

ARTIKELEN

Eind goed, al goed? De eindezaakverklaring na mediation in het strafrecht*

Prisca Sijsma & Renée Kool

1 Inleiding

In Nederland staat een ingrijpende herziening van het Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv) op stapel. In dat kader wordt nagedacht over de wijze waarop mediation in strafzaken vorm dient te krijgen, in het bijzonder tot welke rechterlijke eindbeslissing een geslaagde mediation¹ zou moeten kunnen leiden. In de parlementaire behandeling zijn twee opties besproken: de invoering van een niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie (hierna: no-OM) respectievelijk de invoering van een eindezaakverklaring, waarmee de rechter de bevoegdheid zou krijgen een zaak formeel te beëindigen zonder verder inhoudelijk proces. Op aandringen van de Tweede Kamer heeft de minister voorlopig gekozen voor de laatste modaliteit. Voorlopig, omdat de toepassing daarvan beperkt wordt tot enkele gerechten, in het kader van pilotwetgeving.²

In deze bijdrage bespreken we deze keuze, in het bijzonder in het licht van de bevoegdheidsverdeling tussen het OM en de rechter. Daarbij besteden we aandacht aan het burgerinitiatief tot invoering van een wettelijke basis voor mediation in strafzaken van Claessen et al. uit 2018.³ Voorafgaand schetsen we kort de rechterlijke besluitvorming in relatie tot mediation en de (wetgevings)ontwikkelingen.

2 Mediation in de berechtingsfase: waar staat de rechter?

Onze bijdrage heeft betrekking op de berechtingsfase, het scenario derhalve waarin het OM de zaak via dagvaarding heeft aangebracht bij de rechter. Vanaf dat moment geldt artikel 13 Wet algemene bepalingen, waarin staat vermeld dat het aan de rechter is over de zaak te besluiten. Die besluitvorming dient te verlopen vol-

* Dit artikel is een bewerking van een paper die Prisca Sijsma in het kader van haar opleiding schreef onder begeleiding van Renée Kool.

1 Wanneer in dit artikel wordt gesproken over ‘mediation’, wordt steeds bedoeld op mediation in strafzaken via de aan de gerechten verbonden mediationbureaus op verwijzing van de strafrechter.

2 De pilotwetgeving is inmiddels in werking getreden en heeft een looptijd van drie jaar met verlengingsmogelijkheid (*Stb.* 2022, 362). De pilot Mediation is beperkt tot de arrondissementen Gelderland, Overijssel en Zeeland-West-Brabant (*Stcrt.* 2022, 23669). De minister stuurde aan op ‘evidente based’ wetgeving en sloot nieuwe modaliteiten niet uit (*Kamerstukken II* 2020/21, 35869, nr. 3, p. 15 en 17).

3 Claessen et al., 2018.

gens het schema dat is neergelegd in de artikelen 340-350 Sv.⁴ De regie over de afhandeling van de zaak ligt vanaf de dagvaarding in handen van de rechter. Wordt vanwege het OM, de verdachte en/of het slachtoffer verzocht om mediation en de rechter steunt dit voorstel, dan wordt de zaak aangehouden en volgt een verwijzing naar het aan het gerecht verbonden mediationbureau. De rechter kan ook ambtshalve voorstellen om mediation te betrachten. De beslissing om in te stemmen dan wel ambtshalve een voorstel daartoe te doen berust op kennisneming van het strafdossier en op eventuele voorgelegde proceswensen van betrokkenen. Dit geeft aan dat, ondanks dat de zaak nog niet inhoudelijk is behandeld, de rechter zich al een voorlopig inhoudelijk oordeel heeft gevormd.⁵ De rechter is niet verplicht om in te stemmen met het voorstel tot mediation van het OM en/of de verdachte of de wensen van het slachtoffer hieromtrent in te willigen. Wel dient de rechter daartoe open te staan, want artikel 51h Sv schrijft voor dat de rechter mediation dient te bevorderen.⁶

Als wordt besloten tot (verkenning van de mogelijkheid van) mediation, wordt na afloop daarvan het onderzoek ter zitting hervat voor de inhoudelijke behandeling, met het daaraan verbonden oordeel over de bewezenverklaring en schuldvaststelling.⁷ De uitkomsten van de mediation staan hier in beginsel buiten, zij het dat het feit dat de verdachte instemt met mediation en verantwoordelijkheid neemt voor de hem verweten feiten van betekenis is voor de bewezenverklaring en de schuldvraag. Het feit dat mediation heeft plaatsgevonden, is op zichzelf echter onvoldoende voor een bewezenverklaring en toerekening van schuld. De mediation heeft dan ook vooral betekenis voor de straftoemettingsbeslissing, de vierde – en laatste – vraag van artikel 350 Sv. Bij een geslaagde mediation zijn verschillende uitkomsten mogelijk. De meest subsidiaire beslissing is die waarin de rechter naar aanleiding van de geslaagde mediation besluit tot toepassing van artikel 9a Wetboek van Strafrecht (Sr) (schuldigerverklaring zonder oplegging van straf en/of maatregel). In dat geval acht de rechter de in het kader van de mediation gemaakte afspraken een voldoende reactie. Volstaat dit niet, dan kan worden besloten tot een (deels) voorwaardelijke veroordeling, met als bijzondere voorwaarde uitvoering van de vaststellingsovereenkomst. En wanneer ook dat niet voldoende wordt geacht, volgt strafoplegging met inachtneming van de uitkomsten van de mediation.⁸

Het hierboven beschreven kader heeft voor- en nadelen. Het voordeel is dat de bestaande bevoegdheidsverdeling tussen de rechter en het OM intact blijft. Dat aan-

4 In de memories van toelichting bij de Innovatiewet Strafvordering wordt gesproken van het 'beslistelstelsel'; *Kamerstukken II 2020/21*, 35869, nr. 3, p. 78; *Kamerstukken I 2021/22*, 35689, C, p. 12.

