

10 Buitengerechtelijke conflictoplossing in het strafrecht

*Jan Crijns en Renée Kool**

1 INLEIDING

Art. 113 lid 1 Gw bepaalt dat de berechting van strafbare feiten is opgedragen aan de rechterlijke macht. In aansluiting daarop bepaalt art. 113 lid 3 Gw dat de oplegging van vrijheidsstraffen zelfs exclusief is voorbehouden aan de rechterlijke macht. Van oudsher worden strafzaken van een zekere importantie dan ook stevast ter berechting voorgelegd aan de strafrechter. In die zin is binnen het strafrecht de rechter nog steeds de conflictoplosser bij uitstek.¹ Tegelijkertijd is ook van alle tijden dat strafbare feiten langs andere, buitengerechtelijke wegen worden afgedaan, waarbij buitengerechtelijk in dit verband moet worden verstaan als 'buiten de rechter om'. In die zin is buitengerechtelijke afdoening binnen het strafrecht dan ook niets nieuws; wel kan worden gesignaleerd dat het belang daarvan in de loop der jaren allengs is toegenomen en ook nog steeds toeneemt. Het in deze bundel centraal staande thema – de positie van de rechter in een almaar uitdijend landschap van alternatieve vormen van conflictoplossing – is voor het strafrecht dan ook zeer relevant.

De buitengerechtelijke afdoening kent binnen het strafrecht tal van verschijningsvormen die grosso modo ingedeeld kunnen worden in twee 'sporen': 1) de 'klassieke' buitengerechtelijke afdoening in de vorm van bijvoorbeeld een transactie, een voorwaardelijk sepot of een strafbeschikking, waarbij het Openbaar Ministerie en de verdachte de twee rechtstreeks betrokken 'partijen' zijn; en 2) de vormen van herstelrecht, waarbij het slachtoffer en de verdachte de twee rechtstreeks betrokkenen zijn (met op de achtergrond het Openbaar Ministerie en/of de strafrechter als belanghebbende bij de uitkomst van het herstelrechtelijk traject). Nu beide

* Prof. mr. J.H. Crijns is hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden. Mr. dr. R.S.B. Kool is universitair hoofddocent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Utrecht. **Beide auteurs** zijn verbonden aan het speerpunt Conflictoplossende Instituties van het sectorplan Rechtsgeleerdheid.

¹ Of en in hoeverre binnen de 'klassieke' strafrechtelijke verhoudingen met recht van conflictoplossing kan worden gesproken, is voor discussie vatbaar; veeleer lijkt het te gaan om de afdoening van strafzaken. Deze 'kwestie' ligt mede ten grondslag aan de opkomst en ontwikkeling van vormen van herstelrecht binnen het strafrecht. In het navolgende wordt hier uitgebreider op ingegaan.

‘sporen’ elk hun eigen narratief (in de zin van ontstaansgeschiedenis, ratio’s en voor- en nadelen) hebben, zullen zij in het navolgende afzonderlijk van elkaar worden besproken. Tegelijkertijd zal duidelijk worden dat beide sporen langzaam maar zeker naar elkaar toegroeien en in ieder geval in de praktijk nauw met elkaar verweven kunnen raken. Zo zal onder meer blijken dat binnen de ‘klassieke’ buitengerechterlijke afdoening de nadruk lange tijd sterk lag op de ontlasting van het strafrechtelijk systeem en daarmee op overwegingen van instrumentaliteit en efficiëntie, maar dat deze gaandeweg – mede door de opkomst van het tweede, herstelrechtelijke spoor – ook kenmerken van dat tweede spoor is gaan incorporeren door in toenemende mate ook oog te hebben voor de belangen van het slachtoffer en het belang van conflictoplossing. Hiermee is niet gezegd dat de ‘klassieke’ buitengerechterlijke afdoening haar oorspronkelijke focus op instrumentaliteit in de loop der tijd heeft verloren, maar wel dat daarbinnen inmiddels meer belangen worden gewogen dan enkel het ‘kale’ belang van efficiëntie.

Tijdens de bespreking van beide sporen zullen gaandeweg ook de onderzoeksvragen voor elk van beide categorieën afzonderlijk worden beantwoord, om vervolgens aan het slot van deze bijdrage tot een meer geïntegreerde beantwoording van deze vragen te komen. Hierbij vormt het perspectief van de rechter de rode draad, hetgeen betekent dat de nadruk in deze bijdrage niet zozeer ligt op het bespreken van de verschillende vormen van buitengerechterlijke afdoening als zodanig,² maar veeleer de vraag tegemoet wordt getreden wat hun bestaan betekent voor de positie van de strafrechter: wat wordt er vanuit zijn perspectief gewonnen en wat gaat er verloren? Daarnaast wordt bekeken wat kan worden gezegd over de legitimiteit van deze vormen van buitengerechterlijke afdoening en de kwaliteit van de beslissingen en de conflictoplossing daarbinnen. Hiermee bouwen wij voort op ons gezamenlijk preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging uit 2017, waarin wij onder de titel ‘Afscheid van de klassieke strafrechtelijke procedure?’ zijn ingegaan op vergelijkbare vragen als die

² Zie hiervoor tal van andere werken, waaronder de verschillende strafvorderlijke handboeken. Ook zijn de nodige proefschriften geschreven over de verschillende vormen van buitengerechterlijke afdoening in het strafproces. Zie onder meer: P. Osinga, *Transactie in strafzaken. Een onderzoek naar de positie van de transactie in het strafrechtelijk systeem* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1992; G.J.M. van den Biggelaar, *De buitengerechterlijke afdoening van strafbare feiten door het openbaar ministerie* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1994; J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensolak van publiek- en privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010; K.C.J. Vriend, *Avoiding a Full Criminal Trial. Fair Trial Rights, Diversions and Shortcuts in Dutch and International Criminal Proceedings* (diss. Amsterdam UvA), The Hague: T.M.C. Asser Press 2016.

in deze bundel onder ogen worden gekomen.³ Dit stelt ons in de gelegenheid bepaalde zaken of ontwikkelingen hier enkel op hoofdlijnen aan te stippen en de geïnteresseerde lezer te verwijzen naar ons preadvies voor een verdere uitwerking daarvan. Tegelijkertijd kunnen wij een stap verder zetten door ons te concentreren op de vraag hoe het klassieke strafproces en de verschillende vormen van buitengerechtelijke afdoening in het strafrecht zich tot elkaar verhouden, meer in het bijzonder bezien door de lens van conflictoplossing en met bijzondere aandacht voor de positie van de rechter.

In het navolgende besteden we eerst aandacht aan de ‘klassieke’ buitengerechtelijke afdoening in het strafrecht (paragraaf 2), om vervolgens in te gaan op de verschillende herstelrechtelijke voorzieningen in het strafrecht (paragraaf 3). Aan het slot van deze bijdrage maken we de voorlopige balans op, waarbij we tevens komen tot een meer geïntegreerde beantwoording van de centrale onderzoeksvragen, zoals geformuleerd in de inleiding van deze bundel (paragraaf 4).

2 ‘KLASSIEKE’ BUITENGERECHTELIJKE AFDOENING

2.1 Een historische schets in vogelvlucht

Het vertrekpunt binnen het strafproces is de procesverplichting: strafbare feiten worden berecht door de rechterlijke macht (vgl. het reeds genoemde art. 113 Gw).⁴ Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat dit uitgangspunt nooit volledig is doorgevoerd. Al bij de inwerkingtreding van het huidige Wetboek van Strafvordering in 1926 werd het Openbaar Ministerie de nodige ruimte geboden om strafbare feiten zelfstandig af te doen. Deze ruimte ligt immers reeds besloten in het opportuniteitsbeginsel van art. 167 lid 2 en 242 lid 2 Sv, op grond waarvan het Openbaar Ministerie op gronden aan het algemeen belang ontleend van vervolging kan afzien. Voorts biedt het wetboek vanaf de inwerkingtreding de mogelijkheid voor het Openbaar Ministerie voorwaarden aan de sepotbeslissing te verbinden (het zogenoemde voorwaardelijk sepot), als gevolg waarvan de verdachte

³ J.H. Crijns & R.S.B. Kool, ‘Afscheid van de klassieke strafrechtelijke procedure?’, in: L.M. Coenraad e.a., *Afscheid van de klassieke procedure? Handelingen NJV 2017-1*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 265-357.

⁴ Zie uitgebreider over de procesverplichting als (impliciete) hoeksteen van de systematische grondslag van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering: J.F. Nijboer, *De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving. De systematische grondslag van het algemeen deel van het W.v.Sr.*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1987; J.F. Nijboer, ‘De meerwaarde van de procesverplichting’, in: A.M. Hol & C.J.J.M. Stolker, *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 91-110.

ondanks het sepot toch niet geheel 'vrijuit gaat'. Tot slot kent het Wetboek van Strafrecht sinds 1921 de mogelijkheid van het aangaan van een transactie in geval van overtredingen (art. 74 Sr).⁵ Een transactie houdt – vergelijkbaar met het voorwaardelijk sepot – in dat het Openbaar Ministerie afziet van vervolging mits de verdachte zich bereid verklaart aan bepaalde voorwaarden (veelal de betaling van een geldbedrag) te voldoen. De voordelen van deze vormen van buitengerechtelijke afdoening waren evident: het Openbaar Ministerie kon lichte strafzaken op efficiënte wijze afdoen zonder de strafrechter daarmee te hoeven belasten, de verdachte werd een mogelijk kostbare en diffamerende gang naar de strafrechter bespaard en kocht onzekerheid over de uitkomst daarvan af door middel van het voldoen aan een aantal voorwaarden. Een en ander vormde weliswaar een inbreuk op het uitgangspunt van de procesverplichting, maar in het licht van de bescheiden omvang van de betrokken belangen in geval van lichte strafbare feiten werd dit alleszins verdedigbaar geacht. Hoewel in die tijd capaciteitsoverwegingen nog niet zo prangend waren als tegenwoordig het geval is, leefde ook toen al het gevoel dat voor de afdoening van bagatel delicten het volledig opgetuigde strafproces ten overstaan van de strafrechter misschien toch wat veel van het goede was, zowel vanuit het perspectief van een efficiënte besteding van middelen als vanuit het perspectief van subsidiariteit.

