

Constructieve vergelding revisited

De grondslag van de straf vanuit herstelrechtelijk perspectief

Renée Kool

1 Inleiding

Vergelding op herstelrechtelijke leest, doet dat geen afbreuk aan de ethische grondslagen van het herstelrecht? Eerder heb ik betoogd dat vergelding, of zoals ik het destijds aanduidde 'wraak', voor mij een onvermijdelijk gegeven is.¹ Bestraf-fing, als uitkomst van een rechtstatelijk en victimologisch gewaarborgd communi-catieproces, dient te zijn gericht op 'constructieve retributie'.² Dat vraagt om een omvorming van het traditionele strafrechtelijk vertoog in processueel en materi-eel opzicht. Een complexe opdracht dus, waarvan ik in deze bijdrage enkel de con-touren kan aangeven. De jaargangen van ons mooie tijdschrift vormden daarbij een bron van inspiratie.

In wat volgt werk ik uit wat ik versta onder 'vergelding' en hoe die via toepassing van herstelrecht kan worden gesublimeerd. Dat impliceert dat ik herstelrecht niet als vervangingsdiscours zie, maar als integraal onderdeel van een om te vormen strafrechtelijk vertoog.³ Ik kwalificeer toepassing van herstelrecht binnen het strafrechtelijk vertoog derhalve niet als 'alternatief voor straf' of als 'alternatieve straf', maar als een te standaardiseren straf. Die uitwerking is noodzakelijkerwijs abstract en verwijst naar het slachtoffer en de dader als algemene categorieën, geduid in termen van rechtsburgerschap en daaraan verbonden rechten. Ik hecht er echter aan rekenschap af te leggen van de daarin gelegen reductie van de men-selijke ervaringen van het slachtoffer, de dader en de hen omringende gemeen-schap. Het strafrecht kan niet anders dan het persoonlijke vertalen naar een juri-dische kwalificatie met daaraan verbonden straf.

2 Het verlies van eenvoud

Duidelijk is dat de gedachte dat het strafrecht reageert namens de gemeenschap, in het bijzonder het slachtoffer, onder druk staat. We leven in een hypermorele tijd, waarin slachtofferschap als ontkenning van de democratie wordt gezien en

- 1 R. Kool (2005) Herstel een communicatieve vorm van wraak. *Tijdschrift voor Herstelrecht*, 5(3), 24-33.
- 2 De term is ontleend aan Walgrave, 2008. Zie ook B. van Stokkom (2012) Wraak, recht en slacht-offerbehoefden. *Tijdschrift voor Herstelrecht*, 12(3), 43-63, i.h.b. 50.
- 3 V. de Mesmaecker (2010) Het herstelrechtelijk ongeloof in het concept bestraffing. Een verken-ning op basis van het 'last resort'-principe. *Tijdschrift voor Herstelrecht*, 10(3), 37-52. Voorts: B. Hudson (2008) Het ethische en het politieke in evenwicht. Normatieve reflecties over de institu-tionalisering van herstelrecht. *Tijdschrift voor Herstelrecht*, 8(3), 52-64, i.h.b. 60, waar zij stelt dat er geen plaats is voor vergelding als wordt uitgegaan van herstelrecht als vervangingsdiscours.

derhalve als vijandschap.⁴ Niemand van ons kan zich meer onttrekken aan ‘het leed van het slachtoffer’; ontkenning daarvan zou een schoffering betekenen, ook van onszelf als potentieel slachtoffer. Dat dwingt tot overdenking, want wanneer het gaat om publiekrechtelijke rechtsschendingen geldt dat ‘*law’s got to deal with it*’.⁵ Terecht wordt aandacht gevraagd voor de noodzaak de rechtsschending niet enkel als ‘gebroken regels’ te erkennen, maar ook als ‘kwetsing van de persoon’. Aandacht voor het slachtoffer is geen vrijblijvende kwestie meer, maar een constitutioneel gegeven van het strafrechtelijk vertoog.⁶