5 Dergelijke voorlopige oordelen zijn niet ongebruikelijk in de Nederlandse strafrechtspraktijk, denk bijvoorbeeld aan de besluitvorming over de voorlopige hechtenis.

6 Ook het OM is daartoe op grond van art. 51h Sv verplicht.

7 Deze positiebepaling is niet in overeenstemming met de Aanbeveling CM/REC (2018)8, de zogenoemde Venice Declaration, dat ook het slachtoffer recht geeft op mediation. Hierover: Aertsen, 2022.

8 Zie bijv. Rechtbank Noord-Holland 25 oktober 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9220, genoemd in Van der Wilt, 2021. Art. 51h Sv vormt de uitwerking van de in art. 10 Richtlijn 2012/29 neergelegde verplichting om te voorzien in het bevorderen van herstelrechtelijke voorzieningen in strafzaken.

dachtspunt bespreken we uitgebreid in paragraaf 3. Aan die bevoegdheidsverdeling kleeft in relatie tot mediation echter ook een bezwaar: de rechter kan enkel in de (slot)fase van de straftoemeting rekening houden met mediation. De wet gebiedt de rechter een eindbeslissing te nemen, ook wanneer hij meent dat de opportuniteit daarvan vanwege een geslaagde mediation is komen te vervallen.⁹

Daarnaast is de aan een veroordeling verbonden vorming van justitiële documentatie bezwaarlijk. Justitiële documentatie kan namelijk gevolgen hebben voor een toekomstige aanvraag voor een verklaring omtrent goed gedrag (hierna: VOG), wat haaks staat op de wens de zaak op subsidiaire wijze af te doen.¹⁰

3 Stand van (pilot)wetgeving

Al ruim voor de modernisering van strafvordering is vanuit de wetenschap en de rechtspraak gewezen op de betekenis van mediation voor de afdoening van strafzaken.¹¹ Claessen et al. pleitten daarbij voor de invoering van een eindezaakverklaring, zij het dat die op het inhoudelijke niveau van artikel 350 lid 4 Sv lag.¹² Inmiddels onderkent ook de wetgever de betekenis van mediation; of dat ‘echte liefde’ is dan wel een uit instrumentele overwegingen ingegeven noodzaak, is de vraag.¹³ Hoe dan ook, gegeven is dat mediation voet aan de grond krijgt in het Nederlands strafrechtelijk vertoog en dat daaraan uitwerking moet worden gegeven binnen wet- en/of regelgeving.¹⁴

Niet in alle gevallen vraagt dat om nieuwe regelgeving. Zo kan het OM een geslaagde mediation honoreren door te besluiten tot een voorwaardelijk sepot.¹⁵ In relatie tot de rechter ligt er wel een gereede aanleiding tot het opstellen van wetgeving en die is ingepast in de modernisering van de strafvordering. Omdat de wetgever een verkenning van de mogelijkheden wenselijk achtte,¹⁶ is gekozen voor pilotwetgeving: de Innovatiewet Strafvordering.¹⁷ Van belang is erop te wijzen dat de wetgever de

9 Kool, 2019.

10 Over de maatschappelijke gevolgen van justitiële documentatie: Van 't Zand-Kurtovic, 2017.

11 Voor een overzicht van de ontwikkelingen: Uitermark, 2022.

12 Claessen et al., 2018, p. 57-58. Zie ook: Crijns & Kool, 2017, zij pleitten voor invoering van een voorwaardelijke rechterlijk sepot.

13 Ook verdragsrechtelijke verplichtingen spelen hier een rol. De verplichting om mediation in te passen in het strafrechtelijk vertoog volgt inmiddels ook uit internationale en Europeesrechtelijke regelgeving; o.a. Aertsen, 2022.

14 We zijn ons bewust van het debat over de wenselijkheid van zo'n wettelijke inbedding, maar nemen dat als uitgangspunt. Zie over deze kwestie de bijdragen van Gade, Chapman, Aertsen, Geraets, Ten Voorde en Van Stokkom in dit nummer.

15 Overigens kan het ook gaan om vormvrije, dus niet in een vaststellingsovereenkomst neergelegde afspraken; *Kamerstukken II 2020/21*, 35869, nr. 3, p. 78; Claessen et al., 2018, p. 57-58; Claessen & De Roos, 2019.

16 Oorspronkelijk wilde de minister meerdere opties openhouden en via pilotwetgeving verkennen welke regeling het beste zou aansluiten bij de bestaande grondslagen van de Nederlandse strafvordering en daarop gebaseerde praktijken. Nieuwe modaliteiten werden niet uitgesloten (*Kamerstukken II 2021/22*, 35869, nr. 3, par. 3.5).

17 De Innovatiewet Strafvordering trad op 1 oktober 2022 in werking; *Stbl. 2022*, 276.

definitie van ‘geslaagde mediation’ niet beperkt tot trajecten waarbij een vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 Burgerlijk Wetboek) is opgesteld. De definitie van mediation gegeven in artikel 571 Sv-Innovatiewet Strafvordering spreekt dan ook van het in een overeenkomst *kunnen* vastleggen van afspraken.¹⁸

Uitgangspunt van de pilotwetgeving is dat de bestaande bevoegdheidsverdeling tussen de rechter en het OM behouden moet blijven, inclusief het vervolgingsmonopolie. Om die redenen werd in de consultatieronde voor de gemoderniseerde strafvordering gekozen voor de invoering van een (herstelbare) no-OM.¹⁹ Herstelbaar, omdat de verwijzing naar mediation niet de finale beslissing hoeft te zijn: na afloop van de mediation zou de rechter – met instemming van het OM en de verdediging – kunnen besluiten dat (ondanks de succesvol verlopen mediation) niet kan worden volstaan met mediation, waarmee het vervolgingsrecht herleeft.²⁰ Voor de gevallen waarin de mediation niet slaagt of anderszins een inhoudelijke afdoening noodzakelijk is, zou de no-OM dienen te vervallen.

