

Het sanctieconcept van het herstelrecht

John Blad

In deze bijdrage wordt ingegaan op de belangrijke, door de ontwikkeling van het herstelrecht opgeroepen, vraag of het bij het herstelrecht gaat om een werkelijk *alternatief voor de straf*, of eigenlijk om een *alternatieve straf*. Deze vraag impliceert een cruciaal debat, want in het laatste geval is het herstelrecht de zoveelste verkapte vorm van strafrecht en dient het zonder meer in het bestaande strafrechtelijke en strafprocesrechtelijke discours te worden ondergebracht, zonder dat de grondslagen daarvan worden geraakt. In het eerste geval gaat het om een ándere (sanctie-)praktijk dan een strafpraktijk, die dan ook op een ándere wijze in de strafrechtspleging zou moeten worden geïncorporeerd, zo men dat als wetgever de moeite waard zou vinden.

Het betoog strekt ertoe te laten zien, op analytische gronden, dat het sanctieconcept van het herstelrecht ánders is dan het strafconcept waarop het strafrecht gebaseerd is en dat dit mede te herkennen is in en áán de procedurele uitwerking van dat herstelrecht. Daartoe wordt eerst (§ 1) een profiel van herstelrecht gegeven dat als grondslag dient voor het verdere betoog. Dat profiel geeft aan hoe de auteur het herstelrecht ziet en waar het in het herstelrecht, volgens de auteur, om gaat. Uiteindelijk worden echter het karakter en de betekenis van herstelrecht niet door auteurs, maar door de wetgever bepaald en daarom wordt vervolgens – bij wijze van voorbeeld - Belgische wetgeving beschreven (§2), om daarna in te gaan op de Belgische praktijk van het zogeheten ‘herstelgericht groepsoverleg’ als concrete praktijk (§3). Daarmee is dan het decor gezet voor een bespreking van tegenovergestelde opvattingen van Walgrave en Duff over het strafkarakter van het herstelrecht (§4). Deze opvattingen worden nader geanalyseerd en geduid in de voorlaatste paragraaf onder verwijzing naar de Belgische wetgeving en praktijk (§5). In de conclusie wordt tenslotte het *sanctieconcept* in het herstelrechtelijk denken nader aangeduid als dat van ‘morele reparatie’ in een dubbele betekenis.

Een profiel van herstelrecht

De term herstelrecht wordt vaak losjes gebruikt om de inzet van de methoden van ‘bemiddeling’¹ en probleem-oplossend ‘groepsoverleg’ in verschillende contexten aan te duiden, zonder dat er sprake is van enige mate van juridisering van de problemen die aan de orde zijn: bemiddeling op scholen, in buurten, in arbeidssituaties.

Met Walgrave vind ik dit gebruik van de term verwarrend en onjuist²: wanneer men wil spreken van herstelrecht dan zou het toch moeten gaan om de ambitie *recht te doen* na een *rechtsschending, door het bevorderen van het herstel van de (vormen van) schade*.³

Herstelrecht – in de vertolking van veel belangrijke protagonisten, zoals Zehr⁴ – houdt een agenda in van hervormingen in het bestaande strafrecht⁵, die voortvloeit uit een aantal oude,

¹ In deze tekst worden de termen bemiddeling en mediation gehanteerd als synoniemen. In de Engelse taal bestaat het onderscheid niet dat in het Nederlands wel kan worden gemaakt en in het herstelrecht gaat het eerder om (geprotocolleerde) ‘mediation’ dan om (wat minder formeel omschreven) ‘bemiddeling’.

² L. Walgrave *Restorative Justice, Self-Interest and Responsible Citizenship*, Devon: Willan Publishing (2008), p. 16.

³ Conform een invloedrijke definitie die luidt: ‘Restorative Justice is a theory of justice that emphasizes repairing the harm caused or revealed by criminal behaviour. It is best accomplished through cooperative processes that include all stakeholders.’ (www.restorativejustice.org)

⁴ H. Zehr, *The little book of Restorative Justice*, Good Books Intercourse (2002).

⁵ Herstelrecht richt zich op het terrein van het strafrecht. Ik ken geen voorbeelden van projecten die zich onder deze vlag met het civiele recht bezighouden. Voor zover de methoden van bemiddeling en groepsoverleg worden

fundamentele bezwaren tegen de traditionele strafrechtspleging. Die bezwaren kunnen hier niet centraal worden gesteld noch worden uitgewerkt, maar het gaat onder meer om *de marginale rol van het slachtoffer* (die structureel samenhangt met de kernfuncties van het strafproces dat het materiële strafrecht dient te realiseren⁶) en *de vervreemding* die plaatsvindt door de juridische abstrahering van het door de betrokkenen – slachtoffer, dader en naaste betrokkenen van beide – beleefde schadelijke incident, waardoor deze vaak het gevoel kunnen krijgen dat het in het strafrecht om een geheel ander incident gaat, waarover zij niet veel te zeggen hebben. Het kennelijke feilen van de gevangenisstraf en andere ‘kritisch-criminologische’ thema’s vormen als vanouds mede motieven om te zoeken naar een ander, beter misdaadrecht.⁷

Herstelrecht begint *materieel* met de erkenning dat een strafbaar feit, *naast* een publiekrechtelijke rechtsschending, ook en vooral een schending is van subjectieve rechten en vrijheden waaruit een conflict tussen gelijke rechtssubjecten blijkt of ontstaat. Schade die door die schending ontstaat heeft naast objectieve en materiële vooral ook subjectieve en immateriële kanten en de schending zelf kan ook aan de zijde van de dader onverwachte vormen van schade hebben onthuld of veroorzaakt. De primaire (rechts-)plicht die hierdoor ontstaat is die van het zo goed mogelijk herstellen van de schade door de veroorzaker en/of anderen. Het slachtoffer heeft recht op herstel, maar belangrijk is ook dat de dader dat heeft: van hem wordt primair verwacht dat hij de schade(n) herstelt en dus mag hij dat proberen te doen. Deze materiële grondslagen van het herstelrecht leiden *procedureel* tot een prioriteit van een onderzoek – door de partijen gezamenlijk - van de behoeften en belangen van het slachtoffer, de dader, de naastbetrokkenen en de samenleving in verband met de rechtsschending en de schade die daaruit is ontstaan. Een onderzoek dat gespreksmatig (‘dialogisch’) en in de alledaagse taal, de taal van de betrokkenen plaatsvindt. Het kerndoel van de procedure is het bevorderen van een optimaal herstel van de schade dóór de dader, optimaal in de ervaring en definitie van het slachtoffer en de in de procedure betrokken anderen. Die anderen zijn te onderscheiden in twee categorieën. Er zijn *informele betrokkenen*, die voor dader en slachtoffer *significante anderen* zijn, van belang voor het vinden van gezamenlijk gedeelde duiding van wat er gebeurd is, de gevolgen ervan en de optimale wijzen van herstel.

ingezet in het civiel- of bestuursrechtelijke gebied, wordt daar meestal over geschreven in termen van ‘mediation’ (naast rechtspraak of in plaats daarvan). In Nederland wordt bij openbare orde-problematiek weleens gebruik gemaakt van de zogeheten ‘Alle Hens conferentie’ die door de Eigen Kracht Centrale wordt aangeboden: www.eigenkrachtcentrale.nl. Deze plaats ik dus *buiten* het herstelrecht, ook al gaat het om belangrijke en wenselijke praktijken.

