



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Maximaal strafrecht? Enkele reflecties op Gades strafbegrip

Voorde, J.M. ten

Citation

Voorde, J. M. ten. (2023). Maximaal strafrecht?: Enkele reflecties op Gades strafbegrip. *Tijdschrift Voor Herstelrecht*, 23(1), 55-60.
doi:10.5553/TvH/1568654X2023023001007

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3621477>

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

Maximaal strafrecht?

Enkele reflecties op Gades strafbegrip

Jeroen ten Voorde

1. De redactie van dit tijdschrift vroeg mij te reflecteren op een gedachtewisseling tussen Christian Gade en Tim Chapman op de website van het European Forum for Restorative Justice (EFRJ). Bij die reflectie, in de woorden van de redactie een korte, positionerende bijdrage, moest ik vooral stilstaan bij een aantal filosofische thema's die in de gedachtewisseling aan de orde komen, in het bijzonder het strafbegrip. Ik heb mij vooral op het betoog van Gade gericht. Het is een uitdagend, prikkelend betoog. Ik beken ook dat ik er niet altijd even goed mee uit de voeten kon. Dat houdt er wellicht verband mee dat Gade een karikatuur schetst van verschillende posities, hetgeen hij overigens erkent. Voor een eerlijke reflectie op het door Gade ontwikkelde argument lijkt het mij gewenst verder te kijken en ook zijn onderliggende stukken te betrekken, zoals ook Chapman deed.¹ Het is om die reden dat ik mij de vrijheid heb veroorloofd ook die stukken te raadplegen bij de totstandkoming van deze reflectie.

2. Gade formuleert twee argumenten waarom 'herstelrecht' niet als iets radicaal anders dan straf moet worden gezien: een theoretisch en een 'promotioneel' argument. Ik bespreek eerst het tweede argument en richt mij daarna op het eerste. Het promotionele argument bestaat uit een theoretisch en een praktisch deel. Gade meent dat herstelrecht als straf zou moeten worden gezien, omdat veel mensen straf willen. Dat lijkt mij zonder toelichting een opmerkelijk argument, want het introduceert een democratisch argument zonder rechtsstatelijke waarborgen. Als we mensen moeten geven wat ze willen, is herstelrecht misschien niet het eerste wat ze willen. Gade ziet dat zelf ook, want zijn hele exercitie is erop gericht herstelrecht voor mensen een interessante optie te maken. Zelf noemt hij herstelrecht een 'alternatieve, en mogelijk meer constructieve vorm van straf'. Mogelijk, maar misschien dus niet. En wat dan? En meer constructief, maar voor wie, wanneer, onder welke omstandigheden?

Voor een antwoord moeten we naar het theoretische deel van het promotionele argument. Gade stelt zichzelf voor als consequentialist. Hij steunt herstelrecht 'alleen voor zover het betere gevolgen heeft dan andere mechanismen van misdaad-beheersing', waarmee hij onder andere straf zal bedoelen. Betere gevolgen worden niet uitputtend omschreven en geïllustreerd aan de hand van een aantal voorbeelden: recidivevermindering, slachtoffertevredenheid, economische kosten, 'afhankelijk van de waarden die je huldigt'. Daarmee zal hij de waarden die in het consequentialisme centraal staan bedoelen, maar zeker weten doe ik dat niet. Het kunnen ook andere waarden zijn, maar welke dat dan precies zijn, wordt niet dui-

1 Zie Gade, 2021, p. 127-155; en Gade, 2022, p. 37-54.

delijk. De illustraties die Gade noemt, en een aantal keer herhaalt, tonen wel de waarden die Gade huldigt. Zijn consequentialisme is enerzijds breed, het gaat om speciale en generale preventie, maar ook smal. Centraal staat het voorkomen van recidive, het toekennen van schadevergoeding aan slachtoffers (andere vormen van herstel worden niet geëxpliciteerd) en om economische kosten die zo beheersbaar mogelijk moeten worden gehouden. Daarbij lijken economische kosten ook vooral letterlijk te moeten worden genomen en in geld te worden uitgedrukt. Ik krijg althans niet de indruk dat Gade een brede invulling van economische kosten voorstaat. Al met al is het vooral een tamelijk klassiek consequentialistisch betoog waarin weinig aandacht wordt geschonken aan activiteiten die erop gericht zijn de (niet-economische) relatie tussen de veroordeelde en het slachtoffer te herstellen. Gades betoog voert weg van humane herstelrechtelijke communicatie, waarin zelf-respect en het hervinden van waardigheid van belang zijn.