Niettemin kan die gerechtvaardigde aandacht niet los worden gezien van de context waarin deze moet worden geboden: de publiek(rechtelijk)e arena. Bij het omvormen van het strafrechtelijk vertoog richting prioritering van herstelrecht dient daarmee rekening te worden gehouden wil de exercitie niet verzanden in een instrumenteel gebruik van het herstelrecht.⁷ Daarin ook ligt een risico op (hernieuwde) bevoogding van het slachtoffer besloten. Voorkomen moet worden dat herstel in de naam van het slachtoffer de vlag dekt van disfunctionele bestraffing, oftewel: vergelding.⁸ Strafrecht stelt uit hoofde van haar machtskarakter beperkingen en vraagt – alleen al om die reden – om een subsidiaire toepassing.

3 Het belang van het processuele

Hervorming van het strafbegrip op herstelrechtelijke leest vraagt echter ook om een herijking van het aan strafoplegging samenhangende communicatieve proces. De opgelegde ‘straf’ is immers enkel de uitkomst; de wijze waarop de rechter⁹ tot dit oordeel is gekomen, is minstens zo belangrijk voor het rechtsherstel. Dat laatste geldt voor zowel de dader als het slachtoffer. Voor beiden geldt dat de legitimiteit van het rechterlijke oordeel samenhangt met de mate waarin zij zich gezien en gehoord voelen. Die communicatie en ervaren (h)erkenning door alle betrok-

4 Van Stokkom, 2012: 49; H. Boutellier, *Identitaire razernij*. In: B. van Stokkom (red.) (2019) *Genoegdoening & Redelijkheid. Over de grenzen van de slachtofferemancipatie*. Den Haag: BJu, p. 15-29.

5 A. Pemberton (2019) *De schaamte van slachtofferschap: what’s law got to do with it*. In: Van Stokkom, 2019: 91-119, i.h.b. 50.

6 Zie het voorgestelde artikel 1.1.4, Boek 1, Wetboek van Strafvordering, www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/02/07/wetsvoorstel-tot-vaststelling-van-boek-1-van-het-nieuwe-wetboek-van-strafvordering-strafvordering-in-het-algemeen en Ministerie van Justitie en veiligheid (juni 2018) *Recht doen, kansen bieden. Naar effectievere gevangenisstraffen*. Den Haag, par. V.

7 Hudson, 2008.

8 Van dat laatste getuigt de nota *Recht doen, kansen bieden*: ‘Gevangenisstraffen moeten genoegdoening bieden aan de samenleving, en aan slachtoffers en nabestaanden in het bijzonder. De kern van elke gevangenisstraf is dat de vrijheid van de veroordeelde wordt ontnomen, waardoor hij gedurende een bepaalde termijn uit de samenleving wordt verwijderd. Aan dit vergeldende kenmerk van de gevangenisstraf moet recht worden gedaan bij de uitvoering van de straf.’ (Ministerie van Justitie & Veiligheid, 2018, par. 2).

9 De bestraffing door het Openbaar Ministerie via de buitengerechtelijke afdoening laat ik onbesproken.

kenen is voorwaarde voor zinvol straffen.¹⁰ Er moet ruimte zijn voor het kunnen uiten van de woede die de krenking oproept, waarbij ook de voor het slachtoffer nodige zelfconfrontatie ('waarom ik?') van belang is.¹¹ De schaamte van het slachtofferschap raakt aan de identiteit van het slachtoffer en overstijgt de geconstrueerde, verticale relatie van diens rechtssubjectiviteit.¹² Wanneer dergelijke gevoelens van vernedering binnen de procesmatige afdoening niet op adequate wijze kunnen worden ingebracht¹³ en geredresseerd, dreigt wrok en ontwrichting.¹⁴