⁶ Van deze rol kan gezegd worden dat zij versterkt en minder marginaal geworden is: maar toch stuiten die veranderingen op de grenzen die verbonden zijn aan een op de berechting van de dader gerichte procedure. Het slachtoffer krijgt steeds betere services, maar beslist nog steeds niet mee over de hoofdzaak. Daarmee behoeft men niet tevreden te zijn, zoals blijkt uit Jan J.M. van Dijk, *The mark of Abel; Reflections on the social labelling of victims of crime*, oratie, Tilburg University, 2006. Hij bepleit veranderingen die werkelijk een ander type strafrechtspleging zouden opleveren.

⁷ De term misdaadrecht kon al worden aangetroffen in de Inleiding tot het strafrecht van de Nederlandse protagonist van de Moderne School Van Hamel (*Inleiding tot de studie van het strafrecht*, Amsterdam (1926)), die daarmee wilde benadrukken dat het vooral zou moeten gaan om werkzame reacties op misdaad, waarbij de straf een plek tussen potentieel vele andere middelen inneemt. Recentelijk is zij weer als uitgangspunt genomen door Jacques Claessen, *Misdaad en straf. Een herbezinning op het strafrecht vanuit een mystiek perspectief*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers (2010). De kritisch-criminologische inspiraties lagen natuurlijk al bij Hulsman (Een abolitionistisch perspectief op het strafrecht, in: *Problematiek van de Strafrechtspraak*, Baarn: Bosch en Keuning (1979), p. 50-75) en Christie wiens artikel *Conflicts as Property* (1977) is opgenomen als prominente ‘grondslagtekst’ van het herstelrecht in: Eugene McLaughlin a.o. (Eds), (2003), *Restorative Justice. Critical Issues*, London: Sage Publications (2003), p. 21-30. Het zou niet vreemd zijn te denken, dat het herstelrecht een voortzetting is van ‘Moderne Richting’-ambities.

En er zijn *formele betrokkenen*, waaronder de bemiddelaar, de advocatuur, eventuele slachtofferhulpverleners en reclasseringswerkers, en de rechtshandhavende autoriteiten. Deze laatsten vertegenwoordigen de ‘formele’ samenleving, de rechtsstaat en behartigen de daardoor te dienen algemene belangen.⁸ Tenslotte moet als formele betrokkene nog vermeld worden de wetgever, die het allemaal mogelijk moet maken door veroorlopende en faciliterende, eventueel zelfs verplichtende wetgeving. Het gaat bij het herstelrecht om een reorganisatie van de publiekrechtelijke sfeer, die om nieuwe wetgeving vraagt. In die nieuwe wetgeving kan zowel plaats voor straffen als voor herstellen worden ingeruimd.

Belgische herstelrechtelijke wetgeving

Na de hierboven gegeven korte omschrijving, die zich impliciet al richtte op de methode van het ‘herstelgericht groepsoverleg’ (hergo)⁹, is het zinvol om de blik te richten op onze zuiderburen, waar herstelrecht-veroorlopende wetgeving al tot stand gekomen is. Na een kort overzicht van die wetgeving zal de beschreven praktijk van de hergo in beeld worden gebracht opdat het profiel van ‘herstelrechtelijke sancties’ zich beter kan aftekenen, als basis voor de theoretische analyse die zal volgen. Naast de hergo voor jeugdigen is er ook het veralgemeende bemiddelingsaanbod dat ook voor volwassenen geldt. Voor de volledigheid wordt dat hieronder eerst kort beschreven.

In het Belgisch wetboek van strafvordering is in de voorafgaande titel in art. 3 bepaald¹⁰: ‘Aan de personen die een direct belang hebben in het kader van een gerechtelijke procedure wordt de mogelijkheid geboden om beroep te doen op bemiddeling (.....).

Bemiddeling is een proces dat aan personen in conflict toelaat om, als zij er vrijwillig mee instemmen, actief en in alle vertrouwelijkheid deel te nemen aan het oplossen van moeilijkheden die voortvloeien uit een misdrijf, met de hulp van een neutrale derde en gegrond op een bepaalde methodologie. Ze heeft tot doel de communicatie te vergemakkelijken en partijen te helpen zelf te komen tot een akkoord inzake de nadere regels en voorwaarden die tot pacificatie en herstel kunnen leiden.’

De nadere regeling in dit Belgische wetboek komt er dan kort weergegeven op neer dat het openbaar ministerie, de onderzoeksrechter en de rechter erop toezien dat justitiabelen worden geïnformeerd over de mogelijkheid om bemiddeling te vragen, terwijl zij dat ook zelf kunnen voorstellen in passende gevallen (art. 553 § 2 Sv). De bemiddeling is volkomen vertrouwelijk. Wat daarin is uitgewisseld mag niet worden gebruikt in enige andere (juridische) procedure

⁸ De informele betrokkenen worden weleens aangeduid als ‘caring communities’ omdat ze een persoonlijke, positieve betrekking hebben tot dader of slachtoffer. Het betrekken van de ruimere samenleving is zowel praktisch ondoenlijk als riskant, omdat die ruimere samenleving niet altijd bereid is te investeren in werkelijke probleemoplossingen maar vaak op repressie en schijnoplossingen gericht blijkt. Zie daarvoor als ingang: Adam Crawford & Todd R. Clear, *Community Justice: Transforming Communities through Restorative Justice*, in: Eugene McLaughlin e.a. (Eds.), *Restorative Justice. Critical Issues*, Sage, London (2003), 215-230. Voorbeelden van hoe ‘communities’ kunnen bijdragen aan contraproductieve effecten van conferencing zijn te vinden in het rapport van L. Sherman & H. Strang, *RJ: The evidence*, uitgebracht aan het Smith Institute te London (2007), p. 74-78 (web).

⁹ Deze keuze wordt gerechtvaardigd door het feit dat steeds vaker lijkt te worden toegestaan dat significante anderen ook bij een ‘victim-offender-mediation’ betrokken worden, waardoor de grenzen tussen één-op-één bemiddeling en ‘conferencing’ vervagen. Zie daarvoor het binnenkort verschijnende onderzoeksrapport van E. Zinnstag, M. Teunkens & B. Pali, *Conferencing: a way forward for restorative justice in Europe*, Leuven: European Forum for Restorative Justice (2011). Bovendien is het groepsoverleg rijker aan mogelijkheden om sociale oorzaken bloot te leggen en oplossingen en steunbronnen aan te dragen. Zie John Blad, Bemiddeling in strafzaken, *Tijdschrift voor Herstelrecht*, (2006) (6), 1, p. 22-37.

