



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Tussen verleden en toekomst: de noodzakelijke abstraherende kracht van amnestie in ruil voor waarheid

Ellian, A.; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

Citation

Ellian, A. (2021). Tussen verleden en toekomst: de noodzakelijke abstraherende kracht van amnestie in ruil voor waarheid. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 673-687). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464145>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464145>

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

TUSSEN VERLEDEN EN TOEKOMST: DE NOODZAKELIJKE ABSTRAHERENDE KRACHT VAN AMNESTIE IN RUIL VOOR WAARHEID

Afshin Ellian

Wanneer de verdachte zich verontschuldigt met te zeggen dat hij niet als mens heeft gehandeld maar uitsluitend als 'functionaris', wiens functies door ieder ander net zo hadden kunnen worden vervuld, dan is het alsof een misdadiger zich beroept op de criminele statistiek, die ons vertelt dat er daar-en-daar en zo-en-zoveel misdaden per dag worden gepleegd, alsof hij dus alleen maar datgene gedaan heeft wat de statistiek van hem verlangde – want tenslotte moet er toch iemand zijn die het doet.

Hannah Arendt¹

I shall risk this proposition: each time forgiveness is at the service of a finality, be it noble and spiritual (atonement or redemption, reconciliation, salvation), each time that it aims to re-establish a normality (social, national, political, psychological) by a work of mourning, by some therapy or ecology of memory, then the 'forgiveness' is not pure – nor is its concept. Forgiveness is not, it should not be, normal, normative, normalizing. It should remain exceptional and extraordinary, in the face of the impossible: as if it interrupted the ordinary course of historical temporality.

Jacques Derrida²

1 TER INGELEIDE

In 2003 presenteerde Tineke Cleiren haar preadvies over de positie van slachtoffers in het strafrecht aan de Nederlandse Juristen Vereniging. Dit onderwerp behoort inmiddels tot de belangrijkste thema's binnen het strafrecht. Het academische denken hierover begon

1 H. Arendt, *Eichmann in Jeruzalem. De banaliteit van het kwaad*, Amsterdam: Atlas 2005, p. 38.

2 J. Derrida, *On Cosmopolitanism and Forgiveness*, London: Routledge 2001, p. 31-32.

eveneens in Leiden met het proefschrift van Marc Groenhuijsen in 1985.³ De positie van slachtoffers in het strafrecht was in de eerste plaats een rechtstheoretisch vraagstuk. Aanvankelijk was het een onwennige gedachte: slachtoffers als onderdeel van de strafrechtspleging. Het strafgeding wordt geacht voornamelijk gericht te zijn op de waarheidsvinding, gerechtigheid en vergelding. Bovendien zou de strafrechtspleging een preventief effect hebben op degenen die een misdaad willen plegen. En dit alles zou een aanzienlijke bijdrage leveren aan het bevorderen van de veiligheid in de samenleving. Wanneer immers een misdadiger wordt gearresteerd en berecht, kan hij – of de groep waartoe hij behoort – niet langer criminele daden verrichten. Een sprekend voorbeeld hiervan is de arrestatie van Ridouan T. en zijn secondant: sinds zij zijn gearresteerd, zijn de liquidaties van de groep-Ridouan gestopt. Thans zijn er weinig serieuze denkers en strafrechtswetenschappers die aan de positie van slachtoffers binnen het strafproces zouden kunnen of willen twijfelen.

Natuurlijk waren en zijn er talloze rechtswetenschappelijke vragen omtrent de rol van het slachtoffer in het strafrecht en de primaire doelstellingen van de strafrechtspleging. Er kan een spanningsveld ontstaan tussen het leed van slachtoffers enerzijds en de vaststelling van de schuld van de dader anderzijds. Schuld als een fundamenteel strafrechtelijk begrip hoeft niet (althans niet altijd en in alle zaken) noodzakelijkerwijs overeen te komen met het toegebrachte leed of de ernst en de mate daarvan. Cleiren schrijft in haar preadvies dat de genoegdoening haar ‘waarde en betekenis volledig moet ontleen aan de context waarbinnen die handeling plaatsvindt’.⁴ Ter illustratie noemt Cleiren het betekenisveld van genoegdoening: goedmaken, of tegemoetkomen. Maar wat kan in geval van moord of verkrachting, worden goedge maakt? De onomkeerbaarheid van delicten die de lichamelijke integriteit van de medemens aantasten, is absoluut en onafwendbaar. Precies in deze context duiken de begrippen zoals vergelding, wraak, verzoening en vergeving op. Terecht stelt Cleiren in dit verband dat wraak een eindeloze keten kan vormen.⁵ Het recht in het algemeen en de uitspraak van de rechter in het bijzonder maken een formeel einde aan het conflict tussen dader en slachtoffer – zij brengen een einde aan een eindeloze keten van wraak – en de zaak wordt letterlijk beslecht. Daarna kunnen de veroordeelde en het slachtoffer opnieuw beginnen met het ‘normale’ leven. Ook keert de rechtsvrede terug in een bepaalde gemeenschap. Handhaving is een essentiële hoeksteen van de rechtsvrede en de legitimiteit van de machtsuitoefening door de overheid. Tenslotte is voor de legiti-

3 M.S. Groenhuijsen, *Schadevergoeding voor slachtoffers van delicten in het strafgeding* (diss. Leiden), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985.

4 C.P.M. Cleiren, ‘Genoegdoening aan slachtoffers in het strafrecht’, in: A.C. Zijdeveld, C.P.M. Cleiren & C.E. du Perron, *Het opstandige slachtoffer. Genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging), Deventer: Kluwer 2003, p. 38.