Is dat een probleem? Het lijkt mij vooral voor Gade uitdagend. Enerzijds stelt hij zich, lees ook de reactie van Chapman, buiten het klassieke herstelrechtelijke discours. Dat is ook de bedoeling; Gade wil immers een paradigmaverschuiving bewerkstelligen. Hij ziet een crisis in de herstelrechtelijke beweging die onvoldoende voet aan de grond krijgt, ondanks alle inzet en goede bedoelingen. Het moet anders en dat vraagt om een consequentialistische revolutie. De vraag die Gade zich niet heeft gesteld, ik ben hem althans niet tegengekomen, is of er sprake is van een zodanige crisis dat revolutie de enige uitweg is. Het feit dat hij in zijn betoog bestaande alternatieven voor herstelrecht aanhaalt, wijst erop dat er misschien helemaal geen sprake is van een crisis, maar van puzzels die vragen om een oplossing. Daarbij hoeft hij zich niet voor te stellen als iemand die zijn tijd ver vooruit is, maar als iemand die bijdraagt aan het oplossen van een hedendaagse puzzel. Anderzijds is de vraag hoe een strafrechtjurist naar Gade zou kijken. Zijn consequentialistische opvatting komt mij nogal resultaatgericht voor, en erg leunend op veronderstelde harde resultaten. Hij denkt dat met herstel meer positieve effecten kunnen worden gerealiseerd en legt de lat hoog: hoge slachtoffertevredenheid, lage recidivecijfers, lage financiële kosten en dergelijke. Als dat allemaal niet kan worden gerealiseerd, is de liefde gauw over, denk ik dan. Nog even los van mijn indruk dat de dader (en wellicht ook het slachtoffer) hier als middel en niet als doel lijkt te worden voorgesteld, gaat het bij straffen volgens mij toch echt niet alleen om deze effecten. Daarvoor hoeven we het consequentialisme niet achter ons te laten; daarin liggen immers talloze ideeën besloten die dichter liggen bij meer klassieke herstelrechtelijke ideeën over het oplossen van geschillen dan de ideeën van Gade. Al met al overtuigt het promotionele argument van Gade mij niet.

3. Ik richt me vanaf nu op het theoretische argument. Gade meent dat er redenen zijn om herstelrecht te zien als straf. Hij promoot herstelrecht *de jure* als straf door te beargumenteren dat het *de facto* straf vormt 'volgens veel standpunten over wat straf is'. Het gebruik van *de facto* en *de jure* is verwarrend. Gade bepleit het opnemen van herstelrecht *als straf* in de wet. Wat hem daarbij voor ogen staat, is mij niet helemaal duidelijk. Gaat het erom herstelrecht als straf in de wet op te nemen *in plaats van* andere straffen, zoals gevangenisstraf, taakstraf of geldboete, als

hoofdstraf *naast* deze straffen, of als bijkomende straf die alleen in bijzondere gevallen naast of in plaats van een hoofdstraf kan worden opgelegd? Of ziet hij herstelrecht als een wijze van tenuitvoerlegging van een straf? Het laatste lijkt in ieder geval niet beoogd, zodat ik er in het vervolg van uitga dat Gade herstelrecht ziet als straf naast andere straffen die in de wet zijn opgenomen. Hoe die straf er dan uitziet, blijft voorwerp van speculatie.

Dat vormt wel een uitdaging. In zijn betoog passeren verschillende herstelrechtelijke arrangementen de revue: de bemiddeling of herstelrechtelijke bijeenkomst tussen dader en slachtoffer en ‘quasi-herstelrechtelijke processen, zoals gemeenschapspanels’. In zijn betoog gaat het er niet om *het* herstelrecht als straf voor te stellen, maar om bepaalde herstelrechtelijke arrangementen.² Daarmee is niet gezegd dat elk van deze vormen van herstelrecht als straf kan worden omarmd (zie voor het strafbegrip hierna, onder 4). Gade lijkt dat ook wel te erkennen, maar het lijkt mij goed dat niet over het hoofd te zien, ook omdat hij tegelijkertijd spreekt van *herstelrecht* als straf. De scherpte die hier ontbreekt, maakt het niet eenvoudig om het betoog van Gade op waarde te schatten. Als we ervan uitgaan dat Gade slechts bepaalde herstelrechtelijke arrangementen als straf voorstelt, in het bijzonder het bemiddelingsgesprek,³ dan kunnen we verder.