¹⁰ Wet tot invoering van bepalingen inzake de bemiddeling in de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering en in het Wetboek van Strafvordering van 25 juni, 2005, Belgisch Staatsblad 27.07.2005, 33323.

voor het oplossen van conflicten en is niet toelaatbaar als bewijs (art. 555 § 1). Partijen kunnen zelf besluiten bepaalde elementen of de gehele overeenkomst ter kennis van de gerechtelijke instanties te brengen en de rechter vermeldt dit dan in zijn vonnis.¹¹ Hij kan bij zijn beslissing rekening houden met de ingebrachte elementen en ook dat vermeldt hij dan in het vonnis (art. 163 Sv).

Naast deze bemiddelingsmogelijkheid in strafzaken, is er voor jeugdige delinquenten de mogelijkheid van het ‘herstelgericht groepsoverleg’ (hergo).¹² Jongeren die er van verdacht worden een ‘als misdrijf omschreven feit’ (MOF) te hebben gepleegd vallen in België onder een apart regime dat is neergelegd in de Jeugdbeschermingswet, die in 2006 is herzien om de mogelijkheid van bemiddeling en hergo vast te leggen.¹³ Op grond van die hervormde wet dienen de magistraten altijd de mogelijkheid van een herstelrechtelijke afdoening te onderzoeken en hier de voorkeur aan te geven, indien zij mogelijk lijkt.¹⁴ De magistraten doen dan *een herstelrechtelijk aanbod*. Op het niveau van het parket kan dat aanbod alleen bemiddeling betreffen, terwijl op het niveau van de jeugdrechtbank bemiddeling en herstelgericht groepsoverleg kunnen worden aangeboden.

De bemiddeling wordt in art. 37bis § 2 Jeugdbeschermingswet als volgt omschreven: ‘Bemiddeling heeft tot doel de persoon die ervan wordt verdacht een als misdrijf omschreven feit te hebben gepleegd, de personen die ten aanzien van hem het ouderlijk gezag uitoefenen, de personen die hem in rechte of in feite onder hun bewaring hebben alsook het slachtoffer, de mogelijkheid te bieden om samen en met hulp van een onpartijdige bemiddelaar, onder meer aan de relationele en materiële gevolgen van een als misdrijf omschreven feit tegemoet te komen.’

In hetzelfde artikel wordt in § 3 hergo omschreven: ‘Het herstelgericht groepsoverleg strekt ertoe om aan de persoon die ervan wordt verdacht een als misdrijf omschreven feit te hebben gepleegd, aan het slachtoffer, aan hun sociale omgeving, alsook aan alle dienstige personen, de mogelijkheid te bieden om in groep en met de hulp van een onpartijdige bemiddelaar, in overleg uitgewerkte oplossingen te overwegen over de wijze waarop het conflict kan worden opgelost dat voortvloeit uit het als misdrijf omschreven feit, onder meer rekening houdend met de relationele en materiële gevolgen van het als misdrijf omschreven feit.’

Het aanbod mag worden gedaan als aan de volgende drie voorwaarden is voldaan: er zijn ernstige aanwijzingen van schuld, de verdachte verklaart het als misdrijf omschreven feit niet te ontkennen en er is een slachtoffer geïdentificeerd. Noch de procureur des Konings, noch de jeugdrechtbank is verplicht een herstelrechtelijk aanbod te doen als deze voorwaarden vervuld zijn, maar als de procureur *niet* seponeert, moet hij zijn beslissing om een herstelrechtelijk aanbod wel of niet te doen uitdrukkelijk motiveren. Wanneer zonder bijzondere motivering het aanbod niet is gedaan, is de procureur niet ontvankelijk bij de jeugdrechtbank. Hier is dus een zekere vervolgingsdrempel opgeworpen.

¹¹ De Memorie van Toelichting vermeldt de vertrouwelijkheid van het overleg als basisbeginsel van de bemiddeling en daaraan is ook verbonden een geheimhoudingsplicht voor de bemiddelaar. Alleen de partijen kunnen daarop uitzonderingen maken. Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers, DOC 51 1562/001, 19 januari 2005, p. 14-15.

¹² Het Belgische ‘herstelgerichte groepsoverleg’ is een Europese adaptatie van het oorspronkelijk Nieuw-Zeelandse model van ‘Family Group Conferencing’.

¹³ Wet betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade, B.S. 19 juli 2006 (tweede uitgave).

¹⁴ Deze beschrijving is deels ontleend aan het Belgische wetboek van Strafvordering en deels aan Inge Vanfraechem, Herstel en de Belgische jeugdwet, *Tijdschrift voor Herstelrecht*, 2007 (7), 3, p. 7-18.

Als wordt voorgesteld een bemiddeling of een hergo aan te gaan worden de betrokkenen ingelicht dat zij zich daartoe tot een aangewezen bemiddelingsdienst kunnen wenden, en wordt het dossier ook aan die bemiddelingsdienst toegezonden. Partijen moeten dan overwegen of zij geheel vrijwillig willen deelnemen aan een vorm van bemiddeling: deze vrijwilligheid is een *conditio sine qua non* voor de gehele bemiddelingsprocedure. Partijen kunnen zich daaruit op elk moment met eigen beweegredenen terugtrekken, hetgeen een functioneel en tegelijk rechtsbeschermend element¹⁵ in de procedure vormt.

Wordt door de bemiddelde partijen een akkoord bereikt in het stadium van het nemen van parketbeslissingen, dan wordt dit ondertekend door de partijen ingezonden aan de procureur des Konings die dat akkoord niet kan wijzigen en daaraan zijn goedkeuring moet verlenen, tenzij het akkoord inhoudelijk strijdig is met de openbare orde. Het goedgekeurde akkoord wordt dan vervolgens geïmplementeerd en van die uitvoering wordt door de bemiddelaar verslag gedaan aan de procureur. Deze legt de uitvoering van het akkoord vast in een proces-verbaal en neemt vervolgens een beslissing om de zaak al dan niet te seponeren.

Wordt een akkoord bereikt op het niveau van de jeugdrechtbank (in de voorlopige fase), dan wordt dit akkoord (ondertekend door de partijen) aan het dossier toegevoegd, samen met een intentieverklaring van de minderjarige (dat hij of zij dat akkoord zal nakomen). Ook de rechtbank kan het akkoord niet wijzigen en moet het voorzien van goedkeuring tenzij er strijdigheid is met de openbare orde. Wordt het akkoord conform uitgevoerd vóór vonnis, dan wordt daarmee rekening gehouden bij vonniswijzing, wordt het akkoord goed uitgevoerd ná vonnis, dan kan er op grond van art. 60 van de Jeugdbeschermingswet een herziening plaatsvinden van de eventueel opgelegde maatregel(en) teneinde deze te verlichten.¹⁶