5 Cleiren 2003, p. 41.

miteit ook van belang om de bijna rekenkundige kern van vergelding te voorzien van rechtvaardigende argumenten.⁶

De strafrechtelijke vergelding zou de weg vrij kunnen maken voor verzoening. Verzoening is 'een principieel innerlijk gebeuren en wederkerig in de zin van innerlijk beaamd', aldus Cleiren. Verzoening kan uiteraard niet worden afgedwongen. In de kern is verzoening een vrijwillig streven en een vrijwillige handeling. Tenslotte beschouwt Cleiren vergeving als een initiatief van het slachtoffer, nadat de dader boete en berouw heeft getoond.⁷ Ook vergeving is niet afdwingbaar. De genoegdoening waarbij zich wellicht een vorm van verzoening kan voordoen, is een relationele aangelegenheid:

'Genoegdoening veronderstelt een "relatie" of "betrekking" tussen twee personen (subjecten of wellicht entiteiten) ofwel zij brengt zo een relatie tot uitdrukking. Genoegdoening plaatst – binnen die "relatie" – de een als actor, als handelend subject in de richting en ten behoeve van een ontvanger.'⁸

De misdaad creëert hier een relatie tussen twee individuen, tussen twee rechtssubjecten. Zij is dus een intersubjectieve aangelegenheid.

Deze intersubjectieve aangelegenheid staat in deze bijdrage centraal. Ik zal betogen dat gedurende een politieke transitie de relatie tussen dader en slachtoffer (een intersubjectieve relatie) moet worden opgeheven. In een politieke transitie van een tiranniek regiem naar een democratische rechtsorde moet men een politieke uitweg (een juridische vorm) vinden voor de misdaden die in naam van een regiem zijn gepleegd. Hoe zou men daarin het algemeen abstracte, een vreedzame stichtingsact kunnen verenigen met het individuele concrete lot van een mens? Een stichtingsact duidt in deze context op een of meerdere handelingen die tot de oprichting van een nieuwe politieke ordening leiden. Dit is op zich al een uitzonderingstoestand. In dat kader plaats ik het openingscitaat van Derrida waarin hij zelfs de vergeving als een uitzonderingstoestand beschouwt. Dit is het verschil tussen de strafrechtspleging met al haar begrippen in een normale situatie en de strafrechtspleging in een overgangsfase: van een individuele rechtsverhouding tussen slachtoffer en dader naar een veralgemeniseerde rechtsverhouding voor iedereen. Dit is inderdaad een fictie, maar een noodzakelijke fictie. Echter, in de context van de politieke misdaad en de politieke transitie moeten de individuele rechtsverhoudingen geminimaliseerd worden. Deze abstraherende act objectificeert de stichtingsdaad van een politieke gemeenschap, omdat

6 De gedachte omtrent het rekenkundige aspect van vergelding ontleen ik aan Jan Broekman: 'Vergelding houdt zich aan de rekenkundig bepaalde rechtvaardigheid.' Zie J. Broekman, 'Vergelding en wraak', in: K. Boonen e.a. (red.), *De weging van 't Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 50.

7 Cleiren 2003, p. 41.

8 Cleiren 2003, p. 44.

er anders geen nieuwe rechtsorde kan worden opgericht. Hier doemen verschillende tegenstrijdige concepten op zoals berechting, verzoening, of symbolische berechting en amnestie.

2 POLITIEKE TRANSITIE: EEN OVERGANG VANUIT NIEMANDSLAND

Een politieke transitie vindt plaats wanneer het oude regiem al dan niet vrijwillig wordt opgeheven. Na de Franse Revolutie (1789) was voornamelijk geweld de beproefde methode om een bestaand regiem tot capitulatie te dwingen. In de moderne tijd veranderen definitief de grondslagen van macht en recht. Voor de Revolutie werd alleen de koning geacht over de soevereine macht te beschikken en bij de uitoefening daarvan ‘alleen verantwoording [te zijn] verschuldigd aan God’.⁹ De Revolutie creëerde een nieuw regiemvorm die de zogenaamde ‘incorruptible’ (onkreukbare) revolutionairen aan de macht bracht. De revolutionairen overwogen alleen het volk als de legitimatie van de macht. Dr. Guillotin groeide uit tot het symbool van het revolutionaire streven naar gerechtigheid. De revolutionaire rechtbanken bedienden zich veelvuldig van zijn machine: de machine van de revolutie, de Guillotine. Dr. Guillotin zelf was van mening dat de onthoofding nog nooit zo simpel en humaan was geweest: ‘Immers, met mijn machine laat ik in een oogwenk uw hoofd rollen zonder dat u er iets van voelt.’¹⁰ Een beroemde uitspraak van Saint-Just (1767-1794) geeft een helder beeld van de geloofsovertuiging van de revolutionairen: ‘Het algemeen welzijn ontkiem, altijd uit iets verschrikkelijks.’¹¹ De terreur wordt hier verkondigd als de essentie van een revolutionaire staat en hiermee van de revolutionaire strafrechtspleging.¹² Kortom, sinds de Franse Revolutie ontstaat een nieuwe rechtsvorm met de daarbij behorende nieuwe methoden van rechtspleging, namelijk het revolutionaire recht met revolutionaire rechtbanken.¹³ Het zijn bijzondere, korte en krachtige procedures waarbij het nieuwe regiem in een kort bestek afrekent met het oude regiem, zijn autoriteiten en zijn ambtenaren. Deze strafrechtspleging druist echter in tegen alle basisprincipes van het

9 Dit is een passage uit de toespraak van Chrétien François de Lamoignon, de laatste minister van Financiën van koning Lodewijk XVI. Zie R. Scurr, *Fatale zuiverheid. Robespierre en de Franse Revolutie*, Amsterdam: De Bezige Bij 2006, p. 73.

10 Scurr 2006, p. 164.

11 Oftewel: ‘Ce qui produit le bien général est toujours terrible, ou paraît (...) – Louis Antoine Léon de Saint-Just’, zie D. Arasse, *De machine van de revolutie. Een geschiedenis van de guillotine*, Nijmegen: SUN 1989, p. 109; L.A.L. de Saint-Just, *Saint-Just Œuvres complètes*, Paris: Gallimard 2004, p. 423-527.