De door Claessen et al. voorgestelde eindezaakverklaring wees de wetgever af. Dit zou een ‘inbreuk op het gesloten beslisstelsel’ betekenen en de indruk wekken dat mediation via de rechter een ‘volwaardig alternatief’ voor een rechtszaak zou kunnen vormen.²¹ Ook het onbekende aantal zaken waarin zo’n eindezaakverklaring als afdoeningsvorm nuttig zou kunnen zijn en de belasting van de rechtspraak werden als tegenargumenten genoemd. Bij een voorwaardelijke veroordeling zou het toezicht op de naleving van de afspraken uit hoofde van de mediation namelijk een te zware belasting voor de rechtspraak vormen.²² Dit toezicht op naleving van de voorwaarden zou in handen moeten liggen van de rechter. Dat lijkt op het eerste gezicht opmerkelijk, omdat het toezicht op naleving van de voorwaarden in het kader van een voorwaardelijke veroordeling (dus anders dan uit mediation) in handen ligt van het OM.²³ Echter, bij mediation gaat het om een voorlopige beslissing van de rechter; diens eindbeslissing wordt opgeschort in afwachting van de media-

18 Dit in tegenstelling tot het geldende recht (art. 51h lid 2 Sv) dat uitgaat van een ‘overeenkomst’ waar vervolgens in de strafoplegging rekening mee moet worden gehouden.

19 Art. 348 Sv geeft de rechter de bevoegdheid om het OM de bevoegdheid tot vervolging te ontzeggen (niet-ontvankelijkheid). Zo’n beslissing wordt slechts bij hoge uitzondering genomen wanneer het OM (of de onder zijn verantwoordelijkheid staande politie) ernstig onrechtmatig heeft gehandeld (bijv. misbruik van bevoegdheden of handelen in strijd met de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde).

20 *Kamerstukken II 2020/21*, 35869, nr. 3, p. 70-71. Het voorstel zag enkel op afgeronde mediations en niet op situaties waarin mediation ná aanvang van het onderzoek ter zitting plaatsvindt; *Kamerstukken II 2020/21*, 35869, nr. 3, p. 14 en 15-16.

21 *Kamerstukken II 2020/21*, 35869, nr. 3, p. 76.

22 *Kamerstukken II 2020/21*, 35869, nr. 3, p. 76. Overigens wordt wat betreft de werklast van de pilot het aantal zaken op daadwerkelijk 100 per jaar geraamd; *Kamerstukken II 2020/21*, 35869, nr. 6, p. 20.

23 Bij niet-naleving van de voorwaarden kan het OM besluiten de zaak aanhangig te maken bij de rechter om alsnog de executie te vorderen van de opgelegde vrijheidsstraf en/of maatregelen.

tion. De wetgever vond het om die reden aangewezen het toezicht op naleving van de mediation bij de rechter te laten.²⁴

De voorgestelde (herstelbare) no-OM stuitte echter op kritiek van de Tweede Kamer.²⁵ Per amendement werd de voorgestelde no-OM alsnog vervangen door een eindezaakverklaring.²⁶ De bezwaren golden met name de terminologie;²⁷ een no-OM na geslaagde mediation zou connotaties oproepen met de reguliere niet-ontvankelijkheid van het OM uit artikel 348 Sv, die geldt als ‘tik op de vingers’ na niet-behoorlijk bestuurlijk handelen. De minister gaf gehoor aan het amendement en koos voor invoering van een eindezaakverklaring. Benadrukt werd dat deze rechtsfiguur wat betreft de rechtsgevolgen een vergelijkbare werking zal hebben als de in de consultatieronde voorgestelde no-OM; het betreft een formele einduitspraak ex artikel 348 Sv.²⁸ Daardoor geldt ook voor de eindezaakverklaring de op grond van artikel 349 lid 1 jo. 358 lid 1 Sv voorgeschreven motiveringsplicht.

In vervolg hierop werd de pilot ‘Rechterlijke uitspraak na geslaagde herstelbemiddeling’ opgestart.²⁹ Daarbinnen wordt geëxperimenteerd met de door de rechter uit te spreken (voorwaardelijke) eindezaakverklaring.³⁰ Artikel 572 Sv-Innovatiewet Strafvordering luidt daartoe als volgt:

‘1. Na aanvang van het onderzoek ter terechtzitting kan de rechtbank, ambtshalve of op vordering van de officier van justitie, onderzoeken of de zaak in aanmerking komt voor mediation.³¹

24 In het voorstel van Claessen et al. is het toezicht op naleving van eventuele afspraken uit hoofde van de mediation dan ook belegd bij het OM, die daartoe opdracht kan geven aan de reclassering of een andere maatschappelijke instelling (Claessen et al., 2018, p. 15).

25 *Kamerstukken II 2021/22*, 35869, nr. 26, p. 14.

26 *Kamerstukken II 2021/22*, 35869, nr. 17. Het gaat hier niet om de eindezaakverklaring zoals geïntroduceerd in het eerdergenoemde burgerinitiatiefwetsvoorstel van Claessen et al., 2018; dat betrof een eindezaakverklaring op het niveau van art. 350 Sv.

