

# OVER HET HERSTEL (VAN HET) RECHT VOOR KINDEREN

Els DUMORTIER\*

Het herstelrecht voor kinderen is sinds een aantal jaren aan een ware opmars begonnen. Zo vindt de dader-slachtofferbemiddeling voor minderjarigen in steeds meer gerechtelijke arrondissementen plaats. De provincies Vlaams-Brabant en Limburg kennen elk hun Provinciaal Vereffeningsfonds.<sup>1</sup> Zelfs de exotische Family Group Conferences uit Nieuw-Zeeland hebben blijkbaar een vruchtbare bodem in het Vlaamse landschap ontdekt.<sup>2</sup> Op beleidsvlak ten slotte heeft prof. WALGRAVE, op vraag van de toenmalige Minister van Justitie DE CLERCK, een voorstel tot implementatie van het herstelrecht uitgewerkt (GEUDENS, SCHELKENS en WALGRAVE, 1997). Rekening houdende met de subsidiëring vanuit de overheid voor allerhande herstelrechtelijke initiatieven, ziet het er dus naar uit dat dit een belangrijke manier wordt om hun delinquent gedrag aan te pakken. De grote aantrekkingskracht van de 'nieuwe aanpak' lijkt tweeledig. Enerzijds wordt verwacht dat de dader en het slachtoffer zelf hun conflict oplossen, eventueel met de hulp van een bemiddelaar.<sup>3</sup> Vandaar ook dat de herstelprocedure soepel en informeel dient te verlopen (ZEHR, 1990; BRAITHWAITE, 2000; VAN GARSSE, 1999). Formalisme en het van bovenhand opleggen van regels zouden het participerende, helende en emanciperende karakter van het herstelproces verhinderen (MCCOLD, 1999, p. 27). Anderzijds streeft het herstelproces geen bestraffing na, maar beoogt het vooral het herstel van de materiële en immateriële schade van het slachtoffer en de responsabilisering van de jeugdige dader (GEUDENS, SCHELKENS en WALGRAVE, 1997; WALGRAVE, 1992; VAN GARSSE, 1997, 1999).

Bij deze erg aantrekkelijke uitgangspunten van het herstelrecht ontstaan echter dadelijk enkele knelpunten. De gewenste informaliteit en het daarmee samenhangende gebrek aan regels kunnen immers de handhaving van enkele rechtsbeschermende principes (zoals het legaliteitsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, de rechten van de verdediging, enz.) in het gedrang brengen (VAN NESS,

---

\* Juriste-criminologe, Vakgroep Criminologie, V.U.B.

1. Het Provinciaal Vereffeningsfonds betaalt een soort 'uurloon' voor elk uur dat een jongere 'vrijwillig' gaat werken in een 'sociale instelling' (STASSART, 1999). Eigenlijk komt dit neer op een 'betaalde' dienst ten bate van de gemeenschap. Het verdiende 'loon' wordt echter rechtstreeks ter beschikking gesteld van het slachtoffer door het Vereffeningsfonds.

2. Een Family Group Conference is in feite een informele samenkomst van dader en slachtoffer, elk ondersteund door familieleden en/of vrienden, begeleid door een bemiddelaar en in aanwezigheid van iemand van de politie, die dan ook bepaalde verantwoordelijkheden van het parket op zich neemt (WALGRAVE, 2000).

3. Sommige herstelverdedigers beweren, m.i. ten onrechte, dat herstelsancties opgelegd door een rechter via een *klassieke gerechtelijke procedure* eveneens het herstelrechtelijk paradigma vertegenwoordigen (BAZEMORE en WALGRAVE, 1999). In mijn (voorlopige) visie kenmerkt het herstelrecht zich echter net door een *specifiek herstelproces*, waarbij een actieve participatie van dader en slachtoffer verwacht wordt. De weg waarlangs het herstel van de schade bereikt wordt, is m.a.w. essentieel (VAN GARSSE, 1999, p. 129). Ik hanteer de term 'herstelrecht' dan ook in deze betekenis.