De feitelijke procedure van het herstelgerichte groepsoverleg: hergo¹⁷

Wanneer de bemiddelaar na de doorverwijzing van het dossier aan zijn werk begint is zijn eerste bezoek dat aan de jonge verdachte, om vast te stellen of en dat de jongere wil deelnemen en het feitelijke substraat van het als misdrijf omschreven feit niet zal ontkennen. Is dit het geval, dan kan daarna de bereidheid van het slachtoffer bij een thuisbezoek worden gezocht, zo niet, dan wordt het slachtoffer het risico van secundaire victimisering bespaard. Als de jongere weigert deel te nemen aan een hergo wordt de rechter daarvan in kennis gesteld, stemt hij in dan wordt de hergo op een gezamenlijk afgesproken datum en plaats georganiseerd. Als het slachtoffer zelf niet wil deelnemen, kan hij zich laten vertegenwoordigen of een brief sturen over de gevolgen van het MOF. Deelnemende slachtoffers en daders kunnen aan de bemiddelaar opgeven welke anderen zij graag bij de hergo aanwezig willen hebben: voor de jonge daders zijn dat meestal (ook) de ouders. In de bijeenkomst zelf zijn – naast dader en slachtoffer en hun supporters - aanwezig een politiebeampte, als symbolische representant van de maatschappij, de advocaat van de

¹⁵ Het is een rechtsbeschermend element omdat zo niemand gedwongen kan worden tot een overleg dat hij niet wil aangaan. Het is functioneel omdat alleen een vrijwillig aangegaan overleg vruchtbaar kan zijn voor hersteldoelen en vrijwillig aanvaarde verplichtingen beter worden nageleefd dan opgelegde.

¹⁶ Deze wetgeving is alleen naar voren gebracht als voorbeeld en niet om daar een discussie aan te wijden, hoewel er natuurlijk allerlei vragen bij kunnen worden gesteld. Zoals die, of het verstandig is dat het parket noch de jeugdrechtbank het voorgelegde akkoord kunnen wijzigen en het dus alleen maar kunnen aanvaarden of afwijzen (wegens strijd met de openbare orde). In Nieuw-Zeeland mag de jeugdrechter wel wijzigingen aanbrengen, wat dan gebeurt in samenspraak met de jeugdige delinquent. Daarbij legt de rechter dan uit waarom hij met bepaalde aspecten van de voorstellen niet geheel tevreden is.

¹⁷ De volgende beschrijving is gebaseerd op het proefschrift van Inge Vanfraechem, *Herstelgericht groepsoverleg*, Brugge:Die Keure, Brugge (2006), p. 59-86.

jongere, eventueel een advocaat van het slachtoffer en een consulent van de sociale dienst (in Nederland zou dat een jeugdreclasserder zijn).

Na de opening van het groepsoverleg door de bemiddelaar (moderator) leest de politiebeampte de gepasseerde criminele feiten voor, waarna wordt gecheckt of die feiten (nog steeds) niet worden ontkend. Daarna komt elke betrokkene bij toerbeurt aan het woord om zijn verhaal te vertellen: eerst het slachtoffer om de impact van de gebeurtenissen op zijn of haar leven te vertellen, daarna zijn ondersteuners om daar nog hun observaties en evaluaties aan toe te voegen. Dan komt de jonge dader aan het woord, om te proberen te vertellen hoe hij tot de criminele feiten is gekomen en wordt hij aangezet te duiden welke gevolgen hij heeft teweeggebracht. Vaak ontdekt de jongere gaandeweg dat hij veel meer schadelijke gevolgen heeft teweeggebracht en niet alleen bij het slachtoffer, maar ook bij diens eigen sociale omgeving. Dat hij ook zijn eigen naasten heeft benadeeld wordt hem duidelijk(er) als zijn eigen ondersteuners aan de beurt zijn en vertellen hoe zij de feiten (hebben) ervaren en welke problemen en zorgen er bij hen zijn ontstaan.

Kenmerkend voor de hergo is dat ná deze gespreksmatige verkenningen van de schaden en nadelen van de als misdrijf omschreven feiten, de jongere en zijn naasten zich kunnen terugtrekken om voorstellen te bedenken met betrekking tot de wijzen van herstel van de gevolgen van het delict. De voorstellen worden daarna in pleno besproken en eventueel geamendeerd en omgezet in afspraken, waarbij ook wordt afgesproken wie erop toeziet dat de afspraken ook worden nagekomen en wie bepaalde vormen van hulp en steun daarbij zullen verlenen. Dit alles komt terecht in een akkoord, dat naar de jeugdrechter (en het parket en de sociale dienst) gaat als ‘voorstel tot overeenkomst’, opgenomen in een intentieverklaring¹⁸ van de jongere, dat hij bereid is het akkoord na te komen. Het akkoord is pas definitief en voor uitvoering vatbaar als de rechter zijn fiat daaraan heeft gegeven.

Het akkoord en de intentieverklaring hebben inhoudelijk betrekking op drie kwesties: a) het herstel naar het slachtoffer toe; b) het herstel ten opzichte van de gemeenschap en c) afspraken die er voor zorgen dat de overeenkomst kan worden en wordt uitgevoerd.

In Vanfraechems studie wordt een aantal casus beschreven, waarvan er hier één wordt overgenomen (*Case 41*), inclusief de concrete inhoud van het rechterlijk gefiatteerd akkoord.¹⁹

Het slachtoffer van een handtasdiefstal met geweld is aanwezig met een vriendin. De jongere heeft zijn ouders en advocaat mee. De hergo vond plaats op de bemiddelingsdienst en duurde ongeveer twee uur en half.

Intentieverklaring:

- *Brief geschreven voor aanwezig slachtoffer, die op hergo wordt afgegeven en aanvaard;*
- *Om de 14 dagen brief aan slachtoffer schrijven met stand van zaken;*
- *Geld sparen voor eventuele schadevergoeding;*
- *50 euro overhandigd aan slachtoffer als cadeau voor verjaardag; de jongere betaalt dit terug aan zijn ouders via zaterdagwerk;*
- *120 uur gemeenschapsdienst;*

¹⁸ In 2006 was de relatie tussen intentieverklaring en akkoord nog niet heel erg helder, zoals blijkt uit de behandeling van Vanfraechem. Voor de nieuwe wetgeving van kracht werd in 2006 werd alleen gesproken van een intentieverklaring, die eigenlijk het akkoord weergaf. Persoonlijke communicatie leert dat alleen het akkoord fiat behoeft, niet de intentieverklaring (24-3-2011).

¹⁹ Vanfraechem, a.w. 2006, p. 244.

- *Therapie verder volgen;*
- *Geen contact met mededaders.*

De verontschuldigungsbrief is geschreven: het slachtoffer was hierover opgetogen, maar wenst geen verder contact met de jongere. De jongere heeft regelmatig brieven geschreven naar het slachtoffer over de uitvoering van de overeenkomst. De jongere is gaan werken om het geld terug te betalen aan de ouders voor het cadeau; hij heeft tevens gespaard voor de eventuele schadevergoeding. De gemeenschapsdienst is goed uitgevoerd. De therapie is verder gevolgd en afgerond en hij heeft geen contact meer met de mededaders.

Is hier nu sprake van bestraffing? Walgrave versus Duff.

De ontwikkeling van het herstelrecht, in de rechtshervormende variant die hier wordt geschetst²⁰, gaat gepaard met veel wetenschappelijke discussies die vooral de mogelijke verhouding tot en implicaties voor het strafrecht betreffen: gaat het hier nu om een alternatief voor bestraffing of een alternatieve straf? In het bestek van dit artikel kan op deze hamvraag het best worden ingegaan door twee tegenovergestelde posities in beeld te brengen, die ingenomen zijn door Walgrave enerzijds en Duff anderzijds.