27 Die suggestie wordt gewekt in het amendement waarin werd voorgesteld de no-OM te wijzigen in een eindezaakverklaring: ‘De indieners van dit amendement zouden, wanneer sprake is van een geslaagde mediation liever niet zien dat er wordt gesproken in termen van ‘niet-ontvankelijkheid’ (*Kamerstukken II 2021/22*, 35869, nr. 16, p. 2). Zie ook Van der Wilt, 2022, p. 2.

28 *Kamerstukken II 2021/22*, 35869, nr. 17, p. 2; *Kamerstukken I 2021/22*, C, p. 12. Dit wordt ook wettelijk vastgelegd, doordat art. 573 lid 3 van de pilotwetgeving stelt dat de artikelen uit het Wetboek van Strafvordering die betrekking hebben op de ontvankelijkheid van het OM ook op de eindezaakverklaring van toepassing zijn. Gesproken wordt van een gelijkstellingsbepaling.

29 De pilot zou hebben moeten aanvangen in het eerste kwartaal van 2022, maar dat aanvangsmoment is niet gehaald. In juni 2022 kondigde de minister aan te verwachten dat bij indiening van de vaststellingswet voor de nieuwe Boeken 1 t/m 6, de pilots al enige maanden operationeel zouden zijn. De daaropvolgende evaluatie (oorspronkelijk gepland voor 2023) zou niet hoeven te leiden tot vertraging, omdat wijzigingen kunnen worden doorgevoerd via een aanvullingswet (*Kamerstukken II 2020/21*, 35869, nr. 6, par. 5.1; *Kamerstukken I 2021/22*, C, p. 4-5).

30 Toepassingen van mediation in buitengerechtelijke afdoeningen zijn daarmee niet uit beeld, maar vallen niet onder de pilotwetgeving; die beperkt zich tot de positie van de rechter in relatie tot mediation. Zie ook de bijdrage van De Vries in dit nummer.

31 Zo’n terugwijziging mag ook wanneer mediation in de voorfase heeft plaatsgevonden, maar er niet-temin werd gedagvaard; *Kamerstukken II 2020/21*, 35869, nr. 3, p. 77.

Prisca Sijtsma & Renée Kool

2. Bij het onderzoek, bedoeld in het eerste lid, hoort de rechtbank de officier van justitie, de verdachte, het slachtoffer en de benadeelde partij, die op de terechtzitting aanwezig zijn.
3. Indien de rechtbank van oordeel is dat de zaak in aanmerking komt voor mediation beveelt zij de schorsing van het onderzoek overeenkomstig artikel 281 en bepaalt zij een termijn waarbinnen mediation wordt beproefd.’

In artikel 573 lid 2 Sv-Innovatiewet Strafvordering volgt de uitwerking van de beslissingen die de rechter kan nemen nadat het onderzoek ter zitting wordt hervat:

‘2. Indien de mediation tot een positieve uitkomst heeft geleid en de rechtbank van oordeel is dat de zaak zonder verdere inhoudelijke behandeling kan worden beëindigd, kan zij verklaren dat de zaak is geëindigd, tenzij de officier van justitie voortzetting van het onderzoek vordert of de verdachte of diens raadsman voortzetting van het onderzoek verzoekt. De rechtbank kan aan de verklaring dat de zaak is geëindigd bepaalde voorwaarden verbinden en stelt daarbij een termijn waarbinnen aan de voorwaarden moet worden voldaan. Onder die voorwaarden worden steeds de bij de mediation gemaakte afspraken opgenomen.’³²

In deze constructie blijft de bestaande bevoegdheidsverdeling tussen het OM en de rechter intact. Niet alleen heeft de rechter instemming van het OM nodig om te mogen verwijzen naar het mediationbureau, ook wanneer dat traject positief verloopt, blijft de rechter wat betreft de vervolging gebonden aan het oordeel van het OM. Ook na een geslaagde mediation kan het OM voortzetting van het onderzoek ter zitting vorderen en zo een eindezaakverklaring voorkomen. Wanneer een mediationstraject succesvol is afgerond, zal het OM dus op basis van deze nieuwe omstandigheden opnieuw de opportuniteit van de dagvaardingsbeslissing moeten toetsen.³³

Maar er is meer, want de rechter mag ook geen eindezaakverklaring uitspreken zonder instemming van de verdediging. De gedachte hierachter is gelegen in de toepassing van de beginselen van een eerlijk proces en meer specifiek het *equality of arms*-beginsel dat is neergelegd in artikel 6 EVRM.³⁴ De verdediging moet de mogelijkheid behouden om ook na een geslaagde mediation voortzetting van het onderzoek te vragen om te kunnen pleiten voor ontslag van alle rechtsvervolging of vrijspraak.

Voorts acht de wetgever, bij het bespreken ter zitting van de uitkomsten van het mediationstraject, de aanwezigheid van de bij de mediation betrokken deelnemers wenselijk, dus het slachtoffer en de verdachte. Dat betreft echter geen verplicht-

32 *Kamerstukken II 2020/21*, 35869, nr. 6, par. 3.2.2 (Plan van aanpak Pilot Mediation Innovatiewet strafvordering); *Kamerstukken I 2021/22*, 35869, A. Voor een schematische weergave van het proces: *Kamerstukken II 2020/21*, 35869, nr. 9, p. 106-111.

33 *Kamerstukken II 2021/22*, 35869, nr. 3, p. 72.

34 *Kamerstukken II 2021/22*, 35869, nr. 3, p. 72.

ting.³⁵ De wetgever lijkt hier te worden geleid door de wens het strafproces en de daaraan verbonden besluitvorming richting de verdachte en het slachtoffer transparant te houden.

4 Doorbreking van de bevoegdheidsverdeling?

Duidelijk is dat de minister met de keuze voor de no-OM het vervolgingsrecht en het recht op een eerlijk proces heeft willen respecteren. De via een amendement geaccepteerde wisseling van de no-OM naar een eindezaakverklaring lijkt die gedachte te onderschrijven. Het zou immers slechts een ‘terminologische kwestie’ betreffen.