Deze praktijk is wegens succes geprolongeerd: in 1983 werd het toepassingsbereik van de transactie flink uitgebreid door deze ook als afdoeningsmodaliteit voor lichtere misdrijven van eenvoudige aard mogelijk te maken.⁶ Daarmee kreeg de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten een flinke impuls doordat voortaan ook veelvoorkomende criminaliteit als vernielingen, (winkel)diefstallen en mishandelingen zelfstandig door het Openbaar Ministerie kon worden afgedaan, mits de verdachte met deze wijze van afdoening instemde. Indien dit laatste niet het geval was, diende het Openbaar Ministerie de verdachte alsnog te dagvaarden voor de strafrechter. Deze uitbreiding van de mogelijkheden tot buitengerechtelijke afdoening was ook hard nodig, omdat in de jaren tachtig het handhavingstekort in het strafrecht steeds nijpender werd. De verdere proliferatie van de transactie moet dan ook tegen de achtergrond van een stijgend zaakaanbod en tekortschietende capaciteit worden beschouwd.

⁵ Wet van 5 juli 1921 tot vereenvoudiging van de rechtspleging in strafzaken, *Stb.* 1921, 833. De reden dat deze afdoeningsmodaliteit (tot op de dag van vandaag) in het Wetboek van Strafrecht is geregeld, is gelegen in het feit dat de wetgever de transactie destijds als vervolgingsbeletsel heeft vormgegeven – in die zin dat een geslaagde transactie in de weg staat aan een latere vervolging voor hetzelfde feit – en om die reden heeft geplaatst in de desbetreffende titel in het Wetboek van Strafrecht.

⁶ Wet Vermogenssancties van 31 maart 1983, *Stb.* 1983, 153 (i.w.tr. op 1 mei 1983).

Sinds de jaren tachtig is volstrekt duidelijk dat de buitengerechtelijke afdoening niet alleen kan worden gerechtvaardigd vanuit de gedachte van een proportionele en subsidiaire inzet van het strafrecht, maar ook bittere noodzaak is. Zonder buitengerechtelijke afdoening zou het strafrechtelijk apparaat binnen de kortste keren oververhit raken. Met deze ontwikkeling was de plaats van het fenomeen buitengerechtelijke afdoening binnen het veld van de strafrechtelijke handhaving naast die van het klassieke strafproces definitief gevestigd en werd de primair instrumenteel ingegeven ratio van de buitengerechtelijke afdoening nog eens verder onderstreept.⁷

Vanaf eind jaren tachtig van de vorige eeuw begon de discussie zich meer te richten op de meest wenselijke inrichting van de verschillende modaliteiten van buitengerechtelijke afdoening. Daarbij ging het niet zozeer om het toepassingsbereik of het beschikbare sanctiearsenaal, maar bovenal om het rechtskarakter. De tot dat moment bestaande vormen van buitengerechtelijke afdoening – het voorwaardelijk sepot en de transactie – waren beide gebaseerd op consensualiteit, hetgeen inhield dat zij enkel met de instemming van de verdachte konden worden aangewend.⁸ Daar waar de verdachte niet instemde of niet voldeed aan de eerder overeengekomen voorwaarden, zag het Openbaar Ministerie zich genoodzaakt de verdachte (alsnog) te dagvaarden voor de strafrechter. In toenemende mate werd dat beschouwd als een inefficiënte aanwending van capaciteit en het ten onrechte belonen van een apathische houding van de verdachte. Ook stuitte het tegen de borst dat een verdachte die instemde met buitengerechtelijke afdoening kon blijven volhouden onschuldig te zijn, nu hij enkel het vervolgingsrecht van het Openbaar Ministerie had afgekocht, maar zijn schuld aan enig strafbaar feit in rechte niet was komen vast te staan. Tot slot werden de nodige kanttekeningen geplaatst bij de mate van vrijwilligheid waarmee verdachten in de praktijk instemden met de afdoening door middel van een transactie of een voorwaardelijk sepot.⁹

Deze bezwaren – waaraan allengs zwaarder werd getild – hebben uiteindelijk geresulteerd in de totstandkoming van de Wet OM-afdoening,

⁷ Wanneer de (voorgenomen) buitengerechtelijke afdoening gaandeweg strandt (bijvoorbeeld omdat de verdachte niet aan de overeengekomen voorwaarden voldoet), zal doorgaans alsnog vervolging worden ingesteld. In dergelijke gevallen is de (voorgenomen) buitengerechtelijke afdoening eerder een *voorportaal* van het klassieke strafproces. Nu de buitengerechtelijke afdoening doorgaans slaagt, is het evenwel gerechtvaardigd om van een spoor *naast* het klassieke strafproces te spreken.

⁸ Zie uitgebreid over het consensuele karakter van de transactie en het voorwaardelijk sepot: Osinga 1992 en Crijns 2010.

⁹ Zie voor deze en dergelijke bezwaren onder meer: A.R. Hartmann, 'Buitengerechtelijke afdoening II', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 79-198, op p. 96-104.

waarbij het consensuele stelsel van buitengerechtelijke afdoening werd omgevormd tot een stelsel dat uitgaat van eenzijdige schuldvaststelling en strafoplegging door middel van het uitvaardigen van een strafbeschikking door het Openbaar Ministerie, tegen welke beslissing de verdachte vervolgens verzet kan instellen.¹⁰ Wanneer het Openbaar Ministerie voor buitengerechtelijke afdoening koos, lag het procesinitiatief dus voortaan bij de verdachte: de weg naar de strafrechter stond nog steeds open, maar moest wel door de verdachte actief worden ingeslagen door tijdig verzet aan te tekenen tegen de strafbeschikking. Strikt theoretisch is de strafrechter daarmee nog steeds binnen handbereik, ook omdat griffierechten e.d. – anders dan binnen het bestuursrecht – niet aan de orde zijn in het strafrecht, ook niet na de introductie van de strafbeschikking.¹¹ De facto werd daarmee voor de verdachte echter wel degelijk een drempel opgeworpen, nu voortaan van hem werd verwacht dat hij actief en tijdig reageert, waar hij voorheen kon volstaan met stilzitten en afwachten. Voor de mondige en vaardige burger wellicht niet onoverkomelijk, maar voor een significant deel van de cliëntèle van het strafrecht wel degelijk een serieus te nemen horde.

In 2006 is de Wet OM-afdoening uiteindelijk in werking getreden,¹² waarna een lange overgangsperiode aanving die tot op de dag van vandaag nog niet geheel is afgerond. De strafbeschikking was immers bedoeld als vervanger van de transactie, maar leende zich mede gezien zijn andersoortige rechtskarakter niet direct voor grootschalige implementatie. Om die reden is deze gefaseerd geïmplementeerd, waarbij gaandeweg steeds meer strafbare feiten met een strafbeschikking werden afgedaan en ook steeds meer van de wettelijke (sanctie)mogelijkheden die art. 257a e.v. Sv bieden, werden benut. Dit ging echter niet zonder slag of stoot: de weg van implementatie bleek lang en hobbelig. Uit diverse evaluatierapporten kwam naar voren dat het Openbaar Ministerie nog niet volledig was toegerust op zijn nieuwe taak. Met name de kwaliteit van de door het Openbaar Ministerie uitgevaardigde strafbeschikkingen bleek nog wel eens tekort te schieten, in die zin dat de daaraan ten grondslag liggende schuldvaststelling niet steeds voldeed aan de eisen die daaraan mogen worden gesteld. Ook de wijze waarop het Openbaar Ministerie in de praktijk omging met het verzet tegen de strafbeschikking kon de toets der kritiek (nog)

¹⁰ *Kamerstukken II 2004/05, 29849, nr. 3, p. 2.* Zie uitgebreid over de verschillen in rechtskarakter tussen de transactie en de strafbeschikking: M. Kessler, *De strafbeschikking*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 5-11.

¹¹ Zie uitgebreider over de verschillen tussen de strafbeschikking en haar in vele opzichten vergelijkbare functionele equivalent van de bestuurlijke boete: J.H. Crijns, 'Op zoek naar consistentie. Bestrafing buiten de rechter om in strafrecht en bestuursrecht', *RM Themis* 2014, afl. 6, p. 263-274.

¹² Wet OM-afdoening van 7 juli 2006, *Stb.* 2006, 330 (i.w.tr. op 1 februari 2008).

niet volledig doorstaan.¹³ Mede als gevolg van diverse door het Openbaar Ministerie geïnitieerde verbetertrajecten lijken een aantal van de geconstateerde euvels inmiddels te zijn verholpen of in ieder geval te zijn verkleind.¹⁴ Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat – ondanks de vele onderzoeken van de afgelopen jaren – op basis van de thans beschikbare kennis nog geen duidelijk en omvattend antwoord kan worden gegeven op de vraag hoe het thans met de kwaliteit van de buitengerechtelijke afdoening in strafzaken is gesteld. In dit verband moet worden bedacht dat het gaat om grote aantallen, zeer diverse zaakstromen en een klein woud aan verschillende handhavers die over de bevoegdheid tot het uitvaardigen van strafbeschikkingen beschikken. Voorts speelt de strafbeschikking als zodanig slechts een marginale rol in de (gepubliceerde) rechtspraak.¹⁵

Thans zijn we op een punt aanbeland waarin het leeuwendeel van de buitengerechtelijke afdoening voor rekening van de strafbeschikking komt.¹⁶ Gaandeweg is echter ook duidelijk geworden dat de transactie – anders dan oorspronkelijk de bedoeling was – niet geheel zal komen te vervallen, althans voorlopig in ieder geval niet. Inmiddels lijkt namelijk het besef te zijn doorgedrongen dat de transactie toch niet helemaal kan

¹³ Zie de onderzoeksrapporten van de procureur-generaal bij de Hoge Raad in het kader van het in art. 122 lid 1 Wet RO bedoelde toezicht: G. Knigge & C.H. de Jonge van Ellemeet, *Beschikt en gewogen. Over de naleving van de wet door het openbaar ministerie bij het uitvaardigen van strafbeschikkingen*, Den Haag 2014; en G. Knigge & M. Peters, *Beproefd verzet. Over de naleving van de wet door het openbaar ministerie bij de afhandeling van het verzet tegen een OM-strafbeschikking*, Den Haag 2017.

¹⁴ G. Knigge & M. Peters, *Wordt vervolgd: Beproefd verzet*, Den Haag 2019. Zie voorts de door het WODC geïnitieerde evaluatie van de Wet OM-afdoening: D. Abels e.a., *Evaluatie Wet OM-afdoening*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2018.