Tegelijkertijd is het van belang oog te houden voor het feit dat ook de dader in diens waardigheid moet worden gehouden. Weliswaar is het moreel aanvaardbaar, ja zelfs wenselijk, om te trachten de mens in de dader te bereiken, maar een juridisch recht daartoe bestaat niet. De competentie om de dader in rechte ter verantwoording te roepen vindt zijn grondslag immers in diens rechtsburgerchap; niet meer, maar ook niet minder dan dat.¹⁵ Dat gegeven lijkt met de huidige 'totemische betekenis' van het slachtofferschap echter verloren te gaan.¹⁶

4 Vergelding op herstelrechtelijke leest

Ik kom tot de kern van de zaak: is vergelding te verenigen met herstelrechtelijke principes? Dat in zo'n verbinding gevaar schuilt voor de ethische grondslag van het herstelrecht is evident.¹⁷ Maar als gezegd, vergelding representeert een universele intuïtie; miskennis ervan impliceert in het huidige vertoog de kop in het

- 10 B. van Stokkom (2008) Vergeving en verzoening in herstelrecht. *Tijdschrift voor Herstelrecht* 8(5), 7-19, i.h.b. 8-9.
- 11 Van Stokkom, 2008: 13, met verwijzing naar Leest, 2007; R. Burggraave (2005) Fenomenologie van de wraak. *Tijdschrift voor Herstelrecht*, 5(3), 8-23.
- 12 Pemberton, 2019: 107: 'De kern van vernedering is een door het slachtoffer beleefde vermindering van zijn of haar zelfrespect.'
- 13 Ik schrijf bewust 'ingebracht' en niet 'geuit'. Dat laatste wijst namelijk in de richting van een spreekrecht. De discussie over de vormgeving en betekenis daarvan valt buiten het bestek van deze beschouwing.
- 14 Burggraave, 2005; J. van Dijk (2009) De komende emancipatie van het slachtoffer. *Tijdschrift voor Herstelrecht*, 9(1), 20-39; J. Claessen (2018) Martha Nussbaum Anger and Forgiveness. *Tijdschrift voor Herstelrecht*, 18(3), 14-33, i.h.b. 25.
- 15 R.A. Duff, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Londen: Hart Publishing 2009, p. 30-36; J. Crijns & R.S.B. Kool (2019) Afscheid van de strafrechter? In: Nederlandse Juristen Vereniging, *Afscheid van de rechter?* Deventer: Kluwer, par. 5.
- 16 B. van Stokkom (2019) Genoegdoening. Tussen punitieve verlangens en publieke redelijkheid. In: B. van Stokkom: 136. Ook Daems waarschuwt in dezelfde bundel voor een te eenzijdige, 'cyclopische benadering', ook vanuit het herstelrecht; T. Daems, De vreemdeling van Albert Camus en de emancipatie van het slachtoffer. In: Van Stokkom, 2019: 43.
- 17 Hudson, 2006: 5-60; De Mesmaecker, 2010: 41. Zie ook Walgrave, die stelt dat de huidige preoccupatie met het 'metaforische' slachtoffer de aandacht afleidt van de behoeften van het geïndividualiseerde slachtoffer; L. Walgrave (2009) Welke weg volgen voor de ontvoogding van slachtoffers? *Tijdschrift voor Herstelrecht*, 9(1), 61.

zand steken.¹⁸ Rechtsschending vraagt om een antwoord. Daarmee (her)bevestigen we de dader als lid van de gemeenschap en wordt hem de kans geboden om verantwoordelijkheid te nemen en (moreel) te leren.¹⁹ Tegelijkertijd vormt de straf een demonstratie van eerherstel voor het slachtoffer.²⁰

Om dat laatste, maar ook het eerste, te kunnen bereiken dient bij de strafoplegging aansluiting te worden gezocht bij de concrete slachtofferervaring en schade. De kunst is die reactie binnen de grenzen van het 'publieke redelijke' te houden. Hier geldt de 'paradox van het retributivisme': hoe te voorkomen dat we ons als gemeenschap tot het morele niveau verlagen als waarvan de dader verwijt wordt gemaakt?²¹