Die opzet is volgens ons niet geheel geslaagd, want de eindezaakverklaring vertegenwoordigt, anders dan de door de minister voorgestelde no-OM, wel degelijk een inhoudelijk rechterlijk oordeel over de opportuniteit van de door het OM genomen beslissing om te dagvaarden. Het betreft weliswaar een ‘geclausuleerde doorbreking’, want het OM en – uit anderen hoofde – de verdediging hebben het laatste woord inzake de wenselijkheid van een volledige inhoudelijke behandeling van de zaak. Niettemin manifesteert de rechter zich via de eindzaakverklaring als (kritisch) adviseur op een terrein dat traditioneel aan het OM toebehoort: de vervolgingsbeslissing.

De wens tot een meer inhoudelijke bemoeienis klonk ook duidelijk door in het aanvullend advies van de Raad voor de rechtspraak (hierna: Raad) op de door de minister voorgestelde no-OM, voorgelegd in de consultatieronde. In de woorden van de Raad geeft die rechtsfiguur de rechter:

‘geen heldere rol als toetsers, verlof verlener of als (finale beslisser) maar uitsluitend als verwijnsinstantie voor mediation. De gemarginaliseerde rol die de rechter krijgt toebedeeld als gevolg van deze “innovatie” past in het geheel niet bij de rechtsprekende en beslissende positie van de rechter in het publieke domein, alsook bij zijn taken als conflictoplosser en toetsers of aan de beginselen van een behoorlijke procesorde is voldaan.’

De Raad wenste, met andere woorden, (meer) zeggenschap te behouden voor de rechter over de door het OM aan de rechter voorgelegde zaken. Deze wens past in de huidige tendens naar (meer) responsieve, ofwel maatschappelijk effectieve rechtspraak (MER).³⁶ Met zijn pleidooi om meer handelingsruimte zegt de Raad overigens niet dat de bevoegdheidsverdeling die is uitgewerkt via het vervolgingsmonopolie en het beslisstelsel van artikel 348-350 Sv op de schop zou moeten. Wat wordt bepleit, is om de rechter de bevoegdheid te geven een ‘kritische vingervij-

35 Anders: Claessen et al., 2018, p. 15; art. VI lid 5 voorstel van wet schrijft voor dat de officier van justitie, het slachtoffer en de verdachte gehoord moeten worden.

36 Over MER is al veel geschreven; we gaan er daarom niet verder op in. Opgemerkt moet echter worden dat deze ontwikkeling niet onverdeeld positief is ontvangen binnen de rechtspraak; zie o.a. het themanummer van *Rechtstreeks* 2022(3).

zing' te geven aan het OM met betrekking tot de afdoeningsbeslissing (dagvaarden) en de (voorgenomen) strafvordering.

Dát de rechter er veel aan gelegen is om meer zeggenschap te behouden over aan hem voorgelegde zaken, wordt duidelijk uit de bezwaren tegen de no-OM die zijn geformuleerd door de Raad. Het uitspreken van een no-OM impliceert immers dat de rechter van oordeel is dat vervolging niet opportuun is, althans dat de mogelijkheid van mediation moet worden verkend. Bij het geven van een no-OM zou het OM deze rechterlijke aanwijzing echter kunnen negeren en de zaak buitengerechtelijk afdoen. Dat ontnemt de rechter de mogelijkheid om, zoals de wet hem opdraagt, inhoudelijk te besluiten over aan hem voorgelegde zaken.

Nu kan men ons tegenwerpen dat de no-OM een formele beslissing is, dus dat de rechter zichzelf als inhoudelijk beoordelaar de pas afsnijdt door een no-OM uit te spreken. Maar hier manifesteert zich het *inhoudelijke* karakter van de rechterlijke beslissing om mediation te willen verkennen en zo mogelijk uit te doen voeren. Het gaat in het stadium van berechting niet meer over de opportuniteit van de vervolgingsbeslissing als zodanig, maar tot welk rechterlijk eindoordeel de rechter moet komen. De mediation moet in dat inhoudelijke verband worden begrepen en vormt als het ware een aanvulling op de in het strafdossier neergelegde informatie, waarin de rechter een aanwijzing ziet om mediation voor te stellen. Inzet is te komen tot een beslissing die, met inachtneming van het algemene belang, recht doet aan de subsidiariteit.³⁷ In het meest verstrekkende scenario zou dat betekenen dat een eindezaakverklaring op het niveau van artikel 350 lid 4 Sv wenselijk zou zijn, zoals dat is voorgesteld door Claessen en anderen.³⁸ Dat laatste scenario roept vragen op, want Claessen et al. stellen niet de voorwaarde dat zo'n inhoudelijke eindezaakverklaring instemming behoeft van het OM en/of de verdachte.³⁹ Maar ook hier is de rechter niet verplicht tot het nemen van zo'n beslissing.⁴⁰

Dat zou betekenen dat de rechter op eigen gezag de vervolgingsbeslissing zou herroepen, een beslissing die van een andere orde is dan de toepassing van artikel 9a Sr. Dat laatste bevat een zelfstandig rechterlijk oordeel over de strafwaardigheid van het bewezenverklaarde handelen en de strafrechtelijke aansprakelijkheid daarvoor van de dader. Niet uitgesloten ook is dat daaronder een oordeel schuilgaat over de opportuniteit van de door het OM ingestelde vervolging, maar in de kern valt de veroordeling zonder oplegging van straf of maatregel binnen de straftoemting. En daarin wordt de rechter een zekere vrijheid gelaten.⁴¹

37 Zie *Kamerstukken II 2020/21*, 35896, nr. 3, p. 22 waar staat vermeld dat de pilot uitsluitel moeten bieden op de vraag of het publieke belang van de strafvervolging voldoende wordt gewaarborgd bij toepassing van mediation. Ook: Kool, 2019.