Of toch niet helemaal, want onduidelijk blijft wat Gade bedoelt met herstelrecht dat *de facto* voldoet aan criteria voor straf. Wat Gade hiermee probeert duidelijk te maken is dat herstelrecht, althans de herstelrechtelijke arrangementen die hij opvoert zoals bemiddeling, voldoet aan criteria die *hij* heeft ontwikkeld. Om dan te stellen dat herstelrecht *de facto* voldoet aan die criteria, is argumentatief niet heel overtuigend. Gade maakt zich er ook kwetsbaar mee; zijn stelling kan worden weerlegd aan de hand van andere criteria. Wat Gade echter vermoedelijk bedoelt te zeggen is dat er redenen zijn om herstelrechtelijke arrangementen als bemiddeling *de facto* als straf te omschrijven. Dat roept de vraag op wat dat voor die arrangementen in relatie tot het strafrecht zou moeten betekenen. Zijn antwoord: zij moeten deel uitmaken van het strafrecht. Volgens mij gaat het betoog hier hoe dan ook te snel. Dat herstelrechtelijke arrangementen als straf kunnen worden begrepen, zegt nog niet dat zij deel moeten uitmaken van het strafrecht. Of iets *de facto* straf is, betekent nog niet dat het ook *de jure* straf zou moeten zijn.

4. Gade ziet dus aanleiding herstelrecht te beschouwen als straf, zij het als ‘andere straf’. Wat daarmee precies wordt bedoeld, blijft in het midden. In zijn bijdrage aan het EFRJ komt sowieso niet zo heel erg goed uit de verf hoe zijn strafbegrip luidt en waarom op basis daarvan herstelrecht als straf kan worden begrepen. Het blijft bij wat losse frasen. Volgens Gade is herstelrecht geen ‘zachte optie’ en kan het voor daders soms ‘buitengewoon moeilijk’ of een ‘moeizaam proces’ zijn. Hier lezen we dat herstelrecht tot pijn of leed kan leiden bij de dader. Tevens sluit hij niet uit dat pijn vrijwillig kan worden ondergaan en erkent hij de aanwezigheid van strafrechtelijke autoriteiten bij herstelrechtelijke arrangementen. Veel meer argu-

2 Ik denk daarbij onder andere aan bemiddeling.

3 Vgl. Gade 2022, p. 38, voetnoot 1.

menten herken ik niet in zijn discussiestuk. Wie zijn wetenschappelijke bijdragen erbij pakt, merkt dat hij een aantal elementen daaruit heeft gehaald en in zijn discussiestuk heeft verwerkt. Hij is daarbij naar mijn mening wat te kort door de bocht gegaan.⁴ Om zijn argument op waarde te schatten, is het raadzaam de in voetnoot 1 genoemde bijdragen te bestuderen.

Gade (2021) onderscheidt in *Is restorative justice punishment?* negen dimensies die helpen bij het beantwoorden van de vraag wanneer een bepaalde handeling als straf kan worden aangemerkt: 1. The guilt dimension; 2. The type-of-offence dimension; 3. The experience dimension; 4. The voluntariness dimension; 5. The authority dimension; 6. The perception-of-guilt dimension; 7. The blame dimension; 8. The intention dimension; 9. The self-punishment dimension.⁵ De ingevoerde lezer ziet dat Gade hier schatplichtig is aan de vijf elementen van het standaard strafbegrip dat door H.L.A. Hart werd voorgesteld in *Prolegomenon to the principles of punishment* uit 1968.⁶ De negen dimensies komen niet helemaal overeen met Harts opvattingen. Gade is de eerste die dat overigens erkent. Anders dan Hart benoemt Gade de dimensie 'blame' en de onvrijwilligheid van een handeling bij zijn strafbegrip. Wat hij precies met 'blame' bedoelt, is mij niet helemaal duidelijk, omdat ik niet zo goed begrijp waarom deze dimensie relevant is voor een consequentialist als Gade. Hij maakt het zelf ook niet duidelijk.