12 C. Lefort, ‘La Terreur révolutionnaire’, in: C. Lefort, *Essais sur le politique. XIXe-XXe siècles*, Paris: Édition du Seuil 1986, p. 81-119.

13 Carl Schmitt noemt dit nieuwe fenomeen de soevereine dictatuur die in tegenstelling tot de gewone dictatuur de grondwet niet opschort, maar een nieuw regiem schept uit het niets door middel van terreur. Zie C. Schmitt, *Die Diktatur*, Berlin: Duncker & Humblot 1994, p. 133-134.

moderne strafrecht en de rechten van de mens. Dit soort strafrechtspleging wordt als staatsterreur gekwalificeerd.

In de twintigste eeuw hebben de revoluties in verschillende landen en continenten nieuwe regims voortgebracht: Rusland (1917), Cuba (1959) of Iran (1979). Daarna ontstond de vraag hoe om te gaan met de misdaden die in naam of in opdracht van het opgeheven regiem zijn gepleegd. Het revolutionaire begrip van misdaad heeft in de regel weinig van doen met delicten uit het commune strafrecht of het oorlogs(straf)recht. Misdaden worden op een (politiek) ideologische wijze gedefinieerd en zijn gericht op het afrekenen met het oude regiem en zijn gezagdragers. Een sprekend voorbeeld hiervan is het bolsjewistische delict inzake de kapitalistische vijand of de onderdrukkende klasse. Het revolutionaire islamistische regiem van Iran introduceerde het delict de vijanden van Allah en Zijn profeet. Over het algemeen namen de revolutionairen het Franse voorbeeld over: de oprichting van de revolutionaire rechtbanken met een eigen unieke procedure. Deze rechtbanken kennen een aparte procedure: spoedzittingen met overmatige daadkracht! Deze manier van het afrekenen met het verleden noem ik de revolutionaire methode.

In 1945, na de opheffing van het naziregim en eigenlijk de Duitse staat, trad weer een nieuwe situatie op waarin niet alleen het gehele regim maar bijna alle staatsorganen van Nazi-Duitsland van een aantal ernstige delicten (de geobjectiverde oorlogsdelicten) werden beschuldigd. Het ging hier om oorlogsmisdaden die reeds voor het einde van de oorlog door de geallieerden als delict werden gekwalificeerd.¹⁴ Deze delicten botsen met begrippen zoals legaliteit en ambtelijk bevel.¹⁵ Het 'overwinnaarsrecht' wordt mogelijk doordat de vijand volledig van de kaart is geveegd. Het nationaalsocialisme, als militaire en politieke vijand, capituleerde onvoorwaardelijk. Deze methode om met het verleden af te rekenen, is *de facto* mogelijk, wanneer de strijdende partijen, desnoods tot de laatste man willen doorvechten. De geschiedenis van het nationaalsocialisme leert dat doorvechten, afdwingen van de capitulatie in sommige gevallen onvermijdelijk is.

Naast de zo-even genoemde categorieën (revolutie en oorlogstoestand) is er ook nog een derde, nieuwe categorie. Deze categorie is in de jaren tachtig van de vorige eeuw met voorzichtige stappen tot stand gekomen, wanneer er geen zicht is op het einde van een bloedig conflict. Meestal correspondeert deze toestand met een burgeroorlog. Langzamerhand groeide in de tweede helft van de twintigste eeuw het besef dat er een model moest worden uitgevonden om een einde te maken aan de uitzichtloze conflicten. Temeer wanneer bij een dergelijk conflict verschillende bevolkingsgroepen betrokken zijn. Het nieuwe model van transitie noemde men de 'Negotiation Justice'.¹⁶ Daarmee zou dan een politieke

14 R.J. Overly, *De verhoren. De nazi-elite ondervraagd*, Amsterdam: De Bezige Bij 2002, p. 29-46.

15 H. Arendt, *Eichmann in Jerusalem. A report on the Banality of Evil*, New York: Penguin Books 1994, p. 280-298.

16 M. Bennun & M.D. Newitt (red.), *Negotiating Justice: A New Constitution for South Africa*, Exeter: University of Exeter Press 1991.

transitie kunnen worden voltrokken.¹⁷ Dit kan gebeuren, nadat de strijdende partijen met elkaar hebben onderhandeld: onder leiding van de VN (El Salvador,¹⁸ in de jaren tachtig van de vorige eeuw) of zelfstandig, dus onafhankelijk van internationale instanties (Zuid-Afrika in de jaren negentig van de vorige eeuw). Een onderhandelingstransitie kent twee basiscomponenten: onderhandelingen met betrekking tot de toekomst (de grondwettelijke onderhandelingen) en onderhandelingen met betrekking tot het verleden (de strafrechtelijke onderhandelingen). In deze bijdrage staan de tweede component en vooral de gevolgen daarvan centraal. Bij een onderhandelingstransitie wordt het revolutionaire model afgewezen, anders zouden er geen onderhandelingen kunnen plaatsvinden. Er kunnen dus geen revolutionaire rechtbanken worden opgericht. Daarbij wordt ook het tweede transitie-model, namelijk het overwinnaarsrecht uitgesloten. Geen van de strijdende partijen heeft immers onvoorwaardelijk willen capituleren.¹⁹ Dat is ook precies de reden dat ze met elkaar gaan onderhandelen. Samuel Huntington omschreef de transities die niet tot een democratische rechtsorde leiden, als volgt:

‘the former opposition groups come to power and the conflict then often centers a new phase as groups in the new government struggle among themselves over the nature of the regime they should institute. Replacement, in short, involves three distinct phases: the struggle to produce the fall, the fall, and the struggle after the fall.’²⁰

Dit is dan het begin van een nieuw bloedig conflict: de ene despoot wordt vervangen door een andere despoot! Dat maakte de introductie van een nieuwe transitievorm onontbeerlijk.