38 Claessen et al., 2018; Claessen & De Roos, 2019; Claessen & Slump, 2022; Claessen, 2022.

39 Claessen et al., 2018, p. 14 en 56.

40 Anders: J.A.A.C. Claessen & G.J. Slump, De invoering van de voorwaardelijke eindezaakverklaring als mogelijke einduitspraak in het kader van mediation in strafzaken. *Tijdschrift voor Herstelrecht*, 22(1), 94-99.

41 Zie ook: Claessen et al., 2018, p. 56.

Kortom, de eindezaakverklaring zoals die is neergelegd in de Innovatiewet Strafvordering berust op de inhoudelijke inschatting van de rechter dat een meer subsidiaire afdoening vraagt om een verkenning van de ruimte voor communicatie tussen de verdachte en het slachtoffer en de daaruit volgende afspraken. In dat oordeel ligt de bereidheid besloten om deze afspraken mee te wegen in de eindbeslissing. Er is derhalve sprake van een voorlopig inhoudelijk oordeel van de rechter, maar (nog) niet van een ‘finaal’ oordeel als bedoeld in artikel 350 lid 4 Sv.

Deze aan de rechter geboden ruimte om ‘mee te denken’ sluit aan op de bestaande wet en jurisprudentie die de rechter al mogelijkheden geven tot het doen van een inhoudelijke toets op de vervolgingsbeslissing. Volgens de Hoge Raad mag de ontvankelijkheidstoets van artikel 348 Sv namelijk ten volle worden getoetst aan de beginselen van een goede procesorde, met dien verstande dat de beleidsvrijheid van het OM (voortkomende uit het opportuniteitsbeginsel) hierbij gerespecteerd dient te worden.⁴² Dit bevestigt dat de rechter geen zelfstandig oordeel mag vellen over de opportuniteit van de vervolging en zijn oordeel in de plaats stelt van dat van het OM.⁴³ Het vereiste van instemming van het OM neergelegd in artikel 573 lid 2 Sv-Innovatiewet Strafvordering is daarmee in overeenstemming en respecteert de bevoegdheidsverdeling.

Andersom geredeneerd is dat ook zo, want artikel 572 en 573 Sv-Innovatiewet Strafvordering verplicht de rechter er niet toe een voorstel tot mediation van het OM of de verdachte op te volgen.⁴⁴ Ter illustratie wijzen we op een uitspraak, genoemd door Van der Wilt in zijn recente bespreking van de rechtspraak over mediation in strafzaken.⁴⁵ Het betreft een zaak van een zwaar verkeersongeval, waarin de raadsman had betoogd dat geen vervolging meer mocht plaatsvinden, omdat een geslaagde mediation had plaatsgevonden. De rechter verwierp dit betoog en noemt daarbij allereerst als argument dat duidelijk was gebleken dat de officier van justitie de mediationuitkomst had betrokken in haar vervolgingsbeslissing en daarin dus zorgvuldig had gehandeld. Opvallend is dat de rechter vervolgens overgaat tot een (marginale) toets van de opportuniteit van de vervolging, alvorens te concluderen dat de officier in redelijkheid tot de vervolgingsbeslissing kon komen.

Van der Wilt maakt hier een vergelijking met de toets van artikel 12 Sv, maar die gaat volgens ons niet op. De beklagprocedure vormt immers een uitzondering op het vervolgingsmonopolie en omvat daarom een volle toets. Bovendien berust dit inhoudelijk oordeel op een verzoek daartoe van een rechthebbende, veelal het

42 HR 13 januari 1998, *NJ* 1998, 407.

43 Duker, 2010. Een eventueel opportuniteitsoordeel kan volgens Duker enkel liggen in de taak die de rechter heeft in het beschermen van de verdachte tegen willekeurige vervolging. Voor een dergelijke toets dient echter sprake te zijn van bepaalde aanvullende bijzondere omstandigheden en kan de rechter haar oordeel niet baseren op ‘een oordeel over de enkele ernst of aard van het strafbare feit, de enkele ernst en aard van het verwijt of de enkele keuze bepaalde feiten wel en soortgelijke feiten niet te vervolgen’ (p. 240). Zie ook: Buruma, 2015.

44 Claessen et al., 2018, p. 56.

45 Van der Wilt, 2021, p. 14, verwijzend naar Rechtbank Noord-Holland 25 oktober 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9220.

slachtoffer.⁴⁶ De in de mediation voorliggende ambtshalve rechterlijke toets toont eerder gelijkenis met het opkomende fenomeen van de procesafspraken waarbij het OM en de verdediging op basis van wederkerigheid afspraken hebben gemaakt over het verloop van de strafprocedure en/of de afdoening van de strafzaak. In een recent arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat deze toelaatbaar zijn, maar geen afbreuk kunnen doen aan de zelfstandige positie van de rechter.⁴⁷

Terugkomende op de bevoegdheidsverdeling en de positie van de rechter ten aanzien van mediation is er nog een scenario dat bespreking behoeft. Het kan immers zo zijn dat na de dagvaardingsbeslissing, maar nog voor de aanvang van het onderzoek ter zitting, mediation plaatsvindt. Het OM kan dan ook zelf tot de conclusie komen dat vervolging niet meer opportuun is. Dan kan het OM ambtshalve beslissen geen voortzetting van het onderzoek te vorderen; intrekking van de dagvaarding is echter niet mogelijk (art. 266 Sv). De rechter kan desondanks oordelen dat de zaak inhoudelijk moet worden behandeld.

