referentiekader en een gemeenschappelijke taal opleveren.

De taal en de begrippen waarmee de ordening is vormgegeven vormen dus een uitdrukking van gemeenschappelijkheid, zij worden geacht door een ieder te zijn aanvaard.¹⁶ In deze zin biedt het recht een openbare kenbare geconstrueerde ruimte met een zeker gezag en waardigheid. En ondanks die openheid is het een besloten ruimte in die zin dat de mogelijkheid om daar een rol te vervullen wordt bepaald door de gemeenschappelijkheid van de taal en begrippen, normen, waarden en kenbare regels. Deze ruimte van het recht biedt daarmee de mogelijkheid om over een maatschappelijk geschil te communiceren en debatteren, maar dan wel geabstraheerd van de alledaagse werkelijkheid.

Forum, decorum en potentie

De betekenis van hiervoor beschreven abstracte noties voor het strafrecht kan wellicht worden verhelderd aan de hand van de weliswaar open, maar toch beeldende begrippen: forum, decorum en potentie. Men zou kunnen zeggen dat het strafgeding een forum biedt: een openbaar podium voor communicatie ter oplossing en beslechting van conflicten. Het conflict wordt dus niet ontkend, maar omgezet in een rationele structuur die de onderlinge relaties regelt en het conflict beheersbaar en afsluitbaar maakt.

Met de notie van decorum wil ik aangeven dat het rechtsgeding in uiterlijke zin is afgescheiden van de alledaagse ruimte: het kent een eigen ruimte, met zijn eigen bijbehorende rituelen. Tot slot heeft het strafgeding potenties, waarmee ik bedoel dat het zekere vermogens insluit. Zo

rechtsstaat en bij toespitsing op het strafrecht mede door het geJachtengoed van A.C. 't Hart. Zie voor deze thematiek met name A.C. 't Hart, R. Foqué, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Arnhem/Antwerpen 1990 en A.C. 't Hart, *Recht als schild van Perseus, voordrachten over strafrechtstheorie*, Arnhem, 1991

15 H. Arendt, *The human condition*, Chicago/London, 2e dr., 1998, pp. 50 e.v. en 199 e.v. Zij spreekt over 'public realm' en 'space of appearance'. R. Foqué werkt de betekenis van dit begrip voor het recht nader uit in *De ruimte van het recht*, Arnhem, 1992 (oratie)

16 In dit democratisch aspect herkent men de verwevenheid van de politieke en juridische ordening

over zal gaan.¹⁹ De gedragingen van de verdachte zijn het object van onderzoek. Het slachtoffer speelt nauwelijks of geen rol.

Kijken we naar het bemiddelingsproces, dan blijkt ook dat gericht op communicatie. De 'ervaring' de ander te begrijpen is essentieel, zelfs al is dat maar even. Bij de bemiddeling is de communicatie vertrouwelijk en aan iedere vorm van openbaarheid onttrokken. Daarom kan men bij bemiddeling eigenlijk niet goed spreken van een forum. Het beschermende van de publieke controle en genoegdoening aan publieke gevoelens van wraak, zoals in het strafgeding, zijn niet aanwezig.

Er bestaat ook geen kunstmatig gecreëerde afstand tussen de te voeren communicatie en die in de alledaagse werkelijkheid. Er wordt bemiddeld in alledaagse taal. Daar komt bij dat het onderwerp van het bemiddelingsproces niet vast staat en niet per se is gerelateerd aan overtreding van een norm van onze strafwetgeving. Zo kunnen wetsovertredingen en maatschappelijk ongewenst gedrag in elkaar overlopen en onderwerp vormen van de communicatie.²⁰

Ook de grenslijnen van het speelveld, de spelregels en de rollen van de spelers liggen niet precies vast. Al deze aspecten moeten per geval worden afgesproken, omdat bemiddeling is gebaseerd op instemming van beide partijen met de procedure en de te hanteren normen. Hier ligt een groot risico, ook voor het slachtoffer, want je weet niet precies waar je je op vastlegt en wat de gevolgen zijn van de instemming.

De verdachte treedt het forum niet vrijwillig binnen. Maar hij krijgt wel bescherming. Hij heeft een raadsman of -vrouw. En wat wellicht nog belangrijker is, er is voor hem een kunstmatige situatie gecreëerd in die zin dat hij zich als rechtssubject op gelijke voet met het openbaar ministerie kan verhouden en als rechtssubject het woord kan krijgen. Op deze wijze is een debat mogelijk.

Rechtssubjectiviteit brengt mee dat niet de gehele mens van vlees en bloed ter discussie komt in het spel, maar slechts dat deel dat drager is van rechten en plichten. Daarmee blijft er afstand. De verdachte blijft verschoond van een totale transparantie van lichaam en ziel door de overheid en ook door het slachtoffer. Als het slachtoffer in de procedure al een rol speelt komt ook hem een rechtssubjectiviteit toe. Die beschermt hem, maar beperkt hem ook.