1999). Tevens leidt het gebrek aan duidelijkheid tot het ontstaan van allerhande praktijken die zichzelf herstelrechtelijk noemen, maar die in wezen allesbehalve herstelrechtelijk zijn (BRAITHWAITE, 2000, p. 2). Daarom rijst de vraag of de wens naar 'soepelheid' en informaliteit niet getemperd moet worden door de noodzaak aan formaliteit en duidelijke rechtsbeginselen. Om het ontluikende debat 'formaliteit vs. informaliteit' binnen het herstelrecht voor kinderen met de nodige achtergrondkennis te benaderen, tracht ik eerst een historische schets te maken van de implementatie van de kinderbescherming en de weerslag hiervan op de Verlichte strafrechtelijke concepten. Door het hedendaagse debat in een historische context te plaatsen, wordt immers duidelijk voor welke (grote) uitdagingen het herstelrecht voor kinderen staat. Dankzij het hanteren van een lange-termijnperspectief kan het vanzelfsprekende binnen het huidige debat terzelfder tijd aan evidentie verliezen.<sup>4</sup> Ten slotte wens ik in het laatste deel van deze bijdrage dieper in te gaan op enkele fundamentele rechts- en proceswaarborgen voor minderjarigen, die naar mijn aanvoelen een verdere uitdieping binnen het nieuwe herstelrecht behoeven.<sup>5</sup>

## 1. Formaliteit als beschermer van het individu in de 18e eeuw

In tegenstelling tot sommige hedendaagse herstelverdedigers associeerden de Verlichtingsdenkers het gebrek aan juridische regels allesbehalve met vrijheid en emancipatie. BECCARIA, een van de bekendste Verlichte grondleggers van het klassieke strafrecht, zet zich in zijn boek *Dei delitti e delle pene* (1764) met klem af tegen het Ancien Régime met zijn wrede straffen en zijn onregelmatigheden van de strafrechtelijke procedure. Volgens BECCARIA kunnen misbruiken van die aard alleen vermeden worden door de invoering van een formeel strafrecht, waarbij het recht van de soeverein om te straffen ondergeschikt wordt aan enkele belangrijke principes onbestaanbaar ten tijde van het Ancien Régime. Deze rechtsbeginselen zijn het legaliteits-,<sup>6</sup> het subsidiariteits-<sup>7</sup> en het proportionaliteitsbeginsel<sup>8</sup> (VAN DEN WYNGAERT, 1999). Daarnaast hecht BECCARIA veel belang aan de rechten van verdediging en het strafprocesrecht. De overheid mag niet zomaar iemand schuldig verklaren, maar dient zich te houden aan enkele duidelijk op voorhand bepaalde spelregels (BECCARIA, 1982).

---

4. Naar aanleiding van het momenteel lopende onderzoeksproject "'Stoute' en 'problematische' kinderen in de 20e eeuw: van object naar subject van rechten?" (VUB-Onderzoeksraad), wordt de beschermingspraktijk juist vanuit dit lange-termijnperspectief onderzocht.

5. Aangezien mijn onderzoek zich steeds heeft gericht op "De rechtspositie van de minderjarige in het (nieuwe) jeugdrecht" (FWO-onderzoek, 1997-2000, promotor Prof. Dr. C. ELIAERTS), bekijk ik de regeling van enkele fundamentele rechts- en proceswaarborgen binnen het herstelrecht enkel vanuit de invalshoek van de betrokken jeugdige verdachten/daders en niet vanuit die van het slachtoffer.

6. Volgens het legaliteitsbeginsel mogen alleen de wetten (het parlement dus) bepalen welke gedragingen strafbaar zijn en welke straffen daarop kunnen volgen ("nullum crimen, nulla poena, sine lege").

7. Volgens het subsidiariteitsbeginsel mag de overheid slechts die gedragingen strafbaar stellen waarvan de bestraffing echt noodzakelijk is om de maatschappelijke orde te herstellen.