Het woord dimensie is bewust gekozen. Gade ziet ze namelijk op een schaal staan, van minimalistisch tot maximalistisch. Een minimalistische positie ten aanzien van een bepaalde dimensie houdt in dat voor het erkennen van een handeling als straf deze dimensie vervuld moet zijn. Er wordt bijvoorbeeld gesteld dat voor het opleggen van straf minimaal sprake moet zijn van schuld of van een strafbaar gesteld feit. Een maximalistische positie houdt precies het omgekeerde in en stelt bijvoorbeeld dat straffen ook door anderen dan een autoriteit kunnen worden opgelegd of dat schuld geen vereiste is voor straf. Volgens Gade kan in theorie bij elke dimensie een minimalistische en een maximalistische positie worden ingenomen. Het gevolg daarvan is dat aan de hand van deze dimensies honderden opvattingen over straf kunnen worden onderscheiden. Dit levert aan de ene kant een interessant theoretisch model op waarop auteurs die denken over straf kunnen worden geplaatst. Daarbij doemen overigens direct verschillende vragen op, zoals: wat is nu precies minimalisme en maximalisme en wat als een opvatting noch het één noch het ander is, maar ook: wat als een auteur één van de dimensies niet behandelt? Is hij ten aanzien van die dimensie dan meteen een minimalist? Volgens Gade kennelijk wel.⁷ Maar dat miskent volgens mij dat de begrippen die in de dimensies worden opgevoerd helemaal niet zo uniform worden uitgelegd als hij veronderstelt en dat er heel goed overlap kan bestaan, waardoor moeilijk kan worden gezegd dat een auteur ten aanzien van een bepaalde dimensie zonder meer een minimalistische of maximalistische positie inneemt.

4 Gade erkent dat overigens ook in het discussiestuk.

5 Gade, 2021, p. 132.

6 Hart, 1968, p. 4-5.

7 Vgl. Gade, 2021, p. 135.

Een ander bezwaar betreft het ontbreken van een ondergrens om van straf te kunnen spreken. Negen maximalistische posities kunnen toch geen straf opleveren? In dat geval is voor straf geen schuld, geen strafbaar gesteld feit, geen autoriteit, enzovoort, vereist. Het lijkt niet de bedoeling van het model, maar valt ook niet uit te sluiten. De vraag komt dan op waarin het onderscheid tussen straf en niet-straf is gelegen. Die vraag is juist voor het strafrecht relevant, want als er geen onderscheid tussen straf en niet-straf kan worden gemaakt, wat maakt dan een strafrechtelijke straf? Moet er niet een minimum aan niet-maximalistische posities zijn? En zo ja, welke dimensies moeten dan ten minste aanwezig zijn om van straf te kunnen spreken? En waarom?

5. Waar Gade hier staat, is mij niet duidelijk. Aan de ene kant kan hij zich kennelijk niet voorstellen dat negen maximalistische posities toch straf opleveren, gefocust als hij is op voorbeelden waarin enkele minimalistische en vooral maximalistische posities worden ingenomen. Aan de andere kant valt mij op hoe weinig hij zoekende is naar de ondergrens van straf. Voor iemand die een nieuwe strafrechtelijke straf wil introduceren, verbaast mij dat. Juist in het strafrecht gaat het er toch vooral om na te gaan wat als een strafrechtelijke straf zou kunnen worden erkend. Binnen het strafrechtelijk discours zijn er natuurlijk uiteenlopende, minimalistische en maximalistische, posities te onderscheiden, maar daarbij gaat het er toch vooral om te bepalen waar de ondergrens ligt. Voor Gade lijkt die vraag irrelevant. Zo bezien lijkt hij waar het gaat om wat als straf heeft te gelden een maximalist te zijn. Dat is ten aanzien van het algemene strafbegrip al een interessante positie, ten aanzien van het strafrechtelijk strafbegrip roept zijn positie de vraag op of zij voldoende onderscheidend is. Het heeft er veel van weg dat hij een strafbegrip ontwikkelt opdat sommige herstelrechtelijke arrangementen als straf kunnen worden erkend. Dat kan zo zijn, maar heeft hij daarmee gezegd dat zij als *de facto* straf ook als *de jure* straf kunnen en zouden moeten worden erkend? Die vraag is wat mij betreft onbeantwoord gebleven.