In het bemiddelingsproces treden beide partijen (dader en slachtoffer) pas na instemming binnen. Hun gesprek echter gaan ze wel in met hun hele hebben en houwen, al hun gevoelens, heel hun geschiedenis en hun

19 De tenlastelegging kan alleen worden gewijzigd in de bij de wet geregelde gevallen en op de bij de wet voorzien wijze (zie art. 312 en 313 WvSv).

20 Zie over deze problematiek in het bijzonder M. Foucault, *Surveiller et punir; naissance de la prison*, Paris, 1975; M. Delmas-Marty, *Le flou du droit; du code penal aux droits de l'homme*, Paris, 1986, pp. 123-172; A.C. 't Hart, *Recht als schild van Perseus*, Arnhem, 1991, met name pp. 126-144.

toekomst. Het voordeel daarvan voor de deelnemers aan de bemiddeling is, dat zij door hun 'totale' aanwezigheid in het proces volledig de positie hebben om actief te participeren aan de gemeenschappelijke zaak. Ingrijpend is echter dat geen van de beide partijen zich kan afschermen ten opzichte van elkaar en ook niet van de mediator. Noch de ruimte, noch de kleding, noch een rol scheidt een afstand om hen te beschermen tegen een volledige doordringing door de ander en een volledige transparantie. Daar komt bij dat verschillen in macht niet adequaat worden gecompenseerd of gecorrigeerd.²¹ Bijstand door raadslieden is in beginsel niet aanwezig.

Terug naar het forum van het strafgeding. Na aanvang van het geding kan geen van de partijen zich aan de relatie onttrekken.²² Men mag niet terug, men kan niet terug. Het forum bevindt zich op een ander niveau dan de alledaagse werkelijkheid, de strijd moet worden uitgevochten. De rechter heeft een rol als onpartijdige derde met een bijzondere verantwoordelijkheid. Hij moet beslissen, of hij wil of niet. Hij past de normen van onze gemeenschap toe op de concrete zaak. Zijn uitspraak is – met uitzondering van een uitspraak door een hogere rechter – onaantastbaar. Met de uitspraak is de discussie over de zaak gesloten en de afstand tussen forum en alledaagse werkelijkheid is opgeheven.

De openbaarheid van de uitspraak van de rechter is essentieel, omdat het strafgeding daarmee zijn publieke karakter mede inhoud kan geven. De uitspraak is normbevestigend, normstellend en biedt houvast voor toekomstige gevallen. De bemiddelingsverhouding is gebaseerd op intermenselijke communicatie en is daardoor veel vrijblijvender. De verantwoordelijkheid voor de oplossing ligt bij de partijen. De derde, de mediator faciliteert en adviseert.

De grotere vrijblijvendheid blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat alle deelnemers zich op elk moment uit het proces kunnen terugtrekken. Dit aspect kan de mogelijkheden van de mediation en de omgang met elkaars persoon sterk beïnvloeden. Dat geldt zowel in positieve als in negatieve zin. Er bestaat immers enerzijds een goede kans op een bevredigende oplossing voor beide deelnemers. Omgekeerd kan een verschil in machtspositie de vrijheid van een van de deelnemers om zich terug te trekken frustreren.

Hoe het proces van bemiddeling kan worden afgesloten staat ook niet vast. Dat kan ook niet omdat het onderhandelingsproces juist zelf de aanknopingspunten moet opleveren voor een oplossing waarin beide partijen zich kunnen vinden. Misschien neemt het slachtoffer aan het eind genoegen met een tranendal en een afscheidsofen. In andere geval-

21 In concrete gevallen worden soms wel afspraken gemaakt ter compensatie van een ongelijke positie.

22 De dagvaarding kan wel worden ingetrokken zolang het onderzoek ter terechtzitting nog niet is aangevangen (art. 266 WvSv).

len wordt er bijvoorbeeld een vaststellingsovereenkomst gesloten volgens de regels van ons burgerlijk wetboek.

Het proces is dus qua verloop onvoorspelbaar. De uitkomst hoeft bovendien niet aan te sluiten bij een wettelijke of door de gemeenschap gedeelde norm. Zij draagt dus niet, zoals een uitspraak van de rechter, bij aan het bevestigen van onze gemeenschappelijke normen. De oplossing is niet per se zo definitief als in het recht. Een geslaagde bemiddeling betekent bijvoorbeeld niet zonder meer dat het openbaar ministerie zijn recht op vervolging verliest. Tussen partijen zelf is pas sprake van onaanstbaarheid als de bemiddeling is afgesloten met een geldige civielrechtelijke vaststellingsovereenkomst. De oplossing hoeft niet openbaar te worden gemaakt en draagt niet bij aan bevestiging van publieke, gemeenschappelijke normen.

Binnen het forum van het strafgeding speelt de buitenwacht maar een betrekkelijk beperkte rol, want in essentie draait het om de drie hoofdspelers. Het slachtoffer wordt in ons stelsel slechts in beperkte mate als procesdeelnemer aan de rechtsstrijd toegelaten. Zijn belang wordt geacht te zijn vertegenwoordigd in de publieke rol van het openbaar ministerie die het algemeen belang moet dienen. Als mens komt hij daar dus eigenlijk niet aan bod, als rechtssubject slechts onder bepaalde omstandigheden in een hele kleine rol.²³ Toch kan zijn aanwezigheid, ook al zou men dat beschouwen als decorum, op het geding van grote invloed zijn.