Op het eerste gezicht zou het in het licht van de subsidiariteit wenselijk zijn dat de rechter in een dergelijk geval gehouden is het OM te volgen in zijn oordeel en de zaak formeel ten einde te verklaren. Dan wordt er echter onterecht van uitgegaan dat het besluit van de rechter om de zaak verder inhoudelijk te behandelen enkel gelegen kan zijn in de mediationuitkomst (vanwege de kwaliteit van de mediation dan wel de noodzaak tot verdere strafoplegging). De beslissing om de zaak inhoudelijk te behandelen kan echter berusten op de ambtshalve inschatting dat een ontslag van alle rechtsvervolging of vrijspraak zal volgen. In dat geval ontvalt de grondslag aan de mediation; er is immers geen sprake meer van enige door de verdachte aan te rekenen strafrechtelijke verantwoordelijkheid.⁴⁸ Hier zal de inbreng van de verdediging een rol van betekenis spelen.

Mocht echter – anders dan door het OM gevorderd – strafoplegging volgen, dan zal de rechter op grond van artikel 574 Sv-Innovatiewet Strafvordering een nadere motivering moeten geven.⁴⁹ De achterliggende gedachte is dat dit bijdraagt aan conflictpreventie: door uit te leggen waarom niet kan worden volstaan met mediation wint het rechterlijk oordeel (theoretisch) aan gezag.⁵⁰ Daartegenover staat dat

46 Ook een de slachtofferbelangen representerende belangenorganisatie of de verdachte mag een beklagprocedure starten.

47 HR 27 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1252. Een soortgelijke motivering geldt bij toepassing van art. 9a Sr (art. 359 lid 4 Sv) resp. toepassing van strafvermindering (art. 44a Sr).

48 Claessen & De Roos, 2019.

49 In dit licht is het opmerkelijk te noemen dat de invoering van een no-OM door de wetgever werd beargumenteerd met de stelling dat de zaak (nog) niet 'rijp' zou zijn voor behandeling door de rechter. Of een zaak zich leent voor vervolging, is binnen de bestaande bevoegdheidsverdeling waar de wetgever aan vast wil houden immers aan het OM (*Kamerstukken II 2020/21*, 35869, nr. 3, p. 73).

50 *Kamerstukken II 2020/21*, 35869, nr. 3, p. 79. Zie ook: Claessens et al., 2018, p. 56. De door Claessen et al. beoogde motiveringsplicht is echter van andere aard dan die welke is voorgeschreven voor eindezaakverklaring ex art. 573 lid 4 Sv. Daar gaat het om een formele motivering op de voet van art. 348 Sv en niet om een meer inhoudelijk verslag van overwegingen als beoogd door Claessen et al., 2018.

dergelijke ‘verplichte’ motiveringen veelal weinigzeggend zullen zijn en worden ervaren als beknotting van de rechterlijke handelingsvrijheid.⁵¹

Tegen deze achtergrond van het legitimeren van rechterlijke uitspraken pleitten Claessen et al. ervoor het slachtoffer het recht te geven om een eindezaakverklaring te verzoeken.⁵² Dit laatste moet worden begrepen uit de door Claessen en anderen benadrukte subsidiariteit van de strafrechtelijke afdoening. De achterliggende gedachte is dat de direct betrokkenen bij een geslaagde mediation (enige) ‘zeggenschap’ toekomt over de afdoening van het strafbare feit en dat mediation derhalve rechtsgevolgen dient te hebben.⁵³ Hoewel de achterliggende gedachte onze sympathie heeft, zijn we daar geen voorstander van gelet op de status van het slachtoffer als procesdeelnemer. Bovendien is het slachtoffer vrij om een dergelijke wens schriftelijk bekend te maken aan de rechter en het OM.

5 Afronding

Duidelijk is dat er dringend behoefte is aan een wettelijk kader betreffende mediation in strafzaken. Het was, zoals Uitermark schrijft, een ‘lange, maar geslaagde weg’ om de wetgever te doordringen van de betekenis van mediation.⁵⁴ Het inzicht dat de bestuurlijke, op efficiëntie gerichte aanpak die opgeld doet sinds het einde van de twintigste eeuw afbreuk doet aan burgerschapsrelaties en gemeenschapsverbanden, wint aan terrein. Tegelijkertijd is het moeilijk het tij te keren in een tijdsperiode die zich kenmerkt door angstdenken en individualisering.⁵⁵ Het daarmee gepaard gaande ‘grote’, ongedifferentieerde appel op veiligheid via strafrechtelijke bescherming lijkt haaks te staan op het ‘kleine’ en op het individu gerichte profiel van mediation. Maar schijn bedriegt, want juist mediation biedt mogelijkheden tot het versterken van relationele en sociale verbanden, van te ervaren maatschappelijke veiligheid dus.⁵⁶ Vanuit zijn taakstelling zou het aan het OM zijn deze handschoen op te pakken en zorg te dragen voor een uitbouw van mediation, opdat ernst wordt gemaakt met de aan strafrechtelijke afdoening te verbinden subsidiariteit. Waar dat niet lukt, is de rechter echter een goede achtervang, en zou ook hij speelruimte moeten krijgen om terrein te winnen voor mediation in strafzaken. Zeker ook omdat mediation op casusniveau een proces is en tijd nodig heeft, ook voor de verkenning van de mogelijkheid daartoe. Die tijd is in de gestroomlijnde

51 Zie in dit verband ook de bezwaren tegen het eerdere voornemen om het in art. 51e Sv neergelegde spreekrecht te verbinden aan een rechterlijke motiveringsplicht.