In het model van de onderhandelingstransitie ontstaat een nieuw tribunaal, de waarheidscommissie. En langzamerhand ontwikkelde zich gedurende de politieke transitie ook een nieuw politiek begrip, namelijk de verzoening. De Chileense oppositie koos bijvoorbeeld uitdrukkelijk voor een verbinding tussen de waarheidsvinding en verzoening.²¹ De meest alomvattende verzoeningscommissie werd in Zuid-Afrika (1995-1998) opgericht.²² De

17 Zie G. O'Donnell, P.C. Schmitter & L. Whitehead (red.), *Transitions from Authoritarian Rule: tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, Baltimore: Johns Hopkins University Press 1986.

18 P.B. Hayner, *Unspeakable Truths. Confronting State Terror and Atrocity*, London: Routledge 2001, p. 38-40.

19 Een goed voorbeeld hiervan is de onderhandelingen tussen het ANC en de apartheidsregering: ‘White South Africa must accept the plain fact that the ANC will not suspend, to say nothing of abandoning, the armed struggle until the government shows its willingness to surrender the monopoly of political power, and to negotiate directly and in good faith with the acknowledged black leaders.’ Zie H. Ebrahim, *The soul of a nation. Constitution-making in South Africa*, Oxford: Oxford University Press 1998, p. 444.

20 S.P. Huntington, *The Third Wave. Democratization in the late Twentieth century*, Oklahoma: University of Oklahoma Press 1991, p. 125.

21 National Commission on Truth and Reconciliation, *Report of the Chilean National Commission on Truth and Reconciliation*, Notre Dame (Indiana): University of Notre Dame Press 1999.

22 Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 (1995).

onderhandelingen leidden daar tot de vrijlating van alle politieke gevangenen.²³ De wet waarop een waarheids- en verzoeningstribunaal is gebaseerd, is meestal de uitkomst van onderhandelingen om af te rekenen met misdaden uit het verleden, die in naam van een politieke orde of in opdracht van autoriteiten hebben kunnen plaatsvinden. Ook hier ontkomt men niet aan een aantal dilemma's. Het belangrijkste daarvan is het *Ius prae-vium*-beginsel of het verbod van terugwerkende kracht bij het achteraf strafbaar stellen van gedragingen. Maar wie de volle waarheid in openbaarheid, tijdens de openbare behandeling van zijn of haar zaak, uitspreekt, wordt gevrijwaard van strafrechtelijke vervolging, administratieve sancties en civielrechtelijke aansprakelijkheid. Dit zijn de vergaande consequenties van een amnestiebesluit in Zuid-Afrika en elders.

Wanneer een regiem over zijn eigen ondergang onderhandelt, dan is er geen sprake van een onvoorwaardelijke capitulatie. Het nog op te heffen regiem wil de belangen van eigen mensen en instituties veiligstellen in de transitieperiode en daarna. De emoties lopen in dit soort onderhandelingen hoog op. Zo eiste de befaamde jurist en antiapartheidsactivist en een van de vertegenwoordigers van het ANC bij de onderhandelingen, Kader Asmal,²⁴ een variant van het Neurenbergtribunaal voor de vervolging en berechting van de apartheidsautoriteiten.²⁵ Dat zou op de vervolging van het oude (?) regiem neerkomen. Dit tweesporenbeleid leidt tot tegenstrijdige uitkomsten: enerzijds een Waarheids- en Verzoeningscommissie met de uitkomst een amnestiebesluit en anderzijds de strafrechtelijke vervolging van bepaalde groepen met als (mogelijke/gewenste?) uitkomst een strafrechtelijke sanctie. Deze twee vormen zijn tijdens de onderhandelingen moeilijk met elkaar te verenigen. Het lijkt erop alsof de ene groep tegen de andere groep zegt: u moet uw regiem opheffen en daarna gaan we u ook nog vervolgen en bestraffen. Dit type onderhandelingen, die strikt genomen eigenlijk niet als onderhandelingen kunnen worden aangemerkt, zijn gedoemd te mislukken en ten gevolge daarvan gaat het gewelddadig conflict verder.

Tijdens de onderhandelingen moet men dus eigenlijk kiezen tussen de voortzetting van het gewelddadige conflict of het tot stand brengen van vrede, dat wil zeggen een politieke rede die uiteindelijk tot rechtsvrede moet leiden. Onder het regiem van rechtsvrede moeten de beginselen van het recht voor alle burgers, dus ook voor de voormalige strijdende partijen gelden: rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, menselijke waardigheid, et cetera. Maar moreel en politiek bezien vertegenwoordigde het nog op te heffen regiem onrecht en onrechtvaardigheid. Ook het verzet had zich weleens schuldig gemaakt aan misdaden. Er zijn daarom drie gecompliceerde factoren te bespeuren in de onderhandelingen over het beslechten van het verleden. Ten eerste zouden onder bepaalde omstandigheden beide

23 Indemnity Act 35 (17 mei 1990), GG 12470 en GG 12834 (7 november 1990).

24 K. Asmal, L. Asmal & R.S. Roberts, *Reconciliation Through Truth. A reckoning of Apartheid's Criminal Governance*, Cape Town: Palgrave Macmillan 1998.