Ook het publiek heeft geen zelfstandige rol waar het gaat om het juridisch spel dat gepeeld gaat worden. Het is op afstand geplaatst. Maar, een forum bestaat slechts bij de gratie van publieke erkenning. Een zekere vorm van openbaarheid is daarom essentieel.

Het bemiddelingsproces is volledig onttrokken aan de openbaarheid en speelt zich af in beslotenheid. De vertrouwelijkheid van dit proces is essentieel voor de wijze waarop men tot een gezamenlijk gedeelde oplossing kan komen en dus van grote waarde. Het ontbreken van de forumfunctie brengt mee dat de potenties van het mediationproces niet liggen in de effecten naar de 'buitenwacht', maar in de bevredigende oplossing en waardering door de twee betrokken partijen.

Decorum

De ruimte voor de rechtspraak is niet een willekeurige. Zowel de uitstraling van het gebouw als het decorum van de rechtszaal vervullen een belangrijke functie. Het onderscheidt de juridische ruimte van de alledaagse, toegankelijk en zichtbaar voor de leden van de gemeenschap. Ook de procesdeelnemers worden in fysiek zin ten opzichte van elkaar op afstand gezet en gescheiden van de alledaagse werkelijkheid. Rechter, officier van justitie en raadsman dragen een toga. Die maakt van hen

23 Soms als aangever, soms getuige, soms als benadeelde partij.

spelers op het juridische veld en schermt hen af van de mens van vlees en bloed die onder de toga schuilgaat.

Kijken we naar de bemiddelingsprocedures, dan zien we dat men moeite heeft met het bepalen van het decorum. Veelal wordt aangegeven dat een ontspannen omgeving van belang is. Zo worden er discussies gevoerd over de vorm van de tafel en de aanwezigheid van tafelkleedjes en schemerlampen en het plaatsen van kandelaars. Het bezwaar van het ontbreken van decorum of rituelen in het bemiddelingsproces doet zich – zo blijkt in de praktijk – vooral voelen bij het afsluiten van het proces. Zo is het afsluiten soms juist bedoeld als een gezamenlijke nieuwe start, een andere keer juist om zonder wrok, maar ook zonder elkaar een nieuwe toekomst tegemoet te gaan. Mediators benutten daarom soms afscheids- en overgangsrituelen: bijvoorbeeld een brief of een zoen, overdracht van sleutel en het omsmelten van de trouwring tot een broche en die cadeau geven.

Potentie

Zoals aangegeven heeft het strafgeding potenties. Zo heeft het strafgeding onder meer een beschermend, een conflictoplossend en een bindend vermogen. Hier komen slechts die aspecten aan de orde die in de vergelijking met de mediation en andere strafrechtelijke ADR-vormen het meest pregnant zijn.

De burger die betrokken lijkt bij een strafbaar feit wordt beschermd door de eis dat er sprake moet zijn van een verdenking van overtreding van de strafwet. Dat beschermt hem tegen ongedocumenteerd of willekeurig dagvaarden. Daarnaast garandeert het hem dat hij de normen die hij zou hebben overtreden vooraf kon kennen – er wordt zelfs verondersteld dat hij ze deelt – en dat ze niet pas in het geding worden vastgesteld.

Ook ruimte, kleding en rechtssubjectiviteit dragen bij aan de bescherming door het creëren van afstand. De actieve rol die aan de strafrechter is toegedacht in ons strafprocessuele stelsel maakt het hem mogelijk een beschermende rol te vervullen ten opzichte van de verdachte, en – weliswaar in een beperkte mate – ten opzichte van het slachtoffer.²⁴

Het strafgeding vertrekt vanuit de presumptie van onschuld, een uitgangspunt dat de verdachte beschermt tegen een bevooroordeelde behandeling en deelnemen aan het debat en het beginsel van hoor en wederhoor realiseren.

²⁴ De rechtspraak van het Europese Hof geeft de rechter uitdrukkelijk een taak om de belangen van het slachtoffer mee te wegen. Zie hierover onder meer EHRM 26 maart 1996, NJ 1996, 741.

Het proces van onderhandelen in de mediation heeft zeker overeenkomsten met het proces van hoor en wederhoor. Alleen zijn hier belangen en niet per se rechten aan de orde. Waar in het strafgeding de verdachte voor onschuldig wordt gehouden ontbreekt dit uitgangspunt bij de bemiddeling. Omgekeerd, het bemiddelingsproces veronderstelt juist erkenning van schuld of in ieder geval overeenstemming tussen slachtoffer en dader over de relevante belangrijkste aspecten van het gepleegde feit.²⁵ Maar, de omvang van de beschuldiging is niet vastgelegd of expliciet bepaald. Bewijsregels zouden daarom ook geen rol kunnen vervullen. Wat zou er precies bewezen moeten worden? Die regels zijn niet alleen niet van toepassing, maar voor het proces van bemiddeling ook niet relevant of interessant. Dit is niet zonder risico.