6. Gade (2022) probeert in *Promoting restorative justice as de jure punishment: a vision for a different future* te verduidelijken wat hij bedoelt. Hij erkent in dat artikel dat er tussen *de facto* en *de jure* straf een verschil bestaat. Zo maakt hij toch onderscheid tussen minimalistische en maximalistische posities ten aanzien van bepaalde dimensies. Dat doet hij overigens voor slechts vier van de negen dimensies, zonder dat helemaal duidelijk wordt wat zijn positie ten aanzien van de andere vijf dimensies is. Als we zijn argument zouden volgen, dan zou hij een maximalist zijn ten aanzien van die dimensies en hoeven zij niet te zijn vervuld om van straf te kunnen spreken. Dan gaat het om dimensie 1, 2, 6, 7 en 9. Dat zou betekenen dat het voor een strafrechtelijke straf (*de jure* straf) niet uitmaakt of het feit waarvoor wordt bestraft een in de wet vermeld strafbaar feit betreft. Ten aanzien van dimensie 2 zou Gade volgens zijn eigen opvatting immers een maximalist zijn. Dat verast, juist omdat het doel van Gade is het herstelrecht in het strafrecht onder te brengen. Waarom zou je dan een maximalist zijn ten aanzien van dimensie 2? En als hij dat inderdaad zou zijn, dan kan ik daarmee niet instemmen. Strafrechtelijke straffen zijn niet bedoeld om op te leggen voor alle feiten, maar slechts voor een

(relatief) beperkt aantal feiten die langs democratische weg en met in achtneming van verschillende rechtsstatelijke waarborgen als strafbaar feit in een wet zijn opgenomen.⁸ Daar waar geen strafrechtelijke straf kan worden opgelegd, eenvoudig omdat het feit geen in de wet vermeld strafbaar feit betreft, kunnen andere correctiemechanismen in beeld komen, die zowel door statelijke organen als door niet-statale instanties en personen kunnen worden opgelegd. Daarbij kunnen eigen waarborgen gelden. Ik zie niet waarom ten aanzien van dimensie 2 een maximalistische positie zou moeten worden ingenomen, vooral ook niet omdat Gade een minimalist is met betrekking tot dimensie 5. Waarom wel de eis stellen dat een autoriteit straf oplegt, maar niet de eis dat die alleen straf oplegt voor een strafbaar gesteld feit? Ik kan niet verklaren waarom Gade deze positie inneemt teneinde herstelrecht als strafrechtelijke straf te erkennen. Volgens mij heeft hij dat niet nodig, en belangrijker, hij formuleert hiermee een argument dat de door hem verfoede strafrechtelijke straffen, de gevangenisstraf voorop, ook kunnen worden toegepast op andere dan strafbaar gestelde feiten. Het zal niet zijn bedoeling zijn, maar Gade sluit de uitbreiding van het gebruik van de klassieke strafrechtelijke straffen echter niet uit. Zo ontstaat de situatie dat waar hij juist minder van deze straffen wil, hij de ruimte voor de toepassing ervan vergroot.⁹ In een tijd waarin mensen willen straffen, lijkt me dat een risicovolle opening naar nog meer strafrecht, terwijl niet overtuigend is beargumenteerd waarom het tot meer herstelrecht zou kunnen leiden.

Literatuur

- Gade, C.B.N. (2021). Is restorative justice punishment? *Conflict Resolution Quarterly*, 38(3), 127-155.
- Gade, C. (2022). Promoting restorative justice as de jure punishment: a vision for a different future. *The International Journal of Restorative Justice*, 5(1), 37-54.
- Hart, H.L.A. (1968). *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Clarendon Press, p. 4-5.

8 Ik laat de vraag of bij dimensie 1 ook een minimalistische positie moet worden ingenomen voor wat zij is. Juridisch moet dat in ieder geval in Nederland worden aangenomen: geen straf zonder schuld.

9 Zie ook Aertsen in zijn bijdrage aan dit nummer.