25 A. Boraine, *A Country unmasked. Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Oxford: Oxford University Press 2000, p. 13.

partijen of elementen daarvan van onrecht kunnen worden beticht. Niet alle soorten van gewelddadige conflicten tussen een tiranniek regiem en het verzet na het einde van de Tweede Wereldoorlog kunnen vergeleken worden met het nazisme en het verzet daartegen. In dat historische geval was er sprake van een absolute en rechtvaardige verdeling tussen goed en kwaad (geallieerden inclusief verzet versus nationaalsocialisten), maar dit concept is niet automatisch van toepassing op alle andere conflicten met nogal grijze gebieden. Ten tweede spelen sommige conflicten (zoals dat in Zuid-Afrika) zich af tussen verschillende bevolkingsgroepen: de etnische groepen staan lijnrecht tegenover elkaar.²⁶ Ieder van hen eist zijn eigen soevereine macht. Ten derde zou een politiek conflict kunnen eindigen in het overwinnaarsrecht, en zelfs wellicht in het revolutionaire recht en de revolutionaire rechtbanken. Dan ontstaat een situatie die Huntington 'replacement' noemde: de vervanging van een tiranniek regiem met een ander tiranniek regiem. Dit is uitdrukkelijk niet de bedoeling: men dient definitief een eind te maken aan de geweldspiraal – dat is noodzakelijk voor het oprichten van een democratische rechtsstaat.

De Zuid-Afrikaanse onderhandelaars onder leiding van Nelson Mandela besloten om een interim-constitutie tot stand te brengen, die het institutionele kader voor een democratische rechtsorde mogelijk zou maken.²⁷ Hier wilde men het conflict abstraheren van de sociale werkelijkheid. In de sociale werkelijkheid waren in alle uithoeken van Zuid-Afrika de gevolgen van het apartheidsregiem voelbaar en zichtbaar: onrecht, discriminatie, de nabestaanden van slachtoffers van de politieke onderdrukking, de vrijgelaten politieke gevangenen, de nabestaanden van de slachtoffers van de aanslagen van militante verzetsgroepen, et cetera. Het eindrapport van de Waarheids- en Verzoeningscommissie van Zuid-Afrika legt de nadruk op de extensie van geweld in de politieke context:

'The Law and violence in South African history. Violence has been the single most determining factor in South African political history. The reference, however, is not simply to physical or overt violence – the violence of the gun – but also to the violence of the law or what is often referred to as institutional or structural violence.'²⁸

26 Desmond Tutu, de voorzitter van de Waarheids- en Verzoeningscommissie van Zuid-Afrika schreef hierover zonder enige aarzeling: 'De Duitsers accepteerden het omdat ze verslagen waren en de overwinnaars konden de verslagenen als het ware nog trappen terwijl ze al op de grond lagen. Daarom werd de Neurenberg-optie afgewezen door degenen die onderhandelden over het gevoelige proces van overgang naar democratie, wettelijke rechtvaardigheid en respect voor mensenrechten. Geen van beide zijden kon het recht van de overwinnaar opleggen, omdat geen van beide zijden een beslissende overwinning had geboekt die dit mogelijk maakte. In militaire opzicht was er immers sprake van een patstelling.' D.M. Tutu, *Geen toekomst zonder verzoening*, Amsterdam: De Bezige Bij 1999, p. 25.

27 Constitution of the Republic of South Africa Act 200 (1993).

28 C. Villa-Vicencio & S. de Villiers (red.), *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report. Volume One*, Cape Town: CTP Book printers 1998, p. 40.

Hier noemt het eindrapport van de Waarheids- en Verzoeningscommissie van Zuid-Afrika, geweld en recht in één adem. Terwijl het recht per definitie is uitgevonden om onrecht en geweld uit te sluiten. Het moderne despotisme, oftewel het totalitarisme, fundeert geweld en onrecht in het recht. Met andere woorden, het positieve recht fungeert in een totalitaire staat als de basis voor de legaliteit van de totalitaire orde. Terecht wijzen Fokué en 't Hart op de bijzondere verhouding van een despotisch regiem tot het begrip recht:

‘In een despotisch regime kan het recht niet anders opgevat worden dan als een bevel van het enige publieke personage: de soeverein. Bovendien kan recht als bevel ook geen andere betekenis krijgen dan een instrument te zijn van de ene soevereine, centrale macht. Recht als bevel en onbeperkt juridisch instrumentalisme in dienst van de macht gaan hier samen.’²⁹

Echter is de macht of de grondslag van het bevel in een totalitaire staat gefundeerd in een abstracte ideologie: de soeverein zelf is geen legitimatiegrond voor de politieke handelingen. De apartheidspremier of een leider van de Sovjet-Unie rechtvaardigt zijn daden met een verwijzing naar de heersende ideologie: deze daden realiseren immers de ideologie.³⁰

De rechtspositivistische theorieën over de geldigheid van de wetten en het recht verliezen in een totalitaire staat hun gezag. Waar het gezag als een natuurlijk moreel en politiek fenomeen ontbreekt, doemt het geweld op. Alleen het geweld kan het quasi-statelijke gezag nog handhaven. De legitimiteit verwijst niet langer naar de concrete politieke handelingen en de fundering daarvan. In plaats daarvan neemt de abstractie van de ideologie de plaats in van concrete vertogen over de legitimiteit van beleid en politieke beslissingen. Het lijkt op de fundamentalistische religieuze principes: ze zijn in deze wereld, maar ze zijn niet van deze wereld. De racistische ideologie van het apartheidregiem vormde de bron van de politieke legitimatie: alle politieke handelingen worden gelegitimeerd met een verwijzing naar de apartheidsideologie.