Er is daardoor geen belemmering voor beide partijen om zich vergaand in te laten of te bemoeien met de hele levenswandel van de ander en die aspecten te betrekken in de onderhandeling. En, omdat er sprake is van onderhandelen is er voor beide betrokkenen een zeker voordeel te behalen, zodat het proces ook mede een strategisch proces is. Zo kan het zich voordoen dat de beschuldigde denkt zich om strategische redenen te moeten voegen in het uitgangspunt van schuld. Dit, terwijl het niet valt uit te sluiten dat volgens onze rechtsnormen de pleger helemaal geen strafbaar feit heeft begaan, bijvoorbeeld omdat onze wetgeving geen norm bevat die past op de veronderstelde schending.

Een van de belangrijkste potenties van het strafgeding ligt misschien wel in de betekenis van de rol en de uitspraak van de rechter, de rechter als derde instantie.²⁶ Ik verwijs daarvoor terug naar de tragedie van Orestes. Athene maakte een einde aan de spiraal van wraakuitoefening door het instellen van een rechtbank. Een rechtbank die het proces van onzekerheid over het feit moet leiden naar zekerheid. Met haar beslissing en uitspraak, een machtswoord maakt zij een einde aan het debat. Daarmee zet de rechtbank de wraak om in een voor de gehele gemeenschap geldende en aanvaardbare oplossing: hij bemiddelt tussen wraak en gerechtigheid.

De vraag rijst of de rechter in ons strafgeding ook deze rol toekomt. Bij ons staan immers niet dader en slachtoffer voor de rechter (zoals in een *common law* stelsel), maar verdachte en openbaar ministerie. Volgens sommigen is ons strafrecht daarom volledig geïnspireerd door het pu-

25 Volgens de toelichting bij de aanbevelingen van de Raad van Europa is essentieel dat de beschuldigde enige verantwoordelijkheid voor wat is gebeurd erkent. Zie over complicaties van dit vereiste in relatie tot de essentie van bemiddeling MS Goenhuisen, *Mediation in het strafrecht, bemiddeling en conflictoplossing in vele gedaanten*, a w

26 Inspiratie voor het belang van de rechter als derde beslissende instantie in de hier beschreven lijn vond ik ondermeer in D. Salas, *Du proces penal, éléments pour une théorie interdisciplinaire du proces*, Paris 1992, P. Ricoeur, *The Just*, Chicago/London 2000, in het bijzonder in *The act of judging*, pp 127-133 en Santion, *rehabilitation, pardon*, pp 133-146, M. Shapiro, *Courts, a comparative and political analysis*, Chicago/London, 1981

blieke belang en te weinig gericht op het slachtoffer. Toch is een nuancering van deze voorstelling van zaken in dit verband wenselijk. Een toelichting.

In geval van een slachtoffer-delict zijn er eigenlijk twee conflicten. Het conflict tussen dader en slachtoffer en het conflict tussen de gemeenschap en de verdachte, wegens aantasting van de rechtsnormen. Hoewel het openbaar ministerie het publieke belang vertegenwoordigt heeft het rechtsgeding uitdrukkelijk ook een betekenis ten opzichte van het slachtoffer. Het conflict met het slachtoffer wordt weliswaar niet in die zin opgelost, dat er sprake is van een verzoening tussen beide partijen. De strafrechtelijke benadering en aanpak van het conflict is beperkter. De rechter richt zich niet op het oplossen van gevoelens van wraak en op verzoening, maar brengt het conflict op een juridisch niveau tot een oplossing.²⁷ De vraag is natuurlijk wat dat betekent.

Door de verdachte als dader te bestempelen ontstaat een nieuwe verhouding tussen dader en gemeenschap, maar ook tussen dader en slachtoffer. De rechter herstelt met de uitspraak de veroordeelde in zijn positie als lid van onze gemeenschap. Die wordt weer opgenomen in de gemeenschap omdat hij als rechtssubject is behandeld en is aangesproken en de daarbij behorende gevolgen van zijn daad – het ondergaan van de opgelegde straf – aanvaardt. Maar ook, en dat is niet minder belangrijk, wordt het slachtoffer een door de samenleving erkend slachtoffer.

Het oordeel van de rechter schept afstand tussen slachtoffer en dader, maar brengt hen ook weer bij elkaar, namelijk als leden van dezelfde gemeenschap.

De potentie en de pretentie van het strafgeding is dus wel beperkt, een beperking die wij goed onder ogen moeten zien. Het impliceert geen verzoening of genoegdoening, maar desalniettemin is de betekenis essentieel. Er is een basis voor een nieuwe toekomst voor de gemeenschap en dader, maar ook voor slachtoffer en dader. Daarmee is de rol van de rechter ook toekomstgericht. Hoewel de uitspraak zich niet richt op de intermenselijke gevoelens van vergelding en wraak van het slachtoffer, kan de uitspraak wel bijdragen aan een matiging van escalatie en overreactie van zowel samenleving als slachtoffer in de toekomst.