¹⁵ Dit laatste hangt enerzijds samen met de aard van de strafbeschikking die er immers juist op is gericht de weg naar de strafrechter te vermijden en anderzijds met het feit dat wanneer de onderliggende strafzaak toch bij de strafrechter terechtkomt – ofwel doordat de verdachte verzet heeft ingesteld ofwel doordat het Openbaar Ministerie alsnog tot dagvaarding is overgegaan omdat de executie van de strafbeschikking is mislukt – de rechter de onderliggende strafzaak als zodanig zal be-rechten, zonder verder nog (veel) acht te slaan op de vraag of de strafbeschikking al dan niet terecht is uitgevaardigd. Zie ook: Kessler 2015, p. 74-77.

¹⁶ Zo werden in 2019 33.000 misdrijfzaken afgedaan met een strafbeschikking, 3.900 misdrijfzaken met een transactie en 9.100 misdrijfzaken met een voorwaardelijk sepot. Het overgrote deel van de misdrijfzaken dat in 2019 door het Openbaar Ministerie zelfstandig werd afgehandeld, werd afgedaan met een onvoorwaardelijk sepot (te weten 57.200). Bij overtredingszaken spelen de transactie en het voorwaardelijk sepot hoegenaamd geen rol meer; vrijwel alle zaken binnen deze categorie werden in 2019 afgedaan door middel van een strafbeschikking (32.800) of een onvoorwaardelijke sepot (27.500). In zijn totaliteit handelde het Openbaar Ministerie in 2019 ruim 50% van het zaaksaanbod op enigerlei wijze zelfstandig af; iets minder dan 50% werd afgedaan door de strafrechter. Zie: Openbaar Ministerie (*auteurs onbekend*), *Jaarbericht 2019*, Den Haag: Openbaar Ministerie 2020, p. 35-39.

worden gemist, met name niet in geval van hoge transacties met rechtspersonen. De transactie vormde namelijk niet alleen een geschikt middel voor de efficiënte afdoening van veelvoorkomende criminaliteit, een rol die inmiddels goeddeels is overgenomen door de strafbeschikking, ook vormt het tot op de dag van vandaag een nuttig instrument bij de afdoening van strafbare feiten gepleegd door rechtspersonen. Daarbij gaat het veelal om strafbare feiten die voor wat betreft hun ernst op zichzelf de inzet van de rechter alleszins kunnen rechtvaardigen, maar die toch niet aan de rechter worden voorgelegd. In geval van rechtspersonen als verdachte gaan immers ook andere argumenten een rol spelen. Het *unique selling point* van de strafrechter – de mogelijkheid tot het opleggen van vrijheidsstraffen (vgl. het eerdergenoemde art. 113 lid 3 Gw) – is bij dergelijke verdachten immers uit der aard zaak een irrelevant gegeven, terwijl het inschakelen van de strafrechter in dergelijke gevallen ook evidente nadelen heeft. Hierbij wordt onder meer gewezen op de complexiteit en duur van het klassieke strafproces, maar ook op het feit dat het buitengerechtelijke traject meer mogelijkheden zou bieden tot het in positieve zin beïnvloeden van het toekomstige gedrag van de rechtspersoon (het treffen van *compliance* maatregelen).¹⁷ Dat in ieder geval het Openbaar Ministerie deze voordelen ziet, blijkt wel uit het feit dat het de afgelopen jaren enkele zeer omvangrijke schikkingen (veelal bestaande uit een transactie in de zin van art. 74 Sr en een ontnemingschikking in de zin van art. 511c Sv) met verschillende rechtspersonen heeft getroffen.¹⁸ Strikt genomen zou de buitengerechtelijke afdoening van dergelijke strafbare feiten gepleegd door rechtspersonen – na volledige implementatie – ook langs de weg van de strafbeschikking kunnen worden gerealiseerd, maar dit instrument lijkt in dit verband toch een moeizamer te hanteren vorm van buitengerechtelijke afdoening, nu de strafbeschikking een vaststelling van schuld inhoudt, hetgeen vanuit het perspectief van beide betrokkenen beduidend onaantrekkelijker is dan de hoge transactie. Voor het Openbaar Ministerie zou dit immers extra inzet vergen waar het gaat om de onderbouwing van de schuldvast-

¹⁷ Zie hierover onder meer: C.M.I. van Asperen de Boer & M.L. van Duijvenbode, 'Openheid in schikkingspraktijk OM', *Nederlands Juristenblad* 2015, afl. 1, p. 21-22.

¹⁸ In het oog springende voorbeelden van dergelijke omvangrijke schikkingen zijn natuurlijk de schikkingen met Rabobank, SBM Offshore, VimpelCom, ING en ABN AMRO. De schikking met ING spant vooralsnog de kroon met een overeengekomen bedrag van € 775 miljoen. Zie voor een overzicht: M. Pheijffer & E.L. Zetteler, 'Geschikt of ongeschikt? That's the question. Een overzicht van de schikkingspraktijk bij financieel-economische fraude', *Nederlands Juristenblad* 2019, afl. 9, p. 512-525.

stelling, terwijl voor de betrokken rechtspersoon de schuldvaststelling additionele reputatieschade en een nadeliger civielrechtelijke positie met zich zou brengen.¹⁹

Daarmee is niet gezegd dat de hoge transactie onomstreden zou zijn. Integendeel, waar in de literatuur het debat zich met name richt op de meest wenselijke inrichting van de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten met een rechtspersoon als verdachte, richt de politieke en maatschappelijke discussie zich de afgelopen jaren naar aanleiding van voornoemde zeer forse transacties met rechtspersonen weer nadrukkelijk op de vraag of buitengerechtelijke afdoening in dergelijke gevallen überhaupt wel de meest wenselijke wijze van afdoening is: ligt het gezien de omvang van de betrokken belangen toch niet veel meer voor de hand dergelijke strafzaken aan de rechter voor te leggen?²⁰ Daarmee zou niet alleen duidelijk worden gemaakt dat ook 'de grote jongens' de dans niet kunnen ontspringen, maar zou ook de gewenste openbaarheid van de afdoening worden bevorderd. Een variant op deze discussie vormt de vraag of de rechter een rol zou moeten krijgen in het proces van het sluiten van een hoge transactie. In toenemende mate wordt dan ook gepleit voor invoering van enigerlei vorm van rechterlijke toetsing bij hoge transacties. Dit pleidooi werd eind 2018 door de minister omarmd in zijn beleidsreactie op de evaluatie van de Wet OM-afdoening.²¹ Vooruitlopend op een wettelijke regeling ter zake worden sinds september 2020 hoge transacties en hoge ontnemingschikkingen niet langer ter goedkeuring voorgelegd aan de minister, maar ter toetsing voorgelegd aan een onafhankelijke toetsingscommissie die vervolgens het College van procureurs-generaal adviseert ten aanzien van de vraag of het Openbaar Ministerie in de voorliggende zaak in redelijkheid tot het aanbieden van de voorgenomen transactie en/of ontnemingschikking kan besluiten.²² Korte tijd later, in maart 2021, verscheen een concept van het door de minister aangekondigde wetsvoorstel,

¹⁹ Zie onder meer: T. van Roomen & A. Verbruggen, 'Corruptie: status quo en de toekomst', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2015, afl. 6, p. 225-234, op p. 229-231. Zie voor een andersluidende opvatting: E. Sikkema & W.S. de Zanger, 'Schikken of beschikken? Buitengerechtelijke afdoening van grote en bijzondere strafzaken in een gemoderniseerd Wetboek van Strafvordering', *Platform Modernisering Strafvordering* 2019/4, moderniseringstrafvordering.nl.

²⁰ Zie voor dergelijke kritiek ook G.J.M. Corstens, 'Megachikkingen', in: J. Balkema e.a. (red.), *Praktisch en veelzijdig. Vriendenboek voor Paul Vegter*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 98-99.

²¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, nr. 478, p. 7-10. Eerder stond de minister hier nog afwijzend tegenover: *Kamerstukken I* 2014/15, 34000 VI, W en *Kamerstukken II* 2014/15, 34000 VI, nr. 22.

²² Aanwijzing hoge transacties (2020A005), *Stcrt.* 2020, 46166 (i.w.tr. op 4 september 2020).

waarin wordt voorgesteld ten behoeve van de toetsing van hoge transacties en hoge ontnemingsschikkingen een raadkamerprocedure bij het gerechtshof in te voeren, waarbij de behandeling achter gesloten deuren plaatsvindt, maar de uitspraak omwille van de gewenste transparantie in het openbaar geschiedt.²³ Voor wat betreft de aard en indringendheid van deze toetsing wordt opgemerkt dat in lijn met de beklagprocedure van art. 12 Sv het gerechtshof zowel de rechtmatigheid als de opportuniteit van het voorgenomen transactieaanbod toetst. Hierbij beoordeelt het gerechtshof – naast de overeenstemming met de wettelijke voorschriften – vooral of ‘de officier van justitie bij afweging van alle in aanmerking komende belangen in redelijkheid tot het voorlopige transactieaanbod heeft kunnen komen’.²⁴ Relevante criteria in dat verband zijn onder meer de overeenstemming met de wettelijke voorschriften, de aanwezigheid van voldoende bewijs voor het strafbare feit waarvan de verdachte wordt verdacht, het proces van totstandkoming, de vrijwilligheid van de instemming en de proportionaliteit wat betreft de gestelde voorwaarden.²⁵ Aldus zal de strafrechter in dit verband – anders dan in een klassieke strafprocedure waarin hij de zaak ten gronde behandelt – bovenal optreden als procesbewaker en niet zozeer als conflictoplosser in bredere zin.

2.2 Een nadere duiding van de huidige stand van zaken

Op basis van voorgaande historische schets kan worden vastgesteld dat buitengerechtelijke afdoening in het strafrecht een lange geschiedenis kent en inmiddels een vaste plaats binnen de strafrechtspleging heeft verworven. Dit is ongetwijfeld deels zo gegroeid als gevolg van de loop der dingen, maar zeker de laatste decennia kan wel degelijk worden gesproken van een grotendeels intentionele ontwikkeling. In zijn NJV-pleidvies uit 1994 pleitte Knigge al voor het aanbrenge van de nodige differentiatie in de wijze waarop strafzaken worden afgedaan.²⁶ Daarop voortbouwend werd in het onderzoeksproject *Strafvordering 2001* expliciet gepleit voor

²³ Zie internetconsultatie.nl voor het Conceptwetsvoorstel naar aanleiding van de evaluatie van de Wet OM-afdoening alsmede de bijbehorende concept-memorie van toelichting.

²⁴ MvT bij het Conceptwetsvoorstel naar aanleiding van de Wet OM-afdoening, p. 8. Zie uitgebreider over de discussie over de meest wenselijke inrichting van de rechterlijke controle van hoge transacties: J.H. Crijns, ‘Rechterlijke toetsing van hoge transacties in strafzaken: contracteren onder toezicht’, in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Sluitertijd. Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 389-403.