Walgrave bepleit een maximale inzet van op herstel gerichte procedures en sancties als alternatief voor de traditionele vormen van bestraffing in de rechtshandhaving. Van cruciaal belang is hier dat *de straf* wordt opgevat in de klassieke zin, als ‘een weloverwogen leedtoebrenging aan de schuldige dader vanwege diens overtreding van een rechtsregel door een daartoe bevoegde overheidsinstantie.’²¹ Het vergeldingsdenken hanteert het a priori, dat op elke misdaad een straf moet volgen en het is dit a priori dat door Walgrave fundamenteel wordt afgewezen omdat het hierbij gaat om een ethisch negatieve activiteit (intentionele leedtoevoeging), die volgens hem niet werkelijk in staat is het leed en de schade die het slachtoffer en de samenleving met het misdrijf is aangedaan te herstellen. Als sterkste legitimaties voor de traditionele leedstraf ziet Walgrave: ‘censuring unlawful behaviour and restoring the moral balance’.²² Maar deze functies hoeven niet per se te worden beperkt tot de straf en leiden dus ook niet tot de presumptie van de noodzakelijke straf.

Tegenover het strafrecht, dat fundamenteel bepaald wordt door de betekenis van straf als intentionele leedtoevoeging plaatst Walgrave het herstelrecht dat hij kort definieert als: ‘An option for doing justice after the occurrence of an offence that is primarily oriented towards repairing the individual, relational and social harm caused by that offence.’²³ In deze definitie staat het doel van het herstel van de schade centraal: dat herstellen van schade kan in deze definitie, als het moet, ook worden *opgelegd*.

‘Herstel’ (restoration) vat Walgrave op als een holistisch, op de toekomst gericht concept, dat vele dimensies heeft waarvan sommige in bepaalde zaken niet realiseerbaar zijn, zoals bijv. een feitelijke reparatie van aangerrichte materiële schade. Sommige verliezen zijn nu eenmaal

²⁰ Er zijn ook andere varianten van ‘restorative justice’ die door de voorstanders ervan gezien en gewenst worden als volkomen extra-juridisch en waarin het recht doen in louter morele en subjectieve termen wordt opgevat. Deze ‘puristische’ opvatting heeft geen rechtshervormende agenda, behalve dan dat men zaken wil ‘omleiden’ (diversion) uit het strafrecht. Zie bij voorbeeld P. McCold, *Toward a holistic version of restorative juvenile justice: a reply to the maximalist model*, *Contemporary Justice Review*, (2000) 3, (4), p. 357-414.

²¹ Zie: L. Walgrave, *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, Devon: Willan Publishing, p. 46-48; D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlands Strafrecht*, bewerkt door J. Rammelink, Deventer: Gouda Quint (1996), p. 10 en p. 644; Nigel Walker, *Why Punish? Theories of punishment reassessed*, Oxford: Oxford University Press (1991), p. 1-4.

²² Walgrave, a.w. p. 45/46.

²³ Walgrave, a.w. p. 21.

onherstelbaar. Het komt niet realistisch voor al die dimensies van ‘herstel’ te willen nastreven met welke procedure dan ook: sommige wonden helen alleen door de tijd. In herstelgerichte procedures gaat het vaak om meer feitelijke, doenbare reparatie, compensatie, correctie e.d. ook al is er vaak onherstelbare schade en ook al zijn de mogelijkheden van de dader tot reparatie en compensatie vaak ontoereikend.²⁴

De voor herstel en reparatie meest geschikte processen zijn volgens Walgrave die van vrijwillig overleg tussen de betrokkenen omdat dit het doorlopen van een emotionele ontwikkeling faciliteert die heilzaam kan zijn.

Maar het herstelrecht kan zich hiertoe niet beperken want dan zou het een marginaal fenomeen blijven en zou het punitief a priori blijven regeren dat nu juist moet worden vervangen. Daarom moeten ook opgelegde herstelsancties mogelijk zijn:

‘There is no reason to give up the principled priority for restoration when confronted with the offenders resistance. Concerns about the harm caused by the crime also apply if the offender is not cooperative. Victims of non-cooperative offenders are also in need of restoration (sometimes even more so), to which priority still has to be given.’²⁵

Het gegeven dat herstelgerichte sancties eventueel ook opgelegd moeten kunnen worden, vraagt om juridische garanties.²⁶ Beginselen, rechten en vrijheden zullen de herstelprocedures moeten vrijwaren van machtsmisbruik, maar moeten tegelijk de integriteit van die op herstel gerichte procedures waarborgen.²⁷

Hoewel het herstelrecht dus in Walgraves visie *sanctionerend* is en ook toelaat sancties *op te leggen*, acht hij het daardoor nog geen *strafrecht*. Natuurlijk is herstelrecht niet een ‘soft option’: de confrontatie en de verplichtingen zullen meestal in vele opzichten pijnlijk en belastend zijn voor de dader. Maar dat maakt de herstelgerichte verplichtingen nog niet tot een (alternatieve) straf omdat er *geen intentionele toevoeging van leed* is. De overeengekomen verplichtingen maar ook de eventueel op te leggen verplichtende sancties zijn gericht op herstel, dat opgevat kan worden als een *vermindering van leed*.

Er is wel bewustzijn, zowel bij afgesproken als bij opgelegde reparatieve verplichtingen, dat het voldoen aan de verplichtingen pijnlijk en belastend kan zijn. Om die reden moeten de grenzen van de verplichtingen wel in de gaten worden gehouden (proportionaliteit).

Walgrave’s positie is in de literatuur bekritiseerd door o.a. de rechts- en moraalfilosoof Duff.²⁸ Waar Walgrave stelt dat herstelrecht niet bestraffend want niet vergeldend kan zijn, stelt Duff daar tegenover vanuit een ‘communicatieve straftheorie’ dat het herstelrecht juist alleen door vergelding herstellend kan zijn.²⁹ Waar Walgrave zich richt op een zo goed mogelijk, feitelijk, empirisch herstel van schade en nadeel, daar richt Duff zich op de morele en normatieve aspecten van herstellen. Herstellen (restoration) moet strikt worden

²⁴ Walgrave, a.w. p. 27-28.

²⁵ Walgrave, a.w. p. 29.

²⁶ Walgrave, a.w. p. 45.

²⁷ Een uitstekende studie over de rechtswaarborgen van het herstelrecht in vergelijking met die van het strafrecht is verricht door Katrien Lauwaert, *Herstelrecht en procedurele waarborgen*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu (2008).