De potentie van de diverse bemiddelingsvormen in strafzaken ligt onder andere in herstel en compensatie. Maar als het om mediation gaat in de meest zuivere betekenis ligt de belangrijkste potentie van de mediation wellicht in de mogelijkheid tot verzoening.

27 In verband met dit aspect wordt soms gesteld dat de rechter als derde partij boven de partijen staat en dat daarmee het rechtersmodel een autoritair model is. De bemiddelaar wordt dan beschouwd als een geschiloplosser die tussen de partijen staat. Zie voor een uitvoerige beschouwing over de verschillen tussen rechter en bemiddelaar M. Shapiro, *Courts; a comparative and political analysis*, Londen, 1981, hoofdstuk 1 ('The prototype of courts').

Het onderhandelingsproces vindt plaats op basis van de eigen belangen van de partijen. Het zou kunnen en moeten bijdragen aan het ophelderen van de wederzijdse percepties van het conflict, het ophelderen van feiten en omstandigheden die het gebeuren hebben bepaald en aan het ervaren van de gevoelens van de ander. Op deze wijze biedt het onderhandelingsproces mogelijkheden voor contact in de toekomst, de verwerking van het leed, de verzoening en het goedmaken door herstel. Precies deze elementen maken mediation tot een vorm van geschilbeslechting die niet alleen veel mogelijkheden biedt tot herstel van zowel materiële als immateriële schade en leed, maar die tegelijkertijd een sterk toekomstgerichte potentie heeft. De aantrekkelijkheid daarvan voor zowel dader als slachtoffer, alsmede het belang daarvan staat buiten twijfel. Het zal duidelijk zijn dat mediation en andere strafrechtelijke ADR-vormen juist dankzij deze potentie ook sterk aansluiten op de eerder geschetste ontwikkeling tot individualisering van onze samenleving.

Maar, het mediationproces legt wel een grote hypotheek op de beide partijen omdat hun eigen inbreng essentieel is om het doel te realiseren. In het bemiddelingsproces is er geen derde instantie die tot taak heeft de partijen uit hun eigen positie, hun gevoelens en hun verwachtingen los te weken. Zij zullen dat proces zelf moeten doorgaan en doorstaan. Het recht komt niet – zoals in het strafgeding – tussen beiden in dit proces. Precies op dat punt heeft het strafgeding dan ook een groot voordeel. De binding – die daar weliswaar minder pretenties heeft – komt eenvoudiger tot stand.

De bemiddelaar heeft en neemt geen verantwoordelijkheid voor de uitkomst, de oplossing, maar slechts voor dat proces. Hij begeleidt de onderhandelingen, dat wil zeggen hij faciliteert, begeleidt, ondersteunt, inventariseert feiten en mogelijke oplossingen en tracht de communicatie op gang te houden. Zo nodig ondersteunt hij bij het zoeken naar objectieve maatstaven.

De uitspraak van de strafrechter heeft een nog verder strekkende potentie. De gerichtheid van de uitspraak van de rechter op de toekomst overstijgt namelijk de relatie tussen dader en slachtoffer, alsmede die tussen dader en gemeenschap. De rechter bevestigt met zijn uitspraak het bestaan en de aanvaarding van onze gemeenschappelijke normen door ze toe te passen op het voorliggende strafbare feit. En, dat impliceert ook interpretatie van de wettelijke normen, afwegingen van deze casus in relatie tot andere en een precedent voor toekomstige gevallen. Daarmee heeft de uitspraak van de rechter een normstellende functie, een rechtsvormende functie, zij scheidt rechtszekerheid en draagt bij aan rechtsgelijkheid.

De uitkomst van het mediationproces heeft geen enkele precedentwerking voor andere bemiddelingszaken. Er ontstaat geen quasi vaste rechtspraak, er is geen sprake van rechtsvorming. De oplossing wordt

niet openbaar gemaakt, zodat deze ook geen publiek effect kan hebben.²⁸ Er kan dus ook geen sprake zijn van vergelijking met andere gevallen en dus ook geen waarborg van gelijke behandeling van gelijke gevallen. Maar ook ontbreekt iedere vorm van publieke afdoening en genoegdoening. Daarmee blijft de oplossing van het geschil een oplossing tussen dader en slachtoffer. De mediationuitkomst draagt op geen enkele wijze bij aan het oplossen van het conflict wat ook is ontstaan door het gepleegde strafbare feit, het conflict tussen dader en samenleving.

Het rechtsgeding richt zich weliswaar primair op het conflict tussen samenleving en dader, maar zoals ik heb toegelicht is de uitspraak van de rechter wel mede gericht op belangen en erkenning van het slachtoffer. Net zo goed als het proces voor de rechter een beperkte rol speelt en dus ook een beperkte pretentie heeft (of zou moeten hebben), heeft conflictoplossing met behulp van bemiddeling een beperkte functie en kan dus ook slechts beperkte pretenties hebben.