²⁵ Zie MvT bij het Conceptwetsvoorstel naar aanleiding van de Wet OM-afdoening, p. 34-36 voor een nadere uitwerking van de in dit verband relevante criteria.

²⁶ G. Knigge, ‘De strafvordering in het geding’, in: J. Rummelink e.a., *Herbezinning op (de grondslagen van) het Wetboek van Strafvordering. Handelingen NJV 1994-I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink 1994, p. 37-116.

een zogenoemd driesporenmodel, waarbij de eerste twee sporen grosso modo werden gevormd door de klassieke berechting door de meervoudige kamer resp. de politierechter en het derde spoor zou moeten worden gevormd door een nieuwe buitengerechtelijke modaliteit.²⁷ Hoewel een dergelijk driesporenmodel nooit volledig in de voorgestelde vorm is doorgevoerd, hebben deze voorstellen wel aan de wieg gestaan van de invoering van de strafbeschikking. Waar de transactie nog een instrument was dat zich in de loop van de vorige eeuw langzaam heeft ontwikkeld, is de strafbeschikking expliciet bedoeld als instrument om een groot deel van de bij het Openbaar Ministerie binnenkomende strafzaken op voorhand weg te houden bij de rechter, opdat deze zijn schaarse capaciteit kan richten op de strafzaken 'die ertoe doen', in die zin 'dat alleen die strafzaken bij de strafrechter terechtkomen waarin daar gelet op de aard van het feit, de gewenste justitiële reactie dan wel een verschil van opvatting tussen de verdachte en het openbaar ministerie aanleiding voor is'.²⁸ Deze doelstelling lijkt zich inmiddels ook grotendeels te hebben gerealiseerd. Mede als gevolg van de invoering van de strafbeschikking werd in 2019 nog maar de helft van de misdrijfzaken door de rechter afgehandeld.²⁹ Dit zorgt enerzijds voor een gestaag afnemende zaaksinstroom voor de rechter; anderzijds lijkt het gemiddelde zaaksaanbod in de loop der jaren te zijn verzwaaard doordat de rechter zich vooral over de complexere zaken is gaan buigen.³⁰

In die zin lijkt de 'klassieke' buitengerechtelijke afdoening in aanzienlijke mate aan haar primaire functie – efficiënte afdoening van grote hoeveelheden strafzaken – te beantwoorden. Wanneer van buitengerechtelijke afdoening meer dan dat wordt verwacht, bijvoorbeeld het leveren van een bijdrage aan daadwerkelijke conflictoplossing, kunnen echter de nodige kanttekeningen bij dit succesverhaal worden geplaatst. Bij een primaire focus op het instrumentele belang van efficiënte afdoening binnen het buitengerechtelijke spoor zoals die van oudsher bestaat, is er immers maar weinig ruimte voor het nastreven van meer inhoudelijke doelen zoals dat van conflictoplossing, noch waar het gaat om het abstracte conflict tussen de verdachte en de rechtsorde (vertegenwoordigd door het Openbaar Ministerie), noch waar het gaat om het concrete conflict tussen de verdachte en het slachtoffer. Het is dan ook zeer de vraag of en in hoeverre in het kader van de buitengerechtelijke afdoening van strafzaken met recht kan worden gesproken van alternatieve conflictoplossing. Het antwoord op

²⁷ M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, 'Algemeen deel', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 1-55, op p. 41-42.

²⁸ *Kamerstukken II 2004/05*, 29849, nr. 3, p. 1.

²⁹ Openbaar Ministerie 2020, p. 35-39.

³⁰ Abels e.a. 2018, p. 261.

die vraag is uiteraard nogal afhankelijk van de gehanteerde definitie van laatstgenoemd begrip, maar zeker ten aanzien van het abstracte conflict tussen de rechtsorde en de verdachte lijkt duidelijk dat een begrip als alternatieve conflictoplossing – dat toch op zijn minst de nodige associaties met wederkerigheid, inspraak en ‘tot een vergelijk komen’ oproept – betrekkelijk ver afstaat van een praktijk waarin het Openbaar Ministerie in een groot deel van de voorliggende strafzaken de bevoegdheid heeft eenzijdig schuld vast te stellen en een straf op te leggen en daarvan ook ruimhartig gebruik maakt. Daarmee begint het proces van conflictoplossing in veel (lichte) strafzaken met het toesturen van een acceptgiro aan de verdachte, vergezeld van het bericht dat de verdachte tijdig dient te reageren, indien hij toch een andere wijze van afdoening voor ogen heeft. In dergelijke gevallen heeft de verdachte aldus pas inspraak nadat het Openbaar Ministerie een nogal bepalende zet op het bord heeft gedaan. Vanuit het perspectief van afdoening zonder meer een efficiënte werkwijze, maar niet direct een veelbelovend begin van daadwerkelijke conflictoplossing.

Of en in hoeverre dit bezwaarlijk is, hangt af van de vraag wat men als het doel van het strafrecht ziet: vanuit het perspectief van de verschillende strafdoelen – hier kort samengevat als vergelding en generale en speciale preventie – ligt de nadruk vooral op de bestraffing van de verdachte. Verwacht men echter meer van het strafrecht, bijvoorbeeld in termen van het vermogen een daadwerkelijke bijdrage te leveren aan het oplossen van het onderliggende concrete conflict tussen de verdachte en het slachtoffer, dan is dit perspectief wel erg beperkt. Lang heeft de klassieke buitengerechtelijke afdoening – gepreoccupeerd als deze was met het belang van efficiënte afdoening – nauwelijks oog voor dit belang gehad.³¹ Mede onder invloed van de gestage ontwikkeling van de rechtspositie van het slachtoffer en de erkenning van diens behoefte aan genoegdoening, is pas betrekkelijk recent de gedachte opgekomen dat buitengerechtelijke afdoening ook vanuit het perspectief van conflictoplossing de voorkeur kan verdienen boven een klassiek strafproces of in ieder geval een bijdrage kan leveren aan dit belang. En daarmee komen we als vanzelf bij de opkomst van meer op herstel gerichte modaliteiten in het strafrecht. Zoals in het vervolg van deze bijdrage zal blijken, heeft deze opkomst niet alleen gezorgd voor de introductie van geheel nieuwe modaliteiten zoals ‘mediation in strafzaken’ (hierna MiS), maar ook voor een gedeeltelijk andere oriëntatie van de bestaande – buitengerechtelijke en gerechtelijke – modaliteiten door de vrij-

³¹ Hiermee is niet gezegd dat de vormen van buitengerechtelijke afdoening geen op conflictoplossing gerichte aspecten kunnen bevatten, bijvoorbeeld de voorwaarde of sanctie van het schadeloos stellen van de benadeelde partij (vgl. art. 74a Sr en art. 257a Sv).

wel exclusieve nadruk op efficiënte afdoening en bestraffing van de verdachte aan te vullen met een gerichtheid op de belangen van het slachtoffer, waaronder dat van conflictoplossing.

3 HERSTELRECHTVOORZIENINGEN IN HET STRAFRECHT

3.1 (Toekomstig) wetgevings- en beleidskader

Herstelrechtelijk denken is van alle tijden, maar de toepassing ervan in de formele context van het strafrecht is pril. De aanleiding voor de invoering van een wettelijke grondslag voor toepassing in de strafrechtelijke context vormde art. 10 EU Kaderbesluit 2001 inzake de rechten van het slachtoffer en de opvolger daarvan, art. 12 Richtlijn 2012/29 inzake de minimumrechten van het slachtoffer.³² Beide documenten schrijven voor dat op nationaal niveau moet worden voorzien in herstelrechttoepassingen binnen strafrechtelijk kader. Via de Wet implementatie minimumnormen slachtoffers en het Besluit slachtoffers strafbare feiten is daaraan uitvoering gegeven.³³

Het herstelrechtelijk kader dat zich inmiddels aftekent vormt de neerslag van ervaringen opgedaan in pilots en omvat alle fasen van de strafrechtelijke afdoening.³⁴ Met name de pilots OM/ZM die tussen 2013 en 2016 in zes arrondissementen hebben plaatsgevonden zijn van belang geweest.³⁵ De daarin opgedane ervaringen zijn doorslaggevend geweest voor

³² Kaderbesluit van de Raad van 15 maart 2001 inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure, *PbEG* 2001, L 82/1; Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten, ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten, en ter vervanging van het kaderbesluit 2001/220/JBZ, *PbEU* 2012, L 315; *Kamerstukken II* 2019/20, 29279, nr. 560, p. 4-5.

³³ Resp. *Stcrt.* 2017, 90 en *Stb.* 2016, 310.

³⁴ S. Verberk, *Evaluatierapport mediation naast strafrecht*, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2011; I. Cleven, K.M.E. Lens & A. Pemberton, *De rol van herstelbemiddeling in het strafrecht*, Tilburg: Tilburg University 2016; A. Wolthuis e.a., 'Dutch developments: restorative justice in legislation and in practice', *The International Journal of Restorative Justice* 2019, afl. 1, p. 117-133; N. Elbers, I. Becx & K. Lauwaert, 'Herstelrecht', in: C. Bijleveldt e.a. (red.), *Nederlandse Encyclopedie Empirical Legal Studies*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 913-939.