Waarborgen tegen onmatigheid liggen besloten in de toets aan de subsidiariteit en proportionaliteit.²² Niet de emotionele noden van het slachtoffer zijn leidend, maar dat wat het akkoord heeft van de gemeenschap en vertaling heeft gevonden in wet en beginselen. Dat brengt geen blinde wetsopvolging. Integendeel, de aan het Openbaar Ministerie en, zij het op andere wijze, ook aan de rechter gegunde opportuniteit fungeert als waarborg voor rechtvaardigheid.²³ Anders gezegd: wanneer er gerede aanleiding is tot vergelding, dient dat op fatsoenlijke wijze te gebeuren. Fatsoenlijk in de zin van een optimale communicatieve setting en daaropvolgend oordeel dat blijkt geeft van een voldoende, evenwichtige weging van alle betrokken belangen, die van het slachtoffer, de dader en de gemeenschap. Fatsoenlijk ook in de betekenis van een toekomstgerichte straf, dienstbaar aan de belangen van het slachtoffer, de dader en de gemeenschap. De straf representeert immers een terechtwijzing gericht op herstel van rechtsburgerschap, voor slachtoffer en dader. De intentie van de straffer mag niet zijn gelegen in het opzettelijk toevoegen van leed als zodanig, maar moet een constructieve boodschap aan de dader communiceren waaruit de opdracht tot rechtsherstel voor het slachtoffer – en in het verlengde daarvan: de rechtsvrede – klinkt.

Van belang daarbij is onderscheid te maken tussen het lenigen van strafverlangens (van het slachtoffer, maar ook van de gemeenschap) en het verdisconteren

- 18 B. van Stokkom (2016) Fatsoenlijk vergelden. *Tijdschrift voor Filosofie*, (4), 779; ontkenning representeert een 'tekort' binnen het herstelrechtelijk denken; Claessen, 2018: 25. Zie ook: Ministerie van Justitie en Veiligheid (2018) *Recht doen, kansen bieden. Naar effectievere gevangenisstraffen*. Den Haag juni 2018, p. 3: 'Gevangenisstraffen moeten genoegdoening bieden aan de samenleving, en aan slachtoffers en nabestaanden in het bijzonder. De kern van elke gevangenisstraf is dat de vrijheid van de veroordeelde wordt ontnomen, waardoor hij gedurende een bepaalde termijn uit de samenleving wordt verwijderd. Aan dit vergeldende kenmerk van de gevangenisstraf moet recht worden gedaan bij de uitvoering van de straf.'
- 19 Vgl. Duff, 2009; R. Dworkin (2011) *Justice for hedgehodes*. Cambridge: Belknap Press. Ter zijde wijs ik op de huidige convergentie tussen het onrechtmatige raadsrecht en het strafrecht; R.S.B. Kool (2014) Crime victim's compensation: the emergence of convergence. *Utrecht Law Review* (3), 14-26.
- 20 Van Stokkom, 2016: 792-794.
- 21 Van Stokkom, 2016: 778 en 789-791.
- 22 J. Claessen (2012), De parabel van de verloren zoon. *Tijdschrift voor Herstelrecht*, 12(3), 64-68. Van Kempen heeft onlangs gepleit voor codificatie van deze beginselen; P.H.PH.M.C. van Kempen (2018) Subsidiariteit, proportionaliteit en doelbinding als algemene beginselen: codificatie graag, maar meer volledig. *Delikt en Delinkwent*, (8).
- 23 Crijns & Kool, 2018; R. Kool, Subsidiair afdoen van strafzaken, in: Van Stokkom, 2019: 71-91.

van de belangen van het slachtoffer. Waar de belangen een constitutief element voor de strafoplegging vormen, geldt dat niet voor het eerste. De publieke redelijkheid, of zo men wil: de rechtsstatelijkheid van het strafrecht vereist zulks.²⁴ Verlangens mogen ethisch gezien niet de bovenhand krijgen en vormen geen constructieve grondslag voor bestraffing. Dit lijkt wellicht een semantisch punt, maar schijn bedriegt, want in een populistisch, instrumenteel vertoog als heden ten dage opgeld doet, zijn het ‘de verlangens’ die dreigen te regeren. Het strafrecht kan zich daar niet van losmaken, maar kan het zich ook niet permitteren het te erkennen als bovenliggend belang.