²⁸ In Nederland is hierbij aangesloten door M. Hildebrandt, *Mediation in strafzaken: afdoening buiten recht?*, *DD* (2003), 33, 4, 353-374. Ook Bas van Stokkom sluit zich aan bij de visie van Duff, zie bijv: The expressive function of restorative punishment: a ‘public interest’ perspective, in: Robert MacKay e.a. (Eds.), *Images of Restorative Justice Theory*, Frankfurt am Main: Verlag für Polizeiwissenschaft (2007), p. 151-167. Vlammeender kritiek is echter geleverd door S. Gutwirth & P. de Hert, *Punir ou Reparer? Une fausse alternative*, in: Fr. Tulkens, Y. Cartuyvels & C. Guillain, *La peine dans tous ces états. Hommage à Michel van de Kerchove*, Bruxelles:Larcier (2010), p. 93-114.

²⁹ R.A. Duff, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press (2001). Voor een veel kortere weergave van zijn standpunt: R.A. Duff, *Restorative punishment and punitive restoration*, in: Lode Walgrave (Ed.), *Restorative Justice and the Law*, Devon: Willan Publishing (2002), p. 82-100.

onderscheiden van (feitelijk) repareren en compenseren, aldus Duff.³⁰ Met het feitelijk repareren of restitueren van schade is nog niet *het onrecht* dat het slachtoffer is aangedaan hersteld: vanuit een normatief oogpunt moet het herstel niet alleen ‘schade’ (harm) maar ook ‘onrecht’ (wrong) erkennen en redresseren. Het onrecht is een relationele kwestie: de ene burger heeft de andere iets aangedaan, misdaan. Het hangt onder andere van het soort relatie en de mate van onrechtmatigheid af, of en hoe van herstellen sprake kan zijn, maar daarvoor zijn in normatief opzicht in ieder geval verontschuldigen noodzakelijk. Volgens Duff zijn er drie inherente aspecten van aanvaardbare verontschuldigen, in het Engels aangeduid met ‘three ‘R’s’: recognition (erkenning), repentance (berouw) en de kennelijke behoefte aan verzoening (reconciliation).

De erkenning van het onrecht moet gebaseerd zijn op een diep besef van de ernst van het delict en de ernstige gevolgen daarvan; het berouw moet enerzijds een vorm zijn van ‘toeëigenen’ van het onrecht – ‘ja, ik ben het die dit gedaan heeft en ik ben er verantwoordelijk voor’ – maar aan de andere kant ook een vorm van actief afstand nemen van de wandaad, dat te herkennen is aan serieuze intenties zichzelf en zijn leven te beteren. Duff stelt: ‘We should note (...) that such repentance is of its nature painful: the repentant wrongdoer cares, or has come to care, for those whom she wronged, for the values she violated; she must therefore be pained by that wrong and that violation.’³¹ Echt berouw, met andere woorden, doet pijn.

Een berouwvolle erkenning van het onrecht drukt ook de wens van de dader uit dat er een verzoening mogelijk is met het slachtoffer en andere benadeelden. Met de gemeente verontschuldigen wordt vergeving gezocht: ‘it might not be possible, literally to “forgive and forget”, but the forgiving acceptance of my apology does suffice, normatively, to restore the relationship and to heal the breach.’³²

Verontschuldigen worden krachtiger en geloofwaardiger wanneer het niet om louter woorden gaat: de realisering van het aangedane onrecht wordt dieper wanneer de dader door verplichtingen geconfronteerd wordt met zijn verantwoordelijkheid en wanneer dat gebeurt is ook het slachtoffer eerder te overtuigen van de integriteit van de excuses: ‘If I am to show you (and myself) that I really do repent my wrongdoing, by offering a more than merely verbal apology, the reparation I undertake must be something burdensome – something that symbolizes the burden of moral injury that I laid on my victims and would now like (...) to take on myself; the burden of wrongdoing (...) and the burden of remorse that I now feel.’³³

In de publiekrechtelijke context van strafbare feiten betekent Duff’s analyse dat het onrecht niet alleen aangedaan is aan het concrete slachtoffer, maar ook aan de publieke rechtsverhouding tussen vrije en gelijkwaardige medeburgers die door het recht wordt bewaakt. Dan moet niet alleen de dader, maar moeten ook anderen (zoals rechtshandhavers) zorgen voor de publiekelijke erkenning dat het onrecht het slachtoffer nooit had mogen worden aangedaan en dit impliceert dat de mediation in strafzaken geen normatief neutrale zaak is, maar een duidelijk soort van veroordeling van het onrecht moet inhouden. De dader moet uitdrukkelijk terecht worden gewezen en tot de ‘rechtsorde’ worden geroepen. Zijn wandaad moet uitdrukkelijk worden afgekeurd en wanneer verontschuldigen worden gemaakt, dan moeten die vergezeld worden van herstelgerichte verplichtingen die door de toeziende derden, waaronder de justitiële autoriteiten, kunnen worden erkend als proportionele genoegdoening.

³⁰ Duff, a.w. 2002, p. 84.

³¹ Duff, a.w. 2002, p.88/89.

³² Duff, a.w. 2002, p. 89.

³³ Duff, a.w. 2002, p. 90.

Duff's normatieve analyse brengt hem tot de conclusie dat mediation in strafzaken een vorm van bestraffing is: 'For it is something *that is imposed on or required of her* (mijn cursivering, jrb), for the crime that she committed, and it is intended to be burdensome or painful (...) it is indeed a retributive process: for if we ask why it is appropriate that she should thus be burdened, why she should be brought to suffer, the answer is (...) that this is what she deserves for her crime.'³⁴

Daaruit vloeien voor Duff twee belangrijke constateringenvoort. Ten eerste dat herstelgerichte procedures en hun resultaten geen alternatieven voor straf zijn, maar andere manieren om een passende vorm van lijden op te roepen ('to induce the appropriate kind of pain'). En ten tweede dat deze manier van induceren van lijden eigenlijk het voorbeeldig paradigma is voor hoe en wat straf behoort te zijn (in een welbegrepen retributieve traditie): 'Criminal punishment should aim to bring offenders to recognize, repent and make moral reparation for their crimes, through a process of moral communication with them – a communication which includes some appropriate kinds of penal 'hard treatment.'³⁵ Deze belangrijke tweede constatering brengt Duff tot de stelling dat dit ideaal-typische (retributieve) straffen vrijwel geheel ontbreekt in de praktijk van de hedendaagse strafrechtspleging.³⁶

Nadere beschouwing

Op het eerste gezicht lijkt Walgrave een conceptueel-definitoerisch standpunt in te nemen met betrekking tot het strafbegrip, dat wat oppervlakkiger lijkt dan de normatieve analyse die Duff ontvouwt. Beide posities hebben hun sterkte en zwakte en ze zijn uiteindelijk dichtbij elkaar te brengen.