³⁵ Het betreft de toenmalige arrondissementen Amsterdam, Noord-Holland, Den Haag, Rotterdam, Brabant-Oost en Breda/Middelburg. De pilots betroffen een samenwerkingsverband tussen het Openbaar Ministerie, de rechtspraak, Mediatorsfederatie Nederland en Slachtoffer in Beeld. Voor een overzicht, met vermelding van resultaten ook: N. Elbers & I. Becx, *Secundaire victimisatie als probleem. Herstelrecht als oplossing?*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 45-49.

de landelijke uitrol van MiS vanaf 2017, met bijbehorende (structurele) financiering.³⁶ Daartoe is één miljoen euro per jaar gereserveerd voor MiS bij strafzaken met volwassenen en aanvullend 300.000 euro voor strafzaken met jeugdigen.³⁷ Inmiddels beschikken alle gerechten in Nederland over een mediationbureau waarvan actief gebruik wordt gemaakt³⁸ en is een beleidskader opgesteld. Het streven is gericht op het verschaffen van duidelijkheid in het versnipperde herstelrechtelijk landschap en zorg te dragen voor professionalisering, onder andere via het instellen van een mediatorregister.³⁹

Met het oog op de nabije toekomst is van belang te wijzen op de lopende modernisering van het Wetboek van Strafvordering. Daarin wordt in Titel 11, handelend over 'Enige algemene voorzieningen', voorzien in een meer algemene wettelijke grondslag voor herstelrecht.⁴⁰ Door het huidige art. 51h Sv over te plaatsen, wil de wetgever tot uitdrukking brengen dat herstelrecht geen 'eenzijdige slachtoffervoorziening is', maar een voorziening waarop ook de verdachte een beroep kan doen.⁴¹ Voorts wordt de bestaande plicht voor het Openbaar Ministerie om via de politie zorg te dragen voor het in een zo vroeg mogelijk stadium informeren van het slachtoffer en de verdachte over herstelrechtelijke voorzieningen op een zodanige wijze geherformuleerd dat deze is toegespitst op het niveau van de verantwoordelijke functionaris: de 'betrokken opsporingsambtenaar' en de 'officier van justitie' (voorgesteld art. 1.11.1 lid 1 Sv). Deze laatste heeft daarnaast tot opdracht om toepassing van herstelrecht bij de afdoening van strafzaken te bevorderen (voorgesteld art. 1.11.2 lid 3 Sv). Met deze meer precieze duiding wil de wetgever benadrukken dat het gaat om jegens het slachtoffer en de verdachte na te leven 'zorgplichten'.⁴²

Maar de wetgever heeft ook de strafrechter in het vizier als het gaat om MiS. Naast de reeds bestaande opdracht om bij de sanctieoplegging rekening te houden met de uitkomsten van een geslaagde herstellbemiddeling (art. 51 lid 2 Sv respectievelijk voorgesteld art. 1.11.2 lid 3 Sv) wordt

³⁶ *Kamerstukken II* 2017/18, 34775 VI, nr. 115. Overigens ging die structurele financiering niet zonder slag of stoot; aanvankelijk werd daarvan afgezien. Na een dringend appel vanuit de Tweede Kamer in samenhang met oproepen vanuit het maatschappelijk veld werd alsnog besloten tot structurele financiering.

³⁷ Wolthuis e.a. merken op dat met deze gelden 8.000 aanvragen kunnen worden gefinancierd (Wolthuis e.a. 2019).

³⁸ Uitgezonderd de Hoge Raad. Zie de periodieke informatiebulletins, rechtspraak.nl.

³⁹ *Kamerstukken II* 2019/20, 29279, nr. 560, bijlage 91840, § 2.2.

⁴⁰ Ambtelijke versie juli 2020 van het Wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, rijksoverheid.nl.

⁴¹ MvT bij de Ambtelijke versie juli 2020 van het Wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, p. 216, rijksoverheid.nl.

⁴² MvT bij de Ambtelijke versie juli 2020 van het Wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, p. 215.

namelijk onderzocht of en hoe positieve resultaten na MiS door de strafrechter kunnen worden meegewogen in diens einduitspraak. In de concept-memorie van toelichting op het conceptwetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering wordt gesproken over een mogelijke 'heroverweging van de eindbeslissing' teneinde de rechter voldoende in staat te stellen in diens einduitspraak rekening te houden met de positieve uitkomst van het mediation-traject.⁴³ Daarbij ligt ook de gedachte aan een in te voeren rechterlijk (voorwaardelijk) sepot voor. Via de Innovatiewet Strafvordering is inmiddels voorzien in een pilot ('Rechterlijke uitspraak na geslaagde herstelbemiddeling').⁴⁴

3.2 Herstelrechtelijke toepassingen nader geduid

De op te tuigen herstelrechtelijke voorzieningen vormen het procedurele kader voor herstelrechtelijke toepassingen. De uitkomsten daarvan dienen, als gezegd, op de voet van art. 51h Sv respectievelijk het voorgestelde art. 1.11.2 Sv door de strafrechter te worden meegenomen in diens einduitspraak. De huidige definitie uit art. 51a onder d Sv wordt ongewijzigd opgenomen in het voorgestelde art. 1.11.1 lid 1 Sv: 'het in staat stellen van het slachtoffer en de verdachte of de veroordeelde, indien zij er vrijwillig mee instemmen, actief deel te nemen aan een proces dat gericht is op het oplossen van de gevolgen van het strafbare feit, met behulp van een onpartijdige derde'.

In het Beleidskader herstelrechtvoorzieningen gedurende het strafproces worden drie vormen van herstelrechtelijke voorzieningen onderscheiden: herstelbemiddeling, herstel in Halt-zaken en MiS. *Herstelbemiddeling* staat los van de strafrechtelijke procedure. Het betreft onder begeleiding van Perspectief Herstelbemiddeling te voeren gesprekken, die zijn gericht op bemiddeling en emotioneel herstel. Via inzending van een eventueel afloopbericht en opneming daarvan in het strafdossier kan het Openbaar Ministerie of de rechter hiervan in kennis worden gesteld. *Herstel in Halt-zaken* wordt, veelal in de fase voorafgaand aan de vervolgingsbeslissing, toegepast bij de afdoening van lichtere strafbare feiten tegen minderjarige daders en is gericht op het aanbieden van excuses en schadebemiddeling.⁴⁵

⁴³ MvT bij de Ambtelijke versie juli 2020 van het Wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, p. 215.

⁴⁴ Innovatiewet Strafvordering, wetgevingskalender.overheid.nl. De Raad van State heeft inmiddels geadviseerd over het conceptwetsvoorstel Innovatiewet Strafvordering. Zie ook: *Kamerstukken II* 2018/19, 35000 VI, nr. 96, p. 10-27; alsmede Crijns & Kool 2017, i.h.b. § 7.4.1, waar wordt gepleit voor de invoering van een rechterlijk voorwaardelijk sepot.

⁴⁵ Besluit aanwijzing Halt-feiten, laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2010, 680 (i.w.tr. op 1 oktober 2010).

MiS, ten slotte, ziet op de fase na het nemen van de initiële vervolgingsbeslissing. De officier van justitie of de rechter kan al dan niet op verzoek van een ketenpartner, slachtoffer of verdachte besluiten de zaak door te wijzen naar het mediationbureau. Deelname is vrijwillig en bestaat uit het voeren van (individuele en mogelijk gezamenlijke) gesprekken met een mediator. Deze zijn vertrouwelijk van aard en gericht op het bewerkstelligen van emotioneel en materieel herstel van de schade. Daarover kunnen via een vaststellingsovereenkomst afspraken worden gemaakt, waarna deze overeenkomst wordt toegevoegd aan het strafdossier. **De officier van justitie en de rechter zijn vervolgens bij het nemen van een eindbeslissing gehouden uit hoofde van art. 51h Sv bij de afdoening rekening te houden met deze overeenkomst.**⁴⁶ Dat betekent dat de definitieve vervolgingsbeslissing moet worden opgeschort tot bekend is tot welke resultaten de toepassing van de herstelrechtvoorziening heeft geleid. Hetzelfde geldt voor het rechterlijk eindoordeel. Tot welke uitkomst in termen van afdoening een succesvolle herstelinterventie leidt, is aan de officier van justitie respectievelijk de rechter om te beoordelen, met inachtneming van de aan hen toekomende bevoegdheden. Zo kan het Openbaar Ministerie (alsnog) besluiten tot een voorwaardelijk sepot (met indien nodig intrekking van de dagvaarding). Voor de rechter geldt dat deze mogelijke (positieve) resultaten kan verdisconteren in de strafmaat (bijvoorbeeld in de vorm van een (deels) voorwaardelijke vrijheidsstraf en/of geldboete) of de sanctiemodaliteit. Ook afdoening op de voet van art. 9a Sr (schuldigverklaring zonder oplegging van straf of maatregel) behoort tot de mogelijkheden.

Doel van deze herstelrechttoepassingen is het bereiken van 'duurzaam herstel', waaronder naast het wegnemen van de gevolgen van het strafbare feit voor het slachtoffer ook recidivewinst moet worden begrepen. Daarnaast is verwerkingswinst in de zin van ontlasting van het strafrechtelijke systeem een doel.⁴⁷ De 'juridische duurzaamheid' van het hersteltraject moet worden geborgd via de vaststellingsovereenkomst, die (mede) ten grondslag ligt aan de afdoeningsbeslissing van het Openbaar Ministerie respectievelijk de eindbeslissing van de rechter.

⁴⁶ *Kamerstukken II 2019/20, 27279*, nr. 560, p. 5; T. van Mazijk, *Handboek mediation in strafzaken*, Utrecht: Hogeschool Utrecht 2019; J. Claessen & K. Roelofs, 'Mediation in strafzaken', in: A. Breninkmeijer e.a. (red.), *Handboek mediation*, hoofdstuk 49, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

⁴⁷ *Kamerstukken II 2019/2020, 29279*, nr. 560, p. 8. Zie ook: J. Claessen e.a., **Voorstel van Wet strekkende tot de invoering van herstelrechtvoorzieningen in het Wetboek van Strafvordering, inclusief Memorie van Toelichting. Herziene versie**. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2018.

3.3 Aard en omvang

Uit bovenstaande is duidelijk dat de betekenis van herstelrechtelijke toepassingen voor de afdoening van (vooral lichtere tot middelzware) strafbare feiten inmiddels een politiek aanvaard gegeven is. De versnipperde praktijk maakt het lastig zicht te krijgen op de aard en omvang van toepassing van herstelrecht in de strafrechtelijke context. Elbers e.a. hebben daarover onlangs een en ander samengebracht.⁴⁸ Daarnaast kunnen recente cijfers worden ontleend aan de Raad voor de rechtspraak.⁴⁹ Opvallend is momenteel de stijging van het aantal mediation-trajecten in jeugdzaken.⁵⁰

De zaken waarin het mediationbureau heeft geïntervenieerd betreffen in de regel lichtere delicten die normaliter worden afgedaan door de **politierechter** of de kinderrechter.⁵¹ Het gaat vooral om geweldpleging; meer dan de helft van de zaken ziet op deze delictscategorie. Een kleiner aandeel is er voor 'straf anders' (bedreiging, burenruzie, openlijke geweldpleging, stalking). Daarnaast neemt momenteel het aandeel zedenzaken toe.⁵² Opvallend is ook het aandeel zaken waarin bemiddeling in relatie tot art. 12 Sv staat vermeld. Het gaat dan om zaken waarin mediation wordt toegepast als middel om te voorkomen dat het (vermeende) slachtoffer een klaagschrift indient bij het gerechtshof om een negatieve vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie te doen toetsen.