52 Dat zo’n verzoek niet ondenkbaar is, leert de recente strafzaak tegen de vrachtwagenchauffeur die een dodelijk ongeluk veroorzaakte. Het slachtoffer, dat zelf onherstelbare lichamelijk schade opliep en bovendien zijn zus verloor, vroeg de rechter om toepassing van art. 9a Sr (Rb. Midden-Nederland 5 januari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:18).

53 Claessen et al., 2018, p. 56: ‘Met deze bepaling (art. VI voorstel van wet- PS & RK) wordt nagestreefd de consensus dan wel aanvaarding wat betreft de sanctieoplegging zo groot mogelijk te maken bij partijen.’

54 Uitermark, 2022.

55 Zie Boutellier, 2019.

56 Schuilenburg, 2020.

de strafrechtelijke afdoening niet altijd te vinden; althans de noodzaak tot het maken van een pas op de plaats wordt niet steeds opgemerkt. Dan kan het goed zijn dat de rechter het tijdsnog kan keren, dus het OM kan wijzen op de mogelijkheid de strafzaak op meer subsidiaire wijze af te doen. De pilotwetgeving biedt volgens ons ruimte daartoe, zij het dat de wetgever zou moeten erkennen dat de rechterlijke bemoeienis een inhoudelijke is en moet zijn. Tegelijkertijd zijn we ons ervan bewust dat het strafrecht uit haar aard beperkingen kent en de toepassing ervan op een voldoende machtskritische wijze moet plaatsvinden, ook wanneer het gaat om lichtere strafzaken. De kwalificatie van het handelen als strafbaar feit maakt dat er een publiekrechtelijk verwijt gaat spelen, met een daaraan verbonden reactie jegens de dader. Die reactie vindt zijn grondslag onzes inziens in de vergelding,⁵⁷ maar zou qua vorm en inhoud omgevormd moeten worden om recht te kunnen doen aan het herstel van het slachtoffer en de resocialisatie van de dader. Zeker, de inbedding van het herstelrecht in het strafrechtelijk vertoog brengt risico's mee, maar ook kansen. En de eindezaakverklaring representeert volgens ons zo'n kans; de afdoening van het strafbare feit wordt daarmee immers 'teruggelegd' op een niveau dat beter bantwoordt aan wat het algemeen belang, inclusief het slachtofferbelang en dat van de dader, vraagt.

Literatuur

- Aertsen, I. (2022). Venice Declaration on the Role of Restorative Justice in Criminal Matters. *Tijdschrift voor Herstelrecht*, 22(1), 85-87.
- Boutellier, H. (2019). Identitaire razernij. In B. van Stokkom (Red.), *Genoegdoening & redelijkheid* (pp. 15-29). Den Haag: Boom criminologie.
- Buruma, Y. (2015). Rechterlijke controle op de vervolgingsbeslissing. *Strafblad*, 45(4), 314-322.
- Claessen, J.A.A.C. (2022). *Herstelrecht. De kunst van een geëmancipeerde misdaadaanpak* (oratie UM). Den Haag: Boom juridisch.
- Claessen, J.A.A.C., Blad, J., Slump, G.J., Hoek, A. van, Wolthuis, A. & Roos, T. de (2018). *Voorstel van Wet strekkende tot de invoering van herstelrechtvoorzieningen in het Wetboek van Strafvordering, inclusief Memorie van Toelichting. Herzien versie*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers.
- Claessen, J.A.A.C. & Roos, Th.A. de (2019). *Reactie op consultatie inzake Innovatiewet Strafvordering*, 20 augustus 2019. Te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/innovatiewet/reactie/ad42b412-b8ac-4504-b703-2e31284b415a.
- Claessen, J. & Slump, G.J. (2022). De invoering van de voorwaardelijke eindezaakverklaring als mogelijke einduitspraak in het kader van mediation in strafzaken. *Tijdschrift voor Herstelrecht*, 22(91), 94-99.
- Crijns, J.H. & Kool, R.S.B. (2017). Afscheid van de klassieke strafrechtelijke procedure. In Nederlandse Juristen Vereniging, *Afscheid van de klassieke procedure* 9 (pp. 265-357). Deventer: Wolters.
- Duker, M. (2010). Toetsing van de opportuniteit door de zittingsrechter. *Trema*, (6), 238-243.

57 Kool, 2020.

- Kool, R. (2019). Subsidiair afdoen van strafzaken. Een pleidooi voor toetsing van de vervolgingsbeslissing door de rechter. In B. van Stokkom (Red.), *Genoegdoening & redelijkheid* (pp. 71-91). Den Haag: Boom criminologie.
- Kool, R. (2020). Constructieve vergelding revisted. *Tijdschrift voor Herstelrecht*, 22(4), 31-36.
- Schuilenburg, M. (2020). *Hysterie. Een cultuurdiagnose*. Amsterdam: Boom uitgevers Amsterdam.
- Uitermark, J. (2022). De lange maar geslaagde weg van mediation in strafzaken. *Rechtstreeks*, (3), 48-59.
- Uitslag, M. & Mazijk, T. van (2020). Mediation in Strafzaken. Een bewezen waardevolle aanvulling op de strafrechtpraktijk. *Tijdschrift Conflictantering*, 2020(4), p. 41-44.
- Wilt, C. van der (2021). Tien jaar mediation in de strafrechtelijke jurisprudentie. *Tijdschrift voor Herstelrecht*, 21(2), 8-28.
- Wilt, C. van der (2022). Naar het voortijdig beëindigen van een strafproces bij mediation, *Tijdschrift Conflictantering* 2022(41).
- Wilt, C. van der, Uitermark, J., Koster, E. & Leinarts, O. (2022). Rechterlijk werk maken van mediation in strafzaken. *Nederlands Juristenblad*, 2022(22), 1439.
- Zand-Kurtovic, E. van 't (2017). *Invisible bars*. Den Haag: Boom juridisch.