Walgrave, enerzijds, heeft goede redenen om te stellen dat de herstelverplichtingen die de dader vrijwillig op zich neemt geen straf zijn, tegen de achtergrond van de klassieke 'handboek'-definitie van dat begrip. Terecht stelt hij dat de intentie niet is die van leedtoevoeging, maar nog sterker is het argument dat er vaak ook geen sprake is van *oplegging*. Naar aanleiding van onze voorbeeldcasus: de 120 uur gemeenschapsdienst had ook (en zou) in een traditioneel patroon van rechtshandhaving kunnen worden *opgelegd*: maar daarvan is hier geen sprake! De justitiële autoriteiten doen een 'herstelrechtelijk aanbod' en stellen daarmee het treffen van een eventueel op te leggen maatregel (of straf) uit. Dan komen er vervolgens voorstellen die worden aanvaard (of niet). Van soevereine oplegging, ongeacht de aanvaarding door de justitiabelen, is dan geen sprake meer. Dus onze Belgische voorbeeldwetgeving behelst een geheel ander *handelingspatroon* voor de handhaving van recht dan het traditionele, en andere interacties tussen burger en handhavende autoriteiten. Om die reden is het terecht dat de Nieuw-Zeelandse jeugdrechter McElrea benadrukt dat herstelrecht vooral een *procedurele revolutie* in de strafrechtelijke handhaving impliceert.³⁷ Maar die revolutie hangt wel samen met, op zijn minst, een ernstige relativisering van de noodzaak een traditionele straf op te leggen: want die brengt, in de ogen van McElrea, de (in zijn rechtsgebied) accusatoire strafprocedure met zich mee, die daders aanmoedigt om hun

³⁴ Duff, a.w. 2002, p. 96.

³⁵ Duff, a.w. 2002, p. 97. De term "hard treatment" is hier zeer onbevredigend want onderbepaald: bedoelt Duff de leedtoevoegende strafmiddelen of de resolute en vasthoudende confrontatie van de dader met zijn daad en zijn verantwoordelijkheid daarvoor, die hij terecht ook als pijnlijk beschouwt? Hij laat het onbesproken in het kortere artikel, maar uit het boek blijkt dat hij het voldoende acht als de dader voor derden als redelijk aanvaardbare herstelgerichte verplichtingen op zich neemt.

³⁶ Duff, a.w. 2001, p. 197.

³⁷ Judge Fred McElrea, Restorative Justice: A New Zealand perspective, in: David J. Cornwell (ed.), *Criminal Punishment and Restorative Justice, Past, Present and Future perspectives*, Winchester: Waterside Press (2006), p. 119-134, p. 127/128.

verantwoordelijkheid te ontkennen of te bagatelliseren (waardoor het slachtoffer potentieel geschoffeerd wordt) en slachtoffers rangeert in een inhoudelijk en functioneel marginale rol. Het is cruciaal om de conceptuele discussie over de straf integer te baseren op het algemeen aanvaarde, traditionele strafbegrip als beoogde leedtoevoeging door een daartoe bevoegde autoriteit (etc.) omdat zodra de – door de dader zelf voorgestelde – herstelverplichtingen als een zodanige straf zouden worden gezien, direct ook de strafprocedure op tegenspraak, in het openbaar en op publieke strafoplegging gericht als de enige daarbij passende, behoorlijke procedure verschijnt.³⁸ Met als prijs de aanvaarding van de uitsluiting van de zinvolle participatie van de dader, het slachtoffer en de betrokken samenlevingsgenoten die de herstelrechtelijke procedures impliceert en faciliteert.

Duff, anderzijds, concludeert dat de vergelding die hij ideaal-typisch omschrijft zelden of nooit in het strafrecht tot stand komt. Zijn analyse van wat er in mediation in strafzaken eigenlijk gebeurt of gebeuren moet komt er op neer dat het herstelrecht die vergelding nu juist wel kan bevorderen, omdat een grondige erkenning van onrecht en een diepe beleving van berouw vrijwel alleen in vrijwillige bemiddelingsprocessen kan worden bereikt. Het is nu juist het relatief veilige, herstelgerichte overleg dat bevordert dat de dader doet wat Duff's 'communicatieve' vergeldingstheorie van hem vraagt: enerzijds de ruitelijke erkenning van zijn verantwoordelijkheid voor het delict en de schade (recognition) en anderzijds het op zich nemen van berouwvolle gestes ter genoegdoening (repentance).

Zijn 'vergelding' heeft, zo lijkt het, precies die wetgevende arrangementen nodig die aan herstelgerichte communicatie, en aan een fundamentele rol voor het slachtoffer en de mogelijkheid van verzoening, ruimte bieden.

Vreemd genoeg is het procedurele beeld dat Duff schetst van een behoorlijke mediation in strafzaken dat van een traditionele procedure om tot een schuldvaststelling te komen, gevolgd door een verwijzing naar mediation om daarin te komen tot 'sentencing' ofwel bepaling van de sancties. Een dergelijke gang van zaken lijkt enerzijds functioneel vaak niet nodig – omdat veel verdachten al snel ruitelijk en voor iedereen kenbaar terecht bekennen – terwijl het anderzijds een element van onvrijwilligheid met zich kan meebrengen dat geen gunstige basis is voor een volledige realisatie van de 'three R's'. Hoezeer kan immers een slachtoffer een dader vertrouwen die van de rechter moest gaan bemiddelen? Ligt dan niet de gedachte om de hoek, dat deze dader een kans heeft gekregen op een 'better deal' en dat van het slachtoffer verwacht wordt dat het daaraan loyaal meewerkt?

Met betrekking tot de visie op de vergelding zelf staan de beide auteurs overigens erg dicht bij elkaar. Walgrave enerzijds wil niet van vergelding weten maar wel van een 'inverted constructive retributivism': 'Retribution in its genuine meaning is achieved in a constructive way. Retribuere in Latin is a contraction of re-attribuere, to give back, and that is what restorative justice seeks to do. One could see in this reversed restorative retributivism also a kind of proportionality. It is based, however, not on 'just deserts', but on 'just dues'. Restorative justice asks the question which 'debt' the offender has and what he owes to pay back reasonably for the losses he has caused.'³⁹

Duff anderzijds vindt dat vergeldingsdenken een zeer negatief imago heeft gekregen door de platte nadruk op 'leed om leed' zonder meer, die vaak in politieke maar ook in straftheoretische vertogen wordt aangetroffen. Ook hij heeft het in de kern over 'just dues'

³⁸ Dat is precies wat M. Hildebrandt beweert in de reeds aangehaalde bijdrage aan de discussie: herstelrecht straft in haar ogen potentieel ingrijpender dan het strafrecht en biedt de verdachte daarbij nauwelijks rechtsbescherming: M. Hildebrandt, Mediation in strafzaken: afdoening buiten recht? D&D (2003), p. 353-374.

³⁹ Walgrave, a.w. 2008, p. 62.

met nadruk op wat de dader verschuldigd is in normatieve zin⁴⁰ en wat derden vanuit een publiekrechtelijk kader kunnen aanvaarden als voldoende schulddeging. Beiden zien eigenlijk retributie in behoorlijke reparatoire inspanningen, met dit verschil dat Duff vooral wil dat gezien kan worden dat dit de dader ook echt pijn en moeite kost. Een eis, die door Walgrave niet gesteld wordt, hoewel hij er wel van uit gaat dat adequate herstelgerichte inspanningen pijn en moeite met zich mee zullen brengen.