De verwijzingen naar de mediationbureaus zijn grotendeels afkomstig van het Openbaar Ministerie. Het aandeel van de rechter ligt op circa een vijfde van de verwijzingen.⁵³ Ook vermeldenswaardig zijn de verwijzingen via de advocatuur. Voor jeugdzaken fungeert de Raad voor de Kinderbescherming als verwijzer. Voor 2018 en 2019 worden vanuit de Raad voor de rechtspraak de volgende cijfers gegeven:⁵⁴

⁴⁸ Elbers e.a. 2020, § 33.3.

⁴⁹ Mediation in strafzaken, rechtspraak.nl. Voorts kunnen voor eerdere jaren cijfers worden ontleend aan de Informatiebladen MiS, te vinden op de site van de Rechtspraak. Voor de periode 2013-2016 wordt bijv. een instroom van 2294 zaken vermeld, waarvan 908 zijn doorgestroomd ter bemiddeling. Het slagingspercentage lag destijds tussen de circa 60 en 80 procent.

⁵⁰ Mediation zeer succesvol in strafzaken met jongeren, rechtspraak.nl.

⁵¹ Cleven e.a. 2015, § 4.3.2; Elbers e.a. 2020, § 33.3.

⁵² Raad voor de rechtspraak, Informatieblad MiS, nrs. 1-3, rechtspraak.nl.

⁵³ Veel van de verwijzingen zijn ook afkomstig van de ZSM-tafel, in de periode 2013-2016 was dat verreweg het grootste deel (1561 zaken). Zie Informatieblad MiS, juli 2016.

⁵⁴ MvT bij de Ambtelijke versie juli 2020 van het Wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, p. 215.

Jaar	Verwezen	Afgerond	Volledige ov.*	Ov. met schadevergoeding	Gedeeltelijke ov.	Geen ov.
2018	1472	744	60,1 %	17,6 %	5,6 %	16,8 %
2019	1472	833	57,1 %	22,8 %	4,6 %	15,5 %

Gespecificeerd naar jeugdzaken komt voor 2019 het volgende beeld naar voren:

Jaar	Verwezen	Afgerond	Volledige ov.	Ov. met schadevergoeding	Gedeeltelijke ov.	Geen ov.
2019	213	119	71	30	2	16

* Ov.: *overeenstemming*

Uit deze cijfers blijkt dat het slagingspercentage voor 2018 en 2019 op meer dan vijftig procent ligt. Met andere woorden: in ruim een op de twee zaken wordt na bemiddeling een vaststellingsovereenkomst opgesteld, waarmee bij de afdoening rekening wordt gehouden. Cruciaal voor het slagingspercentage is de selectiefunctie van de mediation-bureaus; (bijna) een op de vier verwijzingen wordt door de mediator als ongeschikt aangemerkt.⁵⁵

3.4 Verschuiving in de positie van de rechter?

Met het bovenstaande geven we al een antwoord op de vraag of toepassing van herstelrecht heeft geleid tot afleiding van de rechter. Afgaande op het beeld dat oprijst uit de praktijk en de cijfers is dat niet het geval; het betreft vooral zaken waarvan de afdoening in de sfeer van het Openbaar Ministerie ligt. En daar heeft die verschuiving in posities al eerder plaatsgevonden, zoals eerder beschreven. Belangrijk echter is te constateren dat de rechter niet buitenspel is komen staan wanneer het gaat om herstelrechtelijke toepassingen, maar een eigenstandige bevoegdheid heeft daarvoor te opteren door toepassing van processuele modaliteiten zoals de aanhouding vonniswijzing. Dat is een relevant gegeven, omdat de toepassing van herstelrecht niet zelden een zeker 'rijpingsproces' behoeft. Dat kost tijd en moeite en wat op dit vlak mogelijk en opportuun is, is niet steeds helder

⁵⁵ Zie ook: M-J. Genen e.a., *Mediation in strafzaken, geborgd in kwaliteit*, Utrecht: Hogeschool Utrecht 2019.

op het moment van het nemen van de vervolgingsbeslissing. Dan kan het zo zijn dat zaken worden doorgeleid naar de rechter die daar bij nader inzien niet horen.⁵⁶ Die gedachte heeft geleid tot de genoemde pilot 'Rechterlijke uitspraak na herstelbemiddeling'.⁵⁷

Eerder al werd (onder andere) door ons de mogelijkheid van invoering van een (voorwaardelijk) rechterlijk sepot voorgesteld dan wel een rechterlijke bevoegdheid tot terugwijzing naar het Openbaar Ministerie met als opdracht de vervolgingsbeslissing te herzien.⁵⁸ Dat zou, zo daartoe wordt besloten door de wetgever, een principiële omslag betekenen. De strafrechter zou daarmee immers een tweede bevoegdheid krijgen om het opportuniteitsoordeel te toetsen of zelfs te doorkruisen, naast de bestaande toetsingsbevoegdheid uit hoofde van art. 12 Sv. Dat de wetgever deze gedachte overweegt, althans onderwerp van studie heeft gemaakt, maakt zichtbaar dat het denken over de noodzaak van strafvervolgning en de daaraan verbonden dienstbaarheid aan de strafdoelen aan verandering onderhevig is, althans voor bepaalde categorieën strafzaken en op voorwaarde dat het slachtoffer en de verdachte openstaan voor mediation.

Het toekennen van zo'n bevoegdheid aan de strafrechter wijst op een zekere heroverweging van de strafdoelen, in het bijzonder in het licht van de ten aanzien van strafrechtelijke handhaving te betrachten subsidiariteit.⁵⁹ Het onderscheidende van MiS is namelijk dat het zich (primair) toespitst op genoegdoening voor het slachtoffer. Maar ook voor de verdachte vormt een herstelrechtelijke reactie een meer inclusieve, op conflictoplossing gerichte vorm van straffen.⁶⁰ Daarmee valt genoegdoening niet samen met conflictoplossing, zij het dat dit laatste bij toepassing van herstelrecht wel een na te streven doel is. Herstelrecht drijft op zinvolle communicatie en te bereiken overeenstemming tussen het slachtoffer en de verdachte en draagt daarmee bij aan het (gedeeltelijk) apaiseren van het onderliggende particuliere conflict dat ligt besloten in het strafbare feit. Dat laat onverlet dat strafrechtelijke sancties worden opgelegd naast de in het kader van de vaststellingsovereenkomst neergelegde afspraken, wanneer het algemeen

⁵⁶ Crijns & Kool 2017, p. 322; met verwijzing naar Y. Buruma, 'Rechterlijke controle op de vervolgingsbeslissing?', *Strafblad* 2015, nr. 4, p. 314-322. Zie voorts: Y. Buruma, 'Flutzaken, een pleidooi voor rechterlijke toetsing van vervolgingsbeslissingen', *Delikt & Delinkwent* 2006, afl. 3, p. 364-375; R.S.B. Kool, 'Subsidiar afdoen van strafzaken. Een pleidooi voor toetsing van de vervolgingsbeslissing door de rechter', in: B. van Stokkom, *Genoegdoening en Redelijkheid*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 71-91.

⁵⁷ Innovatiewet Strafvordering, wetgevingskalender.overheid.nl.

⁵⁸ Crijns & Kool 2017; zie ook Buruma 2006; Buruma 2015.

⁵⁹ Dat geldt mutatis mutandis ook voor de in de wet neergelegde zorgplicht van de officier van justitie om toepassing van herstelrecht te bevorderen.

⁶⁰ R.S.B. Kool, 'Constructieve vergelding revisited', *Tijdschrift voor Herstelrecht* 2020/4, p. 31-36.

belang dit vereist. Of dat geïndiceerd is en hoe dit zich verhoudt tot de uitkomsten van de mediation is, als gezegd, aan de rechter na advies hierover van het Openbaar Ministerie.

De wettelijke opdracht om rekening te houden met de resultaten van MiS en dit in de toekomst wellicht zelfs vorm te geven via een rechterlijk (voorwaardelijk) sepot of een terugwijzing naar het Openbaar Ministerie wijst erop dat de rechter inmiddels rekening heeft te houden met een vierde strafdoel: de genoegdoening voor het slachtoffer, met het daaraan verbonden element van conflictoplossing.⁶¹ Of, en in welke mate, de strafrechter bereid is betekenis toe te kennen aan de uitkomsten van een **mediation-traject**, in welke vorm dan ook, is op dit moment nog niet bekend. Verwijzingen naar MiS door de strafrechter vormen momenteel een minderheid van zaken. Dat zegt echter niet zoveel, want het is het Openbaar Ministerie dat zich in eerste instantie een oordeel dient te vormen over de mogelijkheid van mediation in het licht van de opportuniteit van een strafrechtelijke afdoening. Indien dat onvoldoende gebeurt of ontwikkelingen binnen een strafzaak na toeleiding van de zaak naar de rechter daartoe aanleiding geven, is er plaats voor eventuele verwijzing naar MiS door de rechter.

3.5 Verklaringen en waardering

Uit bovenstaande volgt dat het herstelrecht inmiddels een warm(er) onthaal vindt op allerhande niveaus. De wetgever en het beleid, maar ook de politie, het Openbaar Ministerie en de rechterlijke macht onderschrijven de betekenis van herstelrecht voor het strafrecht. Niet als alternatief voor het strafrecht, maar wel als zinvolle aanvulling daarop. Welke verklaringen zijn daarvoor te geven? ⁶² En waarom is de oorspronkelijke weerstand omgeslagen in (gematigd) enthousiasme?⁶³ Niet alles laat zich duiden, maar twee verklaringen kunnen worden genoemd.

De eerste verklaring ligt in de opkomst van het slachtoffer en diens erkenning als procesdeelnemer. De uitbouw van de processuele positie van het slachtoffer die de afgelopen decennia in rap tempo heeft plaatsgevonden, vindt een logisch vervolg in het materiële strafrecht, in het bijzonder in het sanctierecht. Slachtofferparticipatie gaat immers om meer dan procedurele rechtvaardigheid: het slachtoffer heeft ook wensen als het

⁶¹ Zie nader: Kool 2020, over de verhouding tussen genoegdoening en vergelding.

⁶² Zie o.a.: M. Barendrecht e.a., 'Van 'in gebreke' naar 'verbinding''. Over de kanteling in het denken over conflictbeslechting en waar de wetgever deze ontwikkeling zou moeten ondersteunen', *Nederlands Juristenblad* 2018, afl. 26, p. 1298.