Enkele risico's

Uit het voorafgaande blijken voor- en nadelen van beide vormen van geschilbeslechting. Ook naast de besproken elementen heeft de huidige inrichting van ons strafgeding vele nadelen voor het slachtoffer. Ik veronderstel de meeste daarvan bekend en werk ze daarom hier niet opnieuw of nader uit. In dit verband wil ik wel – als advocaat van de duivel – nog enkele bezwaren benadrukken die verbonden (kunnen) zijn aan mediation alsmede aan enkele nadelen van het niet benutten van het rechtsgeding.

– Zoals besproken heeft de uitspraak van de rechter een normstellende functie en rechtsvormende functie, zij schept rechtszekerheid en draagt bij aan rechtsgelijkheid. In geval van bemiddeling ontbreekt het publieke normbevestigende en het normstellende karakter van de oplossing. In een samenleving waarin anomie dreigt kan men dat als gemis beschouwen.

– Een tweede aspect betreft de 'doorwerking' van de methodiek van bemiddeling. Die raakt aan de gehele mens van vlees en bloed, waarbij geen beperking bestaat in de aard van de middelen. Een voordeel daarvan is dat het beter tegemoet kan komen aan de menselijke gevoelens die in geding zijn. Een nadeel daarvan is dat zowel dader als slachtoffer in een uiterst kwetsbare positie komen te staan ten opzichte van elkaar en ten opzichte van de mediator. Zij kunnen zich niet afschermen tegen een vergaande doordringing over en weer: de mens wordt volledig transparant gemaakt.

²⁸ Dit sluit niet uit dat in bepaalde omstandigheden, bijvoorbeeld als het aantal betrokkenen erg groot is, de uitkomsten van mediation een indirect publiek effect sorteren.

– Uit de beschreven potenties blijkt dat mediation met name goede kansen heeft op succes in geval de betrokken deelnemers op een breed terrein dezelfde waarden en normen delen. Overeenstemming over de te volgen procedure en het bedenken van adequate oplossingen is immers sterk afhankelijk van het verstaan en begrijpen van elkaars ideeën, elkaars cultuur aanvoelen en ook daadwerkelijk dezelfde taal spreken. Zijn deze gedeelde gezamenlijke normen, waarden en vaardigheden evenwel niet aanwezig, dan bestaat het risico dat zowel de uitgangspunten als de doeleinden van de bemiddeling een fictie worden. Denk bijvoorbeeld aan mishandeling tussen burgers uit twee verschillende allochtone groepen die elkaar nauwelijks verstaan. Mediation zal in die gevallen moeizaam zijn. Een groot risico dat zich dan voordoet is dat juist minderheden in onze samenleving de weg van de justitiële vervolging zullen moeten bewandelen. De route van de mediaton zal eerder (kunnen) worden benut door ‘mondige’ burgers, burgers die qua taal en strategische opstelling eenvoudig een sterkere positie kunnen verwerven. Een nieuwe vorm van klassenjustitie? Maar dan een waar ook het slachtoffer niet veel wijzer van wordt.

– De basis van beide vormen van geschilbeslechting is anders en dat kan in geval van samenloop onwenselijke effecten hebben. Het strafgeding is een statelijke, juridische reactie; de mediation een meer sociologische, maatschappelijke. Waar deze beide in elkaar gaan overlopen, omdat er geen muren tussen die velden zijn opgetrokken, gaan juridische en andere maatschappelijke normen, oplossingsmethoden, sancties en begrippen vervloeien. Recht, moraal en fatsoen gaan door elkaar lopen. (Juridische) normering kan daardoor diffuus worden en een totalitair karakter krijgen. Ook wat betreft de procedurele aspecten kan het samensmelten van mediation en strafrechtelijke geschilbeslechting risico's met zich mee brengen (zie verderop).

Uit het besprokene blijkt mijns inziens dat bemiddeling ontegenzegglijk een plaats verdient in de samenleving. Maar naarmate het bereik zich verder uitstrekt neemt de noodzaak van nadere regulering toe, met name in verband met de belangen die op het spel staan. We zien dat bijvoorbeeld al in vragen die rijzen over rechtsbijstand en het inzetten van tolken. Zo is er kans op een voortschrijdende juridisering, waarbij men zich af kan vragen wat de voordelen dan nog zijn ten opzichte van de klassieke rechtspleging. Vanuit een zuiver slachtofferperspectief ligt dat evenwel anders.

Meer kanten van het gelijk

Duidelijk zal zijn dat beide vormen van geschiloplossing – rechtsgeding en mediation - een rol van betekenis kunnen spelen in een gemeenschap, maar wel een van volstrekt andere aard en met een ander bereik. Beide vormen hebben, zo zou je kunnen zeggen hun eigen domein. Dit

impliceert overigens ook dat beide vormen van geschilbeslechting hun pretenties zullen moeten beperken tot dat eigen domein. Maar hierbij moet – in aansluiting op het voorafgaande – worden aangetekend dat de potentie van het juridisch domein niet te licht mag worden onderschat. Het bijzondere van een rechtstelsel in een democratische rechtsstaat – en daarmee ook van onze traditionele behandeling van conflicten door de rechter – is immers juist dat het daarbinnen volstrekt legitiem is om uit te gaan van algemeen gedeelde normen en dat een uitspraak van een rechter die wraak sublimeert naar maatschappelijke vrede en gerechtigheid onbetwist gezag heeft. In die rechtsnormen, alsmede in die procedure, liggen vele inzichten uit andere disciplines, zoals de psychologie, de economie, de sociologie en de ethiek besloten.