Tenslotte kan gezegd worden dat beide auteurs te gemakkelijk heen stappen over het verschil tussen, en de verschillende implicaties van, het induceren van *vrijwillige reparatie* in het kader van een bemiddelingsprocedure enerzijds en het opleggen van reparatoire sancties anderzijds. Het subtiele concept van *'inducing the appropriate amount of pain'* (supra) dat een oproepen en bevorderen van de pijn van de schuld veronderstelt staat in schril contrast met de opgelegde reparatoire sanctie of welke andere sanctie dan ook: de pijn van de straf is immers een andere dan de pijn van de schuld die men kan voelen.

Walgrave aan de andere kant mag gelijk hebben als hij stelt, dat de zelf voorgestelde, overeengekomen en vrijwillig aanvaarde herstelverplichtingen geen straf zijn. Maar is dat nog juist als de reparatoire sanctie blijkt te moeten worden opgelegd? Zouden we ook dan nog kunnen zeggen dat er geen enkele leedtoevoegende intentie zal (kunnen of mogen) zijn bij de officier of de rechter (ook omdat de non-coöperatie als een moreel gebrek van de dader zal kunnen worden ervaren)? Het doen van voorstellen kan van diezelfde niet-meewerkende verdachte eigenlijk niet gevraagd worden: dat wel vorderen zou het punitieve moment alleen maar vervroegen.⁴¹

Dus wellicht moet de conclusie zijn: er is geen bestraffing wanneer de rechter voorstellen van de dader (liefst na overleg met de door hem gedupeerden) sanctioneert, maar wel wanneer hij weliswaar reparatieve, maar toch pijnlijke, sancties oplegt aan een niet medewerkende verdachte (na veroordeling die dan ook nodig zal zijn).

Conclusies

Wat voorop moet worden gesteld is dat geconcludeerd kan worden dat een louter nominale, op definities gerichte discussie over de betekenis van herstelrecht en herstelrechtelijke sancties weinig zin heeft. Zowel voor het strafrecht als voor het herstelrecht geldt dat een integrale, functionele analyse nodig is van de wetgeving (die onder invloed van herstelrecht in veel landen aan het veranderen is), de bedoelingen van de wetgever, de inrichting van de procedures (welke proceshandelingen worden door welk procespersoneel verricht) en de finaliteiten van die procedures.

Niettemin blijkt verder zonneklaar dat het sanctieconcept van het herstelrecht in beginsel reparatoir van aard is, maar dat dit reparatieve beter niet louter feitelijk (laat staan financieel) dient te worden opgevat, maar eerder normatief en moreel van aard. Ook Walgrave, ondanks zijn nadruk op feitelijk herstel, erkent (supra) het belang van het herstellen van een *'moral balance'*. Het zou, naar aanleiding van de discussie tussen Walgrave en Duff, kunnen worden aangeduid als *'morele reparatie'* in een dubbele betekenis. Enerzijds kan de dader zich *'herstellen'* (rehabiliteren!) door zich de misdeed en de verantwoordelijkheid daarvoor actief toe te eigenen en op basis daarvan genoegdoening aan het slachtoffer na te streven. In morele zin betekent dit dat de dader aangeeft zich niet te willen laten definiëren door het

⁴⁰ 'Just dues' zou men kunnen vertalen als 'aanvaarde verplichtingen die voldoen aan gerechtvaardigde verwachtingen' van de rechtsgenoten. Het moet gaan om een intersubjectief aanvaardbare redelijkheid en billijkheid van de herstelgerichte inspanningen, in verhouding tot de ernst van het delict.

⁴¹ Een en ander is nader uitgewerkt in John Blad, *Herstelrecht, eigenbelang en verantwoord burgerschap*, *Tijdschrift voor Herstelrecht* (2009), (9), 3, p. 51-64.

delict. Het in de herstelgerichte procedure opgeroepen (Duff: 'geïnduceerde') berouw blijkt daarbij een contribuerende factor te zijn in de reductie van recidive daarna, wat onderstreept dat de term morele reparatie passend lijkt.⁴² Anderzijds wordt door de erkenning, het berouw en de op genoegdoening gerichte activiteiten van de dader ook het slachtoffer als het ware 'moreel hersteld'. Onderzoek wijst uit dat de ervaring van oprecht berouw en diepgemeende excuses van de dader voor het slachtoffer een belangrijke, helende invloed kan hebben.⁴³ Dit sanctieconcept van 'morele reparatie' blijkt diepe verbanden te hebben met een normatief opgevat vergeldingsbegrip, waarvan direct gezegd moet worden dat dit ver afstaat van de vergelding zoals die vaak in politieke vertogen wordt opgevoerd: die laatste vergelding is sterk vervuild door afschrikkingsdenken en tendeert er naar de grenzen van de proportionele vergelding ver te overschrijden.⁴⁴ Herstelrecht laat zich met dat afschrikkingsdenken in geen enkel opzicht verenigen.⁴⁵

In het bestek van dit nu reeds te lange artikel kan dit niet nader worden aangetoond, maar als men zich er nader in zou verdiepen dan blijkt morele reparatie zeer goed verenigbaar met positieve generale preventie en met speciale preventie als doeleinden van het strafrecht en daarnaast natuurlijk met dat van de conflictoplossing.

Integere herstelrechtelijke afdoeningen vergen duidelijke keuzen van de wetgever: die moet bepalen in welke typen strafzaken morele reparatie de voorrang moet of mag hebben boven rauwelijkse vervolging en bestraffing. De strafrechtspleging zou rijker en beter worden, wanneer er meer ruimte zou worden geboden voor moreel overleg tussen burgers en morele reparatie.⁴⁶

⁴² Zie hiervoor o.a. Allison Morris en Gabrielle Maxwell, *Restorative Justice for Juveniles*, Oxford: Portland Oregon (2001), p. 243 e.v.. Isabella Mastropasqua, *Restorative Justice and Crime Prevention*, eindrapport van het door de Europese Commissie gesponsorde project met dezelfde naam, (2010). www.Euforum.org.

⁴³ Zie o.a. A. Pemberton, F.W. Winkel & M.S. Groenhuijsen, Op weg naar slachtoffergerichte theorievorming in het herstelrecht, *Tijdschrift voor Herstelrecht*, 2006 (6), 1, p. 48-64; L. Sherman & H. Strang, a.w. 2007.

⁴⁴ Zie M. Otte, Reële kansen en kansloze verwachtingen van de straf in een veranderende samenleving. Schuld en boete in de sleutel van een ruim vergeldingsbegrip, *DD* 2002, p. 943-957.

⁴⁵ J.R. Blad, Herstelrecht en generale preventie. De normbevestigende werking van herstelrecht en herstelsanctie, in: Bas van Stokkom (Red.) *Straf en herstel. Ethische reflecties over sanctiedoeleinden*, Den Haag: Bju (2004), 91-112.

⁴⁶ Dit zou nader kunnen worden onderbouwd door een denkbare *sanctietheorie* van het herstelrecht te schetsen, waarvoor echter hier geen ruimte meer is. Inspirerend daarvoor is Borbala Fellegi, De impact van herstelrecht verklaard. De wisselwerking tussen moraliteit, neutralisatie, schaamte en sociale bindingen, *Tijdschrift voor Herstelrecht*, (2008), (8) 3, p. 37-51.