⁶³ Zie hierover ook de bijdragen in het themanummer van het *Tijdschrift voor Herstelrecht* 2020, nr. 4.

gaat om participatie op het vlak van de waarheidsvinding en de daaropvolgende sanctionering. Die aanspraken zijn door de wetgever erkend in het uitgebreide spreekrecht van art. 51e Sv.⁶⁴ Feitelijk geldt voor MiS een soortgelijke 'inspraakmogelijkheid', want ook hier 'spreekt' het slachtoffer tot de strafrechter, ditmaal in samenspraak met de verdachte. Via de vaststellingsovereenkomst wordt de strafrechter geïnformeerd over de afspraken die met betrekking tot het herstel zijn gemaakt tussen het slachtoffer en de verdachte. Dergelijke afspraken maken deel uit van de door het slachtoffer gewenste genoegdoening en de strafrechter is wettelijk gehouden daaraan aandacht te besteden. Daarmee verandert zijn rechtsprekende rol ten opzichte van het slachtoffer, de verdachte en de rechtsgemeenschap.⁶⁵ Dat is het logische gevolg van het in toenemende mate duiden van het strafbare feit in termen van geschonden particuliere rechten waarmee bij de publiekrechtelijke afdoening rekening moet worden gehouden. Daarmee krijgt de door de rechter uit te spreken publiekrechtelijke reactie een meer 'persoonlijk stempel' dat in de einduitspraak tot uitdrukking zal moeten komen.

De tweede te noemen verklaring voor de groeiende belangstelling voor het herstelrecht sluit minder dicht aan op de veranderende rol van de strafrechter. Gedoeld wordt op de beleidsmatige erkenning van het instrumenteel potentieel van het herstelrecht in de vorm van te behalen **recidivewinst** (mede verbonden aan het doel van conflictoplossing), en de ontlasting van de strafrechter door buitengerechtelijke afdoening na een **herstelrechtelijke interventie**.⁶⁶ Voor de strafrechter betekent dit dat deze (hopelijk) minder strafzaken krijgt voorgelegd waarvan de opportuniteit van de strafvervolging in twijfel kan worden getrokken.

Wat verder een rol lijkt te spelen bij de aanvaarding van het herstelrecht als toepassingsvorm bij strafrechtelijke afdoening is dat de eerder daartegen geventileerde rechtsstatelijke bezwaren aan kracht lijken in te boeten.⁶⁷ Dat rechtsstatelijk kader is met de opkomst van de buitengerechtelijke afdoening al aan verandering onderhevig geweest. Het herstelrecht vormt in dat opzicht slechts een nieuwe loot aan de boom, of wellicht beter, een gestekte mutatie daarvan. De opkomst van het herstelrecht laat

⁶⁴ Daarnaast kan worden gewezen op de voorgenomen verruiming van de art. 12 Sv procedure. Zie R.S.B. Kool, 'Modernisering van de beklagregeling ex art. 12 Sv: 'Full dress' voor het slachtoffer?', *Platform Modernisering Strafvordering* 2018, moderniseringstrafvordering.nl.

⁶⁵ Iets waartegen Buruma zich destijds uitsprak in diens oratie. Zie: Y. Buruma, *De aandacht van de strafrechter* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 1996.

⁶⁶ R.S.B. Kool, 'Tussen hoop en vrees. Herstelrecht in het buitengerechtelijke spoor', *Tijdschrift voor Herstelrecht* 2012, afl. 1, p. 11-27.

⁶⁷ K. Lauwaert, *Herstelrecht en procedurele waarborgen*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2009; B. van Stokkom, 'Genoegdoening. Tussen punitieve verlangens en publieke redelijkheid', in: B. van Stokkom 2019, p. 135-163.

zich, als gezegd, verklaren in het ook elders binnen de strafrechtspleging ingezette spoor van instrumentaliteit, in samenhang met de focus op het slachtoffer en diens (emotionele en materiële) herstel. Overwegingen van legitimiteit (lees: nadruk op het subsidiariteitsbeginsel)⁶⁸ en instrumenta-
liteit⁶⁹ zijn vervlochten geraakt in een streven om ‘conflicten’ tussen bur-
gers op een meer zinvolle wijze af te doen. Dat de nadruk daarbij ligt op
afdoening in de voorfase, dus voordat de rechter bij de zaak betrokken
raakt, is logisch. Daar is de mogelijke ‘winst’ immers het grootst.

Maar dat impliceert dus niet een ‘bewuste’ afleiding van de rechter;
diens rol beperkt zich immers tot de laatste akte. Wanneer de rechter dan
toch betrokken raakt, is ook hij krachtens de wet gehouden om te opereren
in het spoor van subsidiariteit en dienstbaarheid aan het slachtofferbelang
(zie art. 51h Sv en het voorgestelde art. 1.11.2 lid 2 Sv). De strafrechter lijkt
daartoe ook bereid, gelet op de wijze waarop de Raad voor de rechtspraak
MiS heeft omarmd. Dat laat onverlet dat het de individuele strafrechter is
die zich op het niveau van de strafzaak moet verhouden tot de uitkomsten
van het mediation-traject respectievelijk de vraag of het initiëren daarvan
is aangewezen. Dat roept als gezegd vragen op over de rol van de rechter
in relatie tot het aan het Openbaar Ministerie toegekende opportuniteits-
beginsel. Dat lijkt, ondanks de handhaving daarvan in het gemoderni-
seerde Wetboek van Strafvordering, wellicht in zachtere steen gebeiteld
dan gedacht.

Een dergelijke inbedding van het herstelrecht, zo die zich verder zou
ontwikkelen, vraagt om herijking van het strafvorderlijk instrumentarium.
En daarop richten zich momenteel de (beleids)zorgen. Strafrecht blijft, ook
wanneer het (meer) wordt toegesneden op herstelrechtelijke leest, immers
‘machtsrecht’ en dient met waarborgen te blijven omkleed.⁷⁰ Waartoe dat
precies aanleiding gaat geven, zal de toekomst leren. Vanuit zijn vertrek-
punt heeft echter juist het herstelrecht goede kaarten in handen om als **le-
gitiem** onderdeel van het straf(proces)rechtelijk instrumentarium te wor-
den aanvaard. Het herstelrechtelijk vertoog is namelijk sterk toegesneden
op het concept van procedurele rechtvaardigheid,⁷¹ een begrip dat nauw

⁶⁸ In Nederland is het vooral John Blad geweest die dit argument heeft benadrukt.
Zie: J.R. Blad, ‘Herstelrecht en subsidiariteit van strafrecht’, *Tijdschrift voor Herstel-
recht* 2005, nr. 2, p. 14-30; J.R. Blad, ‘Herstelrecht en civilisering van de strafrechts-
pleging’, in: M.-C. Foblets e.a. (red.), *Liber Amicorum René Foqué*, Gent/Den Haag:
Larcier/Boom Juridische uitgevers 2012, p. 169-188.

⁶⁹ Kool 2012, p. 8.

⁷⁰ Crijns & Kool 2017, § 9.

⁷¹ Opgemerkt kan worden dat Elbers en Bexx geen verband vonden tussen de ervaren
procedurele rechtvaardigheid en het tegengaan van secundaire victimisatie via her-
stelrechtelijke toepassingen; voor dat laatste werd wel een positief effect gevonden
(Elbers & Bexx 2020, p. 5). Dat staat overigens in contrast met wat wordt opgemerkt

aansluit bij het op (h)erkenning van het **individuele** leest toegesneden maatschappelijk vertoog. Op dat aspect heeft de strafrechtspleging, als onderdeel van de rechtspleging, zich de afgelopen jaren receptief opgesteld.⁷² Volgens sommigen is er echter meer nodig; gepleit wordt voor een maximalistische, op subsidiair gebruik gestoelde insteek van het strafrecht vanuit een focus op het achterliggende menselijke conflict en een daaraan verbonden wens tot herstel en genoegdoening.⁷³ Dat pleidooi sluit aan op de roep om 'maatschappelijk effectieve rechtspraak' die ook buiten het strafrecht hoorbaar is.⁷⁴

3.6 Agenda voor de toekomst van de herstelgerichte rechter

De beschreven ontwikkelingen duiden op een omslag in het strafrechtelijk paradigma die zeker (ook) de positie van de strafrechter raakt. De pilot tot verruiming van de rechterlijke afdoeningsbevoegdheden na een geslaagde mediation markeert een historische omslag in het denken en raakt aan de fundamenteën van het strafrecht, in het bijzonder aan het opportuniteitsbeginsel. Dat blijft weliswaar toebedeeld aan het Openbaar Ministerie, maar aan de horizon tekent zich een (nieuw) rechterlijk correctief af dat in het teken staat van een meer subsidiaire toepassing van het strafrecht.⁷⁵ In zaken die zich daartoe lenen, krijgt de rechter de rol van facilitator en eindbesliser toebedeeld.⁷⁶ Het gunnen van deze ruimte aan de rechter brengt mee dat de 'zittingscommunicatie' wanneer dat nodig is meer herstelrechtelijke trekken gaat krijgen. Waar de rechter mogelijkheden tot een meer zinvolle afdoening via mediation ziet, zal dat niet steeds klip en klaar zijn voor het slachtoffer en de verdachte. Ook deze moeten worden getraind in het 'omdenken'. Afgaande op de huidige praktijk zal het vooralsnog gaan om zaken die zich kenmerken door lichte tot middelzware aantastingen van de persoon (lees: geweldpleging, bedreiging). Praktijken elders leren echter dat verwijzing door de rechter in zwaardere strafzaken beslist niet is uitgesloten. De toepassing van een herstelrechtelijke voorziening kan

op p. 15, waar wordt gesteld dat procedurele rechtvaardigheid in het civiele recht wordt gezien als middel om secundaire victimisatie te voorkomen.

⁷² Zie ook het voorgestelde art. 1.1.4 Wetboek van Strafvordering: 'Strafvordering vindt plaats op een wijze die recht doet aan de belangen van het slachtoffer.'

⁷³ J. Claessen, 'Pleidooi voor en uitwerking van een maximalistisch strafrecht', *Tijdschrift voor Herstelrecht* 2020, afl. 4, p. 18-30; W. Huisman, 'Herstelrecht vs. Strafrecht: 1-0?', *Delikt & Delinkwent* 2019, nr. 8; Elbers & Becx 2020, § 3.2.2.

⁷⁴ Barendrecht e.a. 2018.

⁷⁵ Art. 12 Sv biedt de rechter reeds een correctief op de vervolgingsbeslissing. Ook die bevoegdheid wordt in het nieuwe Wetboek van Strafvordering verruimd. Echter niet richting een op afleiding van berechting gerichte afdoening, maar juist toelidend naar vervolging en berechting.