Anderzijds neemt dit alles niet weg dat een strafgeding voor het slachtoffer van een strafbaar feit in het concrete geval bepaald niet altijd goed valt of voldoende tegemoet komt aan zijn (gerechtvaardigde) belangen, behoeften en gevoelens. Het zou ook een fictie zijn om te veronderstellen dat volledige vrede, genoegdoening, vergeving of verzoening tot stand komt door het uitsluitend benutten van een van deze beide vormen. Iedere vorm voor zich levert een eigen, door zijn aard beperkte bijdrage aan de totale maatschappelijke vrede. Voor conflicten binnen een specifieke groep met gedeelde normen kan bijvoorbeeld 'eigen rechtspraak' meer in de rede liggen, voor conflicten buiten het kader van een sociale groep een geding voor de rechter. Het is dan ook ondenkbaar om maatschappelijke eenheid en vrede tot stand te brengen en te bewaren als niet meer dan een van de alternatieve bemiddelende of juridische vormen in een samenleving voorhanden is.

Omdat het gelijk meer dan één kant heeft, kan en mag de meest wenselijke keuze voor een modaliteit van geschiloplossing niet alleen worden gebaseerd op de belangen en behoeften van het slachtoffer. Er zijn immers vele andere belangen in het geding, waarvan een belangrijk deel in het voorafgaande is 'opgelicht' in de confrontatie van het strafgeding en de mediation.

Het ligt dan ook niet in de rede om datgene wat juist in het leven is geroepen en gehouden om de burger – en ook het slachtoffer – voldoende rechtsbescherming te bieden zonder zorgvuldige afweging in te wisselen voor oplossingen die deze waarborgelementen niet in zich dragen. Eerder is het verstandig te bezien hoe de voordelen van beide vormen naast elkaar kunnen bestaan.

De andere kant van het gelijk

Het voorafgaande maakt duidelijk dat het voor alle betrokkenen van groot belang is om te bezien op welke wijze de voordelen van het rechtsgeding en ADR-vormen optimaal – naast elkaar, complementair of alternatief – kunnen worden benut. De keuze voor de te bewandelen wegen mogen en kunnen mijns inziens niet willekeurig zijn. Zo zijn zowel de

omstandigheden waaronder de conflicten zijn ontstaan, als de achtergrond van de betreffende gemeenschap en de daarbij betrokken partijen essentieel voor de vruchtbaarheid van de te kiezen vormen. Voor een optimaal functioneren van bemiddelende instituties binnen een groep of gemeenschap is het bijvoorbeeld noodzakelijk dat men binnen het 'speelveld' van een institutie in ieder geval kan uitgaan van gedeelde normen.

Een selectie van overtredingen en misdrijven die in aanmerking zouden moeten of kunnen komen voor mediation zou ten minste moeten worden gefundeerd op de mogelijkheden voor succes en de beperking van de materiële en immateriële risico's voor het slachtoffer. Bovendien zal men uitdrukkelijk moeten bezien of er voor de geselecteerde delicten een algemene keuze wordt gemaakt, dan wel dat voor het benutten van mediation ook specifieke op de daad, de dader, het slachtoffer, of op het algemeen belang gerichte criteria moeten worden ontwikkeld.

De strafrechtswetenschap zal zich voorts moeten buigen over de juridische consequenties van alternatief, complementair of opeenvolgend gebruik van de modaliteiten. De voor- en nadelen daarvan zullen sterk afhangen van de specifieke voorwaarden die de verhouding tussen de beide modaliteiten zullen bepalen. En tot op dit moment zijn de mogelijkheden in zekere zin onbepaald, en vanuit de mediation onbeperkt.

Er is evenwel een belangrijk element dat in deze afweging een doorslaggevende rol zal blijven spelen. In ons huidig processtelsel blijven de ADR-vormen formeel functioneren in de schaduw van het recht. Daarmee duidt ik op het feit dat in beginsel steeds kan worden teruggevallen op de rechter. Dat geldt ook voor de gevallen waar de mediation plaatsvindt met instemming of zelfs op initiatief (en onder voorwaarden) van justitie. In deze laatstbedoelde categorie wordt het terugvallen op het strafgeding evenwel beperkt door de werking van beginselen van een goede procesorde en wel in het bijzonder door het vertrouwensbeginsel. Ook het slachtoffer kan – behoudens de beperkingen door een mediation-resultaat (bijvoorbeeld een vaststellingsovereenkomst) - in beginsel blijven terugvallen op een juridisch kader, zoals beklag tegen niet-vervolgving, een mogelijkheid tot voeging als benadeelde partij of een civiele vordering. Zo bekeken lijkt er weinig bezwaar om beide vormen van geschiloplossing een leven te laten leiden naast of complementair aan elkaar.