Om uit die spagaat te kunnen komen en recht te kunnen doen aan de belangen en verlangens van het slachtoffer heeft het strafrecht het herstelrecht nodig. Die benadering biedt namelijk de ruimte om, met inachtneming van de publieke redelijkheid, in te steken op een meer adequate communicatie en uitvraag van ‘verlangens’ gericht op concreet rechtsherstel.²⁵ Het mes snijdt dan aan twee kanten, want een op herstelrechtelijke leest toegesneden communicatie en straf strekken ter lering van de dader en hebben meerwaarde ten opzichte van de abstracte deprivatie van de vrijheidsstraf.

5 Afronding

Wat hebben de afgelopen jaren ons gebracht, wanneer het gaat om het herstelrecht? Meer dan verwacht, maar ook minder dan gewenst. De receptie van het herstelrecht is sneller gegaan dan ik had kunnen voorspellen, maar die ontwikkeling roept ook vragen op. Want er is een reëel risico op een instrumenteel gebruik van herstelrechtelijke praktijken en een dergelijke toepassing draagt niet bij aan fatsoenlijke vergelding, integendeel.

We kunnen de ontwikkelingen rondom het herstelrecht echter niet los zien van die binnen het bredere strafrechtelijk vertoog. Herstelrecht is inmiddels (ook) onderdeel geworden van het strafrechtelijke vertoog. En daarbinnen heerst een majeure toonzetting van punitieve verlangens en daaraan verbonden ‘inhaalslag’ voor het slachtoffer. Wat daar van zij, het strafrecht dient vast te blijven houden aan de opdracht om iedere rechtsburger, slachtoffer en dader en de omringende gemeenschap, te binden aan de gemeenschappelijke orde. Alleen wanneer we ons fatsoenlijk tot elkaar verhouden, is samenleven in vrijheid mogelijk. Waar rechtsschendingen worden gepleegd, is vergelding in de zin van beperking en ontneming van rechten, met daarin gelegen deprivatie, gerechtvaardigd, evenals op te leggen herstelverplichtingen. Die verplichtingen kunnen als ‘leed’ worden ervaren, maar de intentie moet constructief zijn en gericht op een persoonlijk aanspreken. Toepassing van herstelrechtelijke praktijken kan ertoe bijdragen dat dit

24 Anders: Van Stokkom, 2019: 151: ‘De opvattingen van slachtoffers zijn juist constitutief voor recht doen.’

25 Daarbij geldt de waarschuwing dat strafrechtelijke en herstelrechtelijke interventies geen therapeutische effecten als doelstelling moeten nemen. Dergelijke effecten kunnen wel een welkom gevolg zijn. O.a. T. Daems (2007), De slachtofferdimensie van herstelrechtelijke interventies. *Tijdschrift voor Herstelrecht*, 7(1), 7-21; Van Stokkom, 2012: 58-59; Van Kempen, 2020.

aanspreken (letterlijk en figuurlijk) gebeurt op een wijze die dichter bij de belangen van het slachtoffer ligt, en tegelijkertijd bevorderend is voor het inzicht van de dader. Daarmee vormt het herstelrecht een preferente optie die zou moeten worden verankerd in het wettelijke sanctiearsenaal en in aan de rechter (en Openbaar Ministerie) toebedeelde competenties. Dat vraagt om de bereidheid buiten gebaande paden te treden en te komen tot een bezinning op (rechts)burgerschap en vergelding. Met inachtneming van de daarin besloten risico's liggen hier beloften voor een meer op herstelrechtelijke leest geschoeide afdoeningspraktijk.