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2019/20, 29279, nr. 560, p. 6.

immers ook een onderdeel vormen van de strafrechtelijke sanctionering, waarbij ook andere straffen en/of maatregelen worden opgelegd.

De vraag bij dit alles is hoe een dergelijke rechterlijke interventie zich verhoudt tot de rechtswaarborgen waarmee het strafrecht als machtsrecht behoort te zijn omgeven. Die voorwaarden zijn essentieel voor de legitimiteit en zien op zowel de positie van de verdachte als die van het slachtoffer. Op die vraag is in het bestek van deze bijdrage geen eenvoudig antwoord te geven, anders dan dat de praktijk laat zien dat daarvoor kaders zijn op te stellen. Voorlichting aan betrokkenen, het waarborgen van toestemming, toepassing van hoor en wederhoor, vertrouwelijkheid, het waarborgen van de kwaliteit van mediators en het op voldoende afstand blijven van de rechter zijn essentieel en mogelijk. Rechtseenheid kan worden bevorderd via op te stellen aanwijzingen vanuit de rechterlijke macht. Toepassing van herstelrecht op verzoek van het Openbaar Ministerie of de rechter brengt gelet op de doorlooptijd van zes weken een aanvaardbare tijdsbesteding met zich. Bovendien moet deze extra tijdsbesteding worden afgezet tegen de te bevorderen legitimiteit, te bereiken herstel en te ervaren procedurele rechtvaardigheid.

4 AFSLUITING

Uit het voorgaande is duidelijk geworden dat de differentiatie in afdoeningswijzen binnen het strafrecht de afgelopen decennia stevig heeft doorgezet. De afdoening van strafbare feiten buiten de rechter om is inmiddels een onmisbaar onderdeel van de strafrechtspleging geworden; zonder dit verschijnsel zou het strafrechtelijk apparaat onherroepelijk vastlopen. De belangrijkste ratio achter deze vormen van buitengerechtelijke afdoening is derhalve gelegen in de wens de rechter te ontlasten door gebruik te maken van een primair op efficiëntie gericht alternatief traject, waarin het Openbaar Ministerie en de verdachte onderling tot afdoening van het strafbare feit komen.⁷⁷ Aldus ligt in dit 'spoor' het accent van oudsher sterk op de 'kale' afdoening; van daadwerkelijke conflictoplossing is niet of nauwelijks sprake, noch wat betreft het abstracte conflict tussen de verdachte en de rechtsorde (vertegenwoordigd door het Openbaar Ministerie), noch wat betreft het concrete conflict tussen de verdachte en het slachtoffer.

⁷⁷ Zoals in het voorgaande besproken, betekent dit niet dat ook altijd sprake is van afdoening op basis van (werkelijke) consensualiteit tussen Openbaar Ministerie en verdachte. De strafbeschikking is immers gebaseerd op eenzijdige schuldvaststelling en strafoplegging door het Openbaar Ministerie. Indien de strafzaak daarmee tot een einde komt, schuilt het consensuele element hooguit in het niet gebruiken door de verdachte van de mogelijkheid verzet in te stellen. Dit kan, maar hoeft zeker niet te duiden op daadwerkelijke wilsovereenstemming.

Misschien wel mede in samenhang daarmee heeft de afgelopen jaren ook een andersoortige ontwikkeling plaatsgevonden: de ontwikkeling van verschillende op herstel gerichte voorzieningen. Hoewel in kwantitatief opzicht nog relatief beperkt, lijkt ook dit 'spoor' inmiddels definitief een plaats binnen het strafrecht te hebben verworven. En anders dan bij de 'klassieke' buitengerechtelijke afdoening die zich primair afspeelt in de relatie tussen Openbaar Ministerie en verdachte ligt de nadruk daarbij niet zozeer op de afdoening van het strafbare feit, maar veeleer op het oplossen van het daaraan ten grondslag liggende conflict en het herstellen van de verhouding tussen de verdachte en het slachtoffer. In die zin beantwoorden de vormen van herstelrecht meer aan de verwachtingen die een term als alternatieve conflictoplossing wekt. Daarmee vormen de herstelrechtvoorzieningen een duidelijke aanwinst voor de gereedschapskist van de strafrechtelijke handhaving. Want daar waar herstel van de situatie in het verschiet ligt, komt minder gewicht toe aan het belang van bestraffing (waarmee, zoals in het voorgaande toegelicht, niet is gezegd dat beide in voorkomende gevallen niet ook hand in hand kunnen gaan). Het is dan ook toe te juichen dat er modaliteiten zijn ontstaan, waarbij het Openbaar Ministerie en de strafrechter de uitkomst van het herstelrechtelijk traject afwachten, om deze vervolgens te verdisconteren in hun afdoeningsbeslissing. Dit plaatst deze actoren – in ieder geval voor enige tijd – op afstand, wat de proportionaliteit en subsidiariteit van de uiteindelijke strafrechtelijke reactie ten goede kan komen. Wel moet worden bedacht dat lang niet alle strafzaken zich voor de inzet van enigerlei vorm van herstelrecht lenen. Niet zozeer vanwege de ernst van de betreffende feiten – ook ernstige feiten kunnen wel degelijk aanleiding geven tot het toepassen van herstelrecht – maar meer vanwege de aard van de feiten. Zo lenen delicten zonder concreet slachtoffer van vlees en bloed zich uit de aard der zaak niet voor herstelrecht; dergelijke feiten moeten eenvoudigweg afgedaan worden, waarbij de strafdoelen gezocht moeten worden in vergelding en speciale en generale preventie, niet in genoegdoening en conflictoplossing.

Wat betekent dit alles voor de strafrechter? Ten eerste dat hij – ondanks het uitgangspunt in art. 113 Gw dat de berechting van strafbare feiten is opgedragen aan de rechterlijke macht – niet meer de conflictoplosser bij uitstek is in het strafrecht. Een monopolie heeft hij weliswaar nooit gehad, maar vastgesteld moet worden dat in de loop der jaren buitengerechtelijke afdoening zowel in de verschijningsvormen daarvan als in aantallen afgedane strafzaken stevig aan terrein heeft gewonnen. De vervolgvraag is of de positie van de strafrechter daarmee ook is verzwakt of dat deze – met enig gevoel voor overdrijving – zelfs zou zijn gemarginaliseerd. Zorgen van dien aard worden in de literatuur en het maatschappelijk debat zo nu en dan wel geuit: de steeds verdere proliferatie van vormen van buitenge-

rechtelijke afdoening – zeker wanneer het gaat om zaken waarin grote belangen zijn gemoeid – zou leiden tot afkalving van het rechterlijk domein.⁷⁸ Toch kan daar ook het nodige tegenover worden gesteld. Want is het niet zo dat de rechter in de situatie zoals deze zich heeft ontwikkeld beter in stelling wordt gebracht dan voorheen, namelijk als conflictoplosser in die zaken die ook daadwerkelijk om zijn betrokkenheid vragen? Is het niet vanwege de aard en omvang van de op het spel staande belangen dan wel vanwege het feit dat de betrokken partijen er zonder hem niet uitkomen. Tegelijkertijd moet worden toegegeven dat daarmee nog geen antwoord is gegeven op de vraag wanneer de zaak dan om betrokkenheid van de rechter zou vragen. Niemand ontkent immers dat het buitengerechtelijk traject onmisbaar is, maar de vraag of het werkteerrein ook op de juiste wijze onder de verschillende ‘conflictoplossers’ is verdeeld, is daarmee nog niet beantwoord. Voorts kunnen ook in dit perspectief wel degelijk de nodige zorgen rijzen. Indien men er genoeg mee neemt dat een groot deel van de strafbare feiten buitengerechtelijk wordt afgedaan, schept dit immers de nodige verplichtingen voor de legitimiteit en de kwaliteit van die buitengerechtelijke trajecten en de beslissingen die daarbinnen worden genomen. Op dat punt zijn er de laatste jaren zonder meer hoopgevende ontwikkelingen in gang gezet, zoals die op het vlak van het herstelrecht. Daarnaast lijkt op andere vlakken nog winst te behalen, zoals het diverse onderzoek ten aanzien van de praktijk van de strafbeschikking heeft laten zien. Dat zou ervoor pleiten de aandacht met name te richten op het versterken van de kwaliteit (en daarmee de legitimiteit) van het buitengerechtelijke domein in plaats van op zorgen omtrent de afkalving van het rechterlijk domein als zodanig.

Daarbij kan ook blijken dat – paradoxaal genoeg – in sommige gevallen het buitengerechtelijke domein niet zonder rechterlijke betrokkenheid kan (vgl. de eerdergenoemde ontwikkelingen met betrekking tot de rechterlijke toetsing van hoge transacties) of dat juist bevorderd zou moeten worden dat kansen die het buitengerechtelijke domein biedt, in het rechterlijk domein worden betrokken (vgl. de eerdergenoemde mogelijkheid van een rechterlijk voorwaardelijk sepot). Verder in de toekomst liggende perspectieven zijn modaliteiten waarin de rechter zelf tot verkorte vormen van

⁷⁸ Met name Corstens heeft dit geluid de afgelopen jaren geregeld verkondigd, met name in reactie op berichten over hoge transacties met verdachte rechtspersonen. Zie onder meer Corstens 2019.

conflictoplossing komt, bijvoorbeeld in de vorm van een rechterlijke strafbeschikking⁷⁹ of in de vorm van vonnis- of procesafspraken.⁸⁰ Aldus gloort aan de horizon veeleer een beeld van toenemende verwevenheid van het gerechtelijke en het buitengerechtelijke dan van onderlinge concurrentie tussen conflictoplossers die de 'schaarste' zouden moeten verdelen. In die zin hoeft voor de positie van de strafrechter dan ook niet te worden gevreesd. Wel zal, naarmate deze ontwikkelingen voortgaan, zijn taak vermoedelijk steeds verder differentiëren. Nu eens zal de rechter optreden als conflictoplosser *pur sang* die heer en meester is over het aan hem voorgelegde geding, dan weer zal hij worden ingezet als procesbewaker of eindbesliser in een traject dat grotendeels door anderen wordt vormgegeven en waarin hij enkel de tweede viool speelt.

⁷⁹ Zie voor een dergelijk voorstel B.F. Keulen, 'Strafrechter en consensualiteit', *Delikt en Delinkwent* 2014, afl. 10, p. 739-749.

⁸⁰ Zie voor een uitgewerkt voorstel in die richting: L.J.J. Peters, *Deal met ondermijningsdelicten. Naar een efficiënte strafprocedure voor ondermijnende criminaliteit*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.