De slachtoffers van een despotisch regiem vormen paradoxaal genoeg het geheel van de samenleving. Enerzijds zijn er concrete slachtoffers met concreet leed en bijbehorende verhalen en anderzijds zijn zij slechts enkele voorbeelden van hoe de samenleving als geheel is geslachttofferd op het altaar van het despotisme. En dit veroorzaakt nog een andere paradox: de afwezigheid van een concrete relatie tussen slachtoffers en daders. Natuurlijk is er in de werkelijkheid sprake van een concrete relatie tussen de gefolterde en de folteraar. Maar de omvang en de ernst van misdaden die in naam van de politieke orde zijn gepleegd,

29 R. Fokué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Antwerpen/Arnhem: Kluwer/Gouda Quint 1990, p. 79.

30 De totalitaire werkelijkheid, schreef Arendt, tart de legaliteit en ‘pretendeert zonder omwegen het rijk van de rechtvaardigheid op aarde te vestigen, voert de wet van de geschiedenis of de natuur uit (...)’. Zie H. Arendt, *Totalitarisme*, Amsterdam: Boom 2005, p. 322.

leiden ertoe dat de samenleving als geheel in een niet-intersubjectieve relatie staat tot de daders. Dus in tegenstelling tot de normale toestand waarin een intersubjectieve betrekking bestaat tussen slachtoffers en daders, is dat niet het geval in de uitzonderlijke toestanden die een despotisch regiem veroorzaakt. In het vervolg zal ik deze stelling aan de hand van de Zuid-Afrikaanse transitie uiteenzetten.

3 EEN PARADOXALE ABSTRACTIE: DE OPHEFFING VAN INDIVIDU TER WILLE VAN HET GEHEEL

Gedurende de vreedzame overgang van het apartheidsregiem naar een democratische rechtsorde moest de democratische regering rechtdoen aan de slachtoffers van het apartheidsregiem. Ook waren er – weliswaar een zeer beperkt aantal – slachtoffers van terroristische acties van sommige verzetsgroepen. Naast praktische argumenten³¹ waren er ook meer principiële redenen waarom men de daders van mensenrechtenschendingen niet wilde vervolgen.³² De tegenstanders van het verlenen van amnestie aan personen die in opdracht of in naam van het apartheidsregiem misdaden zouden hebben gepleegd, verenigden zich in een beweging, te weten ‘The Azanian Peoples Organisation’ (AZAPO). Daarbij zat ook een aantal familieleden van nabestaanden van slachtoffers van het apartheidsregime. Zij vonden dat de juridische grondslag voor het verlenen van amnestie, namelijk de ‘Promotion of National Unity and Reconciliation Act’, in strijd zou zijn met de geldende Grondwet van Zuid-Afrika.³³ Uiteindelijk leidde dit indertijd tot een van de belangrijkste uitspraken van het Constitutionele Hof van Zuid-Afrika.³⁴ Het Hof toonde begrip voor de slachtoffers en nabestaanden. De strafrechtelijke, civielrechtelijke en administratieve vrijwaring van sanctie, aansprakelijkheid en immuniteit zijn echter moeilijk uit te leggen aan mensen die door het apartheidsregiem hebben geleden.

Het Zuid-Afrikaanse Constitutionele Hof legde in zijn oordeel de nadruk op de waarheidsvinding, omdat deze juist voor de slachtoffers, hun nabestaanden en de mensenrech-

31 Een belangrijk voorbeeld hiervan is dat de daders massaal niet zouden meewerken aan hun eigen vervolging: ‘We zouden al snel ontdekken dat bijna niemand nog wilde toegeven dat hij dit boosaardige systeem had gesteund’, aldus Tutu. Zie Tutu 1999, p. 20

32 C. Villa-Vicencio & W. Verwoerd (red.), *Looking back, reaching forward. Reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa*, London: Zed Books 2000, p. 174-193.

33 Het zou immers in strijd zijn met artikel 22 van de constitutie waarin is bepaald: ‘Every person shall have the right to have justiciable disputes settled by a court of law or, where appropriate, another independent and impartial forum.’ De AZAPO was van mening dat iedereen volgens de constitutie het recht heeft om zijn geschil aan een ‘court of law’ of een ander onafhankelijk en onpartijdig forum voor te leggen. Terwijl, de Waarheids- en Verzoeningscommissie is niet te beschouwen als een ‘court of law’, aldus de AZAPO.

34 Constitutional Court of South Africa (Zuid-Afrika) 25 juli 1996, *The Azanian People’s Organisation and Others v the President of the Republic of South Africa and Others* (1996), Case CCT 17/96.

tencultuur voorop moet worden gesteld. Niet de bestraffing,³⁵ maar de waarheidsvinding krijgt voorrang in deze transitie.³⁶ Voor de wederopbouw van het land was het echter van belang om niet miljoenen rand uit te geven aan processen die niet of nauwelijks enige waarheid aan het licht zouden kunnen brengen. In plaats daarvan zou de democratisch gekozen regering zich bezighouden met een rechtvaardige reconstructie van de samenleving om de erfenis van het apartheidsregiem te kunnen elimineren: onrechtvaardigheden en discriminatie in gezondheidszorg, onderwijs, huisvesting, werkgelegenheid, et cetera. Desmond Tutu zou later in zijn boek 'Geen toekomst zonder verzoening' de beslissing van het Constitutionele Hof verdedigen.³⁷ Geen wraak, en ook geen vergelding! Waarheid inzake de misdaden tegen de menselijkheid in plaats van vergelding wordt het uitgangspunt van een van de meest succesvolle politieke transities uit de twintigste eeuw, die later als het basisconcept zou gelden voor andere landen.

Met het uitschakelen van het strafrecht opent men een nieuwe dimensie waarin de begrippen vergelding en straf niet voorkomen. Cleiren stelde dat de verzoening 'een principieel innerlijk gebeuren' is. Dit wederkerige proces is een individuele aangelegenheid die in een innerlijk proces transformeert. Ook deze benadering voert in een politieke transitie niet de boventoon. Je kunt immers individuen niet verplichten om aan een innerlijke bezinning te beginnen richting verzoening met hun eigen daders. Een democratische liberale rechtsorde veronderstelt juist de statelijke terughoudendheid en dus het non-interventiebeginsel in het innerlijke leven van mensen. Bovendien is een democratische staat niet bevoegd om individuen te bevelen zich te verzoenen met hun daders. De staat die dit alles kan bevelen, is een totalitaire staat of een goddelijke staat. Een totalitaire staat is *de facto* en *de jure* de vijand van de menselijkheid en een goddelijke staat (*Civitas Dei*) is niet van deze wereld.