Mediation als verlengde arm van justitie

Maar er is meer. Ook al bieden de ADR-vormen op het eerste gezicht grote voordelen voor het slachtoffer, er zijn ook voor zijn positie risico's aan verbonden. Allereerst bleek uit de confrontatie van strafgeding en mediation reeds dat mediation emotioneel bijzonder veel kan vragen van het slachtoffer en dat er geen bescherming bestaat tegen een vergaande doordringing in zijn persoonlijk bestaan. Maar er zijn ook risico's

van een heel andere aard. Als voorbeeld wijs ik hier op de mediationvormen die worden aangeboden door O.M. of politie. In die gevallen is er eigenlijk geen sprake van geschilbehandeling in wat ik zojuist aanduidde als: de schaduw van het recht. Eerder kan men dan spreken van geschilbehandeling in de schijnwerpers van het recht. De partij die verantwoordelijk is voor de handhaving van het publieke belang laat zijn vervolgstappen afhangen van een al dan niet geslaagde mediation in private handen. De justitiële afdoening komt zo in een afhankelijkheidsrol te staan ten opzichte van de bemiddeling. In geval de mediator namens justitie handelt, is die eerder de verlengde arm van justitie, hetgeen vragen doet rijzen naar de vrijwilligheid van de betrokkenen en hun strategische belangen. Men kan zich dan met recht afvragen of de belangen van het slachtoffer in zo'n context tot hun recht kunnen komen.

Overigens is er bij deze modaliteit ook sprake van meer juridische problemen. Nu de 'oplossingen' in een mediationprocedure zeer ver af kunnen staan van de juridisch gebruikelijke en aanvaarde sancties valt bijvoorbeeld niet uit te sluiten dat het openbaar ministerie onder omstandigheden kan oordelen dat niet aan de voorwaarden voor sepot is voldaan. De kans dat verdachte dan nog zal voldoen aan de overeenkomst of afspraak die met het slachtoffer in de mediation werd gemaakt is dan illusoir. In zo'n geval is het slachtoffer een slachtoffer in het kwadraat.²⁹ Hij heeft 'alles gegeven', maar niets gekregen.

Tot slot

Het voorbeeld van mediation als verlengde arm van justitie illustreert mogelijkheden en beperkingen van de beide vormen. Anders gezegd, waar juridische en ADR-vormen van geschiloplossing niet slechts naast elkaar bestaan, maar ook met en door elkaar worden verweven kan niet steeds maximaal recht worden gedaan aan de specifieke kenmerken van mediation. Deze conclusie spoort met de hierboven eerder uitgewerkte stelling dat de beide vormen van geschilbeslechting – strafgeding en mediation – hun eigen domein en hun eigen beperkingen hebben en hun pretenties daar ook toe zullen moeten beperken. Miskent men de 'eigenheid' van de vorm, dan kunnen de juridische effecten en complicaties daarvan nadelen en wellicht zelfs risico's opleveren voor zowel verdachte als slachtoffer.

Ondanks alle – soms zeer legitieme of prijzenswaardige – pogingen om aan de nadelen van het strafgeding te ontkomen, kan de schaduw van het recht niet volledig worden verdrongen. Welke modaliteit van de ver-

²⁹ Een uitvoerige doordenking van dit soort risico's beschreef ik reeds jaren geleden in relatie tot dading. Ook uit die analyse blijkt dat ADR-vormen niet aan de beperking van de schaduw van het recht kunnen ontkomen. Zie CPM Cleiren, 'De lotgevallen van het recht op vervolging bij strafrechtelijke dading', in PG Wiewel e a (red.), *Dading in plaats van strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1993

houding tussen de beide modaliteiten van geschiloplossing men ook tracht te formuleren, de dominante positie van het recht blijft voelbaar. Het is versluisierend en verdoezelend deze realiteit – eigen aan en gevolg van keuzes binnen onze democratische rechtsstaat – te ontkennen. Dat deze dominantie ook voordelen heeft staat buiten twijfel. Gelukkig staat er in het licht van het bovenstaande weinig aan in de weg om met in achtneming van de vele kanten van het gelijk nieuwe alternatieven voor het strafgeding te ontwikkelen en maximaal te benutten.

Literatuur

Brink, G.J.M. van den

Waar komt het grote onbehagen vandaan?

Nederlands juristenblad, nr 45/46, 2000, pp 2173-2178

Boutellier, J.C.J.

Solidariteit en slachtofferschap; de morele betekenis van criminaliteit in een postmoderne cultuur

Nijmegen, SUN, 1993

Hertogh, M., M. Kleiboer

Anders dan rechtspraak (ADR), alternatieve geschillenbeslechting in Nederland

Beleid en maatschappij, nr 6, 1996, pp. 312-321

Platform ADR

Conflictbemiddeling, eindrapport van het platform ADR

Den Haag, ministerie van justitie, 1998