Cleirens analyse zou eventueel een reële gestalte kunnen aannemen in normale omstandigheden. Een politieke transitie is echter geen normale omstandigheid. Het is een uitzonderingstoestand. De individuen moeten juist in een transitieperiode niet tegenover elkaar komen te staan. De politieke en maatschappelijke eenheid tijdens een overgang van een despotisch regiem naar een democratische rechtsorde is van essentieel belang voor vrede en veiligheid. In zijn beroemde essay, 'The Question of German Guilt' (1948),

35 Over de internationale rechtsgeldigheid van een amnestiebesluit, zie: V. Vriezen, *Amnesty justified? The need for a case by case approach in the interests of human rights*, Cambridge/Antwerpen: Intersentia 2011.

36 In paragraaf 17 verwoordt het Hof dit vraagstuk als volgt: 'That truth, which the victims of repression seek so desperately to know is, in the circumstances, much more likely to be forthcoming if those responsible for such monstrous misdeeds are encouraged to disclose the whole truth with the incentive that they will not receive the punishment which they undoubtedly deserve if they do. Without the incentive there is nothing to encourage such persons to make the disclosures and to reveal the truth which persons in the positions of the applicants so desperately desire. With that incentive, what might unfold are objectives fundamental to the ethos of a new constitutional order.'

37 Tutu 1999, p. 28.

onderscheidt Karl Jaspers vier vormen van schuld: schuld in relatie tot criminaliteit (strafrechtelijke schuld), politieke schuld, morele schuld en metafysische schuld. Bij politieke schuld gaat het, volgens Jaspers, om de aansprakelijkheid ten gevolge van de statelijke handelingen. Daarvoor zijn alle burgers verantwoordelijk.³⁸ Er is dus ruimte voor een noodzakelijke abstractie van gebeurtenissen en vooral de morele en strafrechtelijke gevolgen daarvan voor de burgers.

Deze transitionele abstractie abstraheert de daders tot diverse categorieën: de staat, de ministeries, de commandanten, het beleid, enzovoort. Wat gebeurt er dan met de genoegdoening? Cleiren stelt dat de 'genoegdoening een relatie of betrekking tussen twee personen (subjecten of wellicht entiteiten) is'.³⁹ De genoegdoening brengt een relatie tussen twee rechtssubjecten tot uitdrukking. In de overgangsperiode tracht de democratische overgangsregering die genoegdoeningsrelatie uit te schakelen. Het is een normatieve daad. Tevens is het niet van belang hoe het daadwerkelijk in de concrete, intermenselijke relatie uitpakt. De normatieve uitschakeling van intersubjectieve relatie van genoegdoening maakt de weg vrij voor waarheidsvinding en vooral voor een nieuw begin. Alles wordt hier overschaduwd door dat nieuwe begin. De waarheid wordt als de grootste genoegdoening beschouwd. De politieke misdaad wordt echter niet stilzwijgend begraven. De doden krijgen een naam, de daders dienen te verschijnen voor een tribunaal dat de waarheid en berouw verbindt met de toekomst via het verzoeningsconcept. Hier ontspruiten de eerste contouren van een toekomst zonder statelijk politiek geweld. En toch, binnen dit proces zouden individuele ontmoetingen, vergeving, en verzoening kunnen plaatsvinden. En dat gebeurde ook in Zuid-Afrika. In de materiële sfeer nam de opvolger van de apartheidstaat de verantwoordelijkheid op zich om concrete slachtoffers schadeloos te stellen. Het waren symbolische bedragen. Ook hier stond de toekomst, de wederopbouw, voorop: uiteindelijk was iedereen op een of andere manier slachtoffer van het despotische regiem.

In een democratie staat de menselijke waardigheid van individuen centraal. Maar is dit uitgangspunt ongewijzigd van toepassing tijdens de transitie naar een democratische orde? Ook op het gebied van vergeving schakelde de staat de individuele relaties uit. Cleiren is terecht van mening dat vergeving een initiatief van het slachtoffer veronderstelt. De staat kan en mag individuen niet dwingen om misdadigers te vergeven. Vergeving⁴⁰ is een individuele daad, een tamelijk onverwachte daad. Daarbuiten is alleen een god bevoegd

38 K. Jaspers, 'The Question of German Guilt', in: N.J. Kritz (ed.), *Transitional Justice. Volume I. General considerations*, Washington D.C.: United States Institute of Peace Press 1995, p. 160.

39 Cleiren 2003, p. 43.

40 Rushdy problematiseert de vergeving in termen van de banaliteit van vergeving. Dit is een absurde benaming, en daarmee verandert hij Arendts theorie over de banaliteit van het kwaad in een karikatuur. Zie A.H.A. Rushdy, *After Injury. A Historical Anatomy of Forgiveness, Resentment, and Apology*, Oxford: Oxford University Press 2018.

om te vergeven. Een staat is geen god. Vergeven, net als schuld, is een relationele band tussen twee of meerdere personen. Er zijn geen vaste regels of objectieve verklaringen wanneer, waar en onder welke omstandigheden mensen elkaar mogen, kunnen of moeten vergeven. Daarom is de vergeving ook een willekeurige daad. Vergeving is geen recht, evenmin een plicht. Handelen veroorzaakt, volgens Hannah Arendt, meestal een onomkeerbare situatie. De mens ontbeert ook nog het vermogen om het gedane ongedaan te maken. Zit een mens dan voor de eeuwigheid gevangen in een misdaad? Nee, we beschikken volgens Arendt over twee belangrijke vermogens, namelijk het vermogen om te vergeven en het vermogen om beloftes te doen:

‘Indien onze daden ons niet werden vergeven, wij niet werden vrijgesproken van de consequenties van wat wij hebben gedaan, zou ons vermogen tot handelen zich als het ware beperken tot één enkele daad, waarvan wij ons nooit meer zouden kunnen losmaken; wij zouden voor altijd de slachtoffers van zijn consequenties blijven, in zekere zin in dezelfde situatie komen te verkeren als die tovenaarsleerling die de toverspreuk was vergeten om wat hij had ontketend weer te bezweren.’⁴¹

Straf en ook de vergeving beëindigen een situatie, en een intersubjectieve betrekking. Natuurlijk rijst hier de vraag wat precies de vergeving is, waarnaar een Waarheids- en Verzoeningscommissie gedurende een politieke overgangsperiode streeft. Men kan de misdaden tegen de menselijkheid niet vergeven. Zoals hierboven aan de orde kwam, is dit slechts mogelijk in een Goddelijke of Messiaanse toestand. Vergeven in een politieke overgangsperiode impliceert opzettelijk vergeten om een ambtelijke misdadiger of een gepolitiseerde misdadiger te bestraffen. Het vergeten is niet het resultaat van amnesie of een verwaarlozing van de waarheid. Daarentegen is het vergeten een bewuste handeling: niet de daad, niet de dader, niet de ideologie van de dader, maar de bestraffing van de dader valt onder deze specifieke vorm van vergeten wat geen systematische vergetelheid is. Dat is ook de zin van een amnestiebesluit gedurende een regiemverandering. En daardoor wordt er ook een halt toegeroepen aan het overmatig historische besef dat een vreedzame en vrije toekomst kan blokkeren.

In *Over nut en nadeel van geschiedenis voor het leven* besteedt Nietzsche aandacht aan voor- en nadelen van het historisch besef: ‘Er is een mate van slapeloosheid, van herkauwen, van historisch besef, waardoor het levende geschaad wordt en tenslotte te gronde gaat, of

41 H. Arendt, *Vita activa. De mens: bestaan en bestemming*, Amsterdam: Boom 1994, p. 235.

het nu een mens, een volk of een cultuur is.⁴² Men moet immers ook ruimte krijgen om het verlorene te vervangen en de wonden te helen, aldus Nietzsche. Het onhistorische blijkt hier even belangrijk te zijn voor het bestaan als het historische besef. Het ogenblik van vergeten is de openheid naar het onverwachte, naar het toekomstige. Het vergeten is een kleine, kortstondige breuk met het verleden. Op die breuk baant een natie zich een weg naar een ander tijdperk. Het toelaten van dit vergeten als een breuk met het verleden is een voorwaarde voor de stichtingsdaad die nooit en te nimmer langer mag duren dan een ogenblik in de geschiedenis van een natie.⁴³ Het moment van vergeten is een krachtig moment waarzonder geen openheid bestaat naar het toekomstige, het toekomstige. Het verzoeningsproces bestaat uit een balans tussen vergeven, vergeten en herinneren. De mens, de eeuwige beginnening is telkens in staat gebleken om opnieuw te beginnen. Daarom wordt tijdens een overgangsperiode naar een democratische en rechtvaardige toekomst de relatie tussen dader en slachtoffer, de intersubjectieve relatie, opgeheven. Een onontkoombare dialectische beweging: een opheffing in een hogere synthese die de these en antithese voor altijd in zich bewaart.

4 DE SYMBOLISCHE DADEN IN EEN WEZENLIJKE PERIODE

Geconcludeerd kan worden dat een politieke transitie een wezenlijke periode is in de geschiedenis van een natie. Het was de Mexicaanse dichter Octavio Paz die wederom wees op de relatie tussen de mens en de geschiedenis. In zijn beroemde essaybundel 'Het labyrint van eenzaamheid' vat Paz de essentie van de mens en de geschiedenis samen:

'De mens is niet alleen het resultaat van de geschiedenis en de krachten die haar bewegen, zoals men tegenwoordig beweert; evenmin is de geschiedenis uitsluitend het resultaat van menselijke wil – een stelling waarop het systeem van het Noord-Amerikaanse leven impliciet gebaseerd is. Mijns inziens is de mens niet in de geschiedenis: hij is geschiedenis.'⁴⁴

De Waarheids- en Verzoeningscommissies creëren een overgangsruimte waarbinnen de verhalen van daders en slachtoffers zonder aanzien des persoons verteld kunnen worden. Het is een narratieve ruimte die eigenlijk krachtiger en effectiever is dan een strafrechtelijke ruimte waarin de verdachten uit angst voor vergelding onschuld bepleiten. Een politieke

42 F. Nietzsche, *Over nut en nadeel van geschiedenis voor het leven. Tweede traktaat tegen de keer*, Groningen: Historische Uitgeverij 1983, p. 18.

43 A. Ellian, *Een onderzoek naar de Waarheids- en Verzoeningscommissie van Zuid-Afrika*, Tilburg: Wolf Publisher 2003, p. 627 e.v.

44 O. Paz, *Het labyrint der eenzaamheid*, Amsterdam: De Arbeiderspers 1991, p. 26.

orde wordt niet gefundeerd op absolute waarheden. Het is onmogelijk om de absolute waarheid voor de politiek vast te stellen. Alle regimens die dat hebben geprobeerd, eindigden in de georganiseerde leugens. De politieke waarheden die tijdens een overgangsperiode worden ontdekt, zijn empirische gewone alledaagse waarheden van mensen die beslissingen namen, van ambtenaren die het uitvoerden, van rechters die het toepasten. De politieke waarheid is telkens een concrete en toetsbare waarheid.

In deze bundel eren wij onze collega professor Tineke Cleiren. Niets is in de academie eervoller dan een discussie over de reikwijdte van een wetenschappelijke stelling. Alleen serieuze stellingen leiden tot academische debatten. Daarin is Cleiren zeker geslaagd door een aantal dimensies van het slachtoffer in het strafrecht te problematiseren.