8. Het proportionaliteitsbeginsel stelt dat de straf in verhouding moet staan tot de ernst van het misdrijf. Deze ernst hangt enerzijds af van de *schade* aangericht door het misdrijf en anderzijds van de *schuld* (verwijtbaarheid) van de dader.

BECCARIA tracht dus een evenwicht te vinden tussen wat tegenwoordig de *instrumentele of beleidsmatige* functies van het recht genoemd worden (*i.e.* het strafrecht als instrument om de maatschappelijke orde te handhaven en indien nodig te herstellen) en de *rechtsbeschermende of machtskritische* functies ervan (*i.e.* het (straf)recht als beschermer van het individu tegen excessen van anderen en de overheid) (FOQUÉ en 'T HART, 1990a, p. 200-203; FOQUÉ en 'T HART, 1990b, p. 91; GUTWIRTH, 1993, p. 338; DENKERS, 1976). Zo moet het legaliteitsbeginsel enerzijds het individu beschermen tegen een machtig staatsrechtelijk apparaat door de interventiemogelijkheden van de overheid duidelijk af te bakenen. Maar anderzijds draagt het beginsel van de legaliteit van de bestraffing, volgens BECCARIA, ook bij tot de handhaving van de maatschappelijke orde. Dankzij duidelijke wetten en duidelijke straffen, kan de rationele burger als het ware een pijn/genot-calculus maken en zo van het verboden handelen afgehouden worden (FOQUÉ en 'T HART, 1990b, p. 97). Met het proportionaliteitsbeginsel streeft BECCARIA opnieuw een dubbele doelstelling na. Aan de ene kant dient de straf vergeldend te zijn om de maatschappelijke orde te herstellen en om eenieder af te schrikken hetzelfde misdrijf te plegen (handhaving van de maatschappelijke orde dus). Maar aan de andere kant, begrenst de vergelding terzelfder tijd de zwaarte van de straf: meer straffen dan nodig, is geen vergelding meer, maar 'tirannie' (BECCARIA, 1982, p. 103). Het schuldconcept ten slotte snijdt eveneens langs twee kanten. Wanneer je schuldig bent, moet de straf volgen. Iedere burger moet tenminste weten dat (opgehelderde) misdrijven onder geen beding straffeloos blijven. Maar wanneer daarentegen de overheid er niet in slaagt de schuld van de verdachte te bewijzen, moet de vrijspraak volgen.

## 2. De 'uitholling' van het kinderrecht tijdens de 20e eeuw

In 1912 keurt de Belgische wetgever de Wet op de kindbescherming goed. Wie hoopt enkele belangrijke krijtlijnen van BECCARIA's leer terug te vinden in deze 'progressieve' wet, komt van een kale reis thuis. Met de implementatie van de kindbescherming komt het accent immers op de verbetering van het kind te liggen. Voor de eerste criminologen en de meerderheid van de politieke klasse is het duidelijk dat het miserabele milieu van de werkende, verpauperde of arme klasse dé voornaamste oorzaak is van het genereren van de *homo criminalis*. De kinderen in dit milieu worden niet alleen aanzien als de te redden onschuldige slachtoffers van de *misère* (child save movement), maar tevens, en vooral, als de toekomstige delinquente mensen. "*Il faut que des mesures préventives interviennent pour réformer les penchants vicieux alors qu'il est encore temps de les combattre*" (Minister van Justitie LEJEUNE in 1889, geciteerd door CHRISTIAENS, 1999, p. 303-304). Geruggensteund door de nieuwe strafrechtelijke doctrine van het sociaal verweer en de nodige 'wetenschappelijke' argumenten van criminologen, psychologen en pedagogen (CHRISTIAENS, 2000, p. 69), eigent de overheid zich dan ook het recht toe de maatschappij te beschermen tegen de (vermeende) wildgroei van homines criminales. Binnen het nieuwe systeem moet de overtreding van de wet door een kind niet langer als een strafbaar feit worden aanzien, maar wel als "*un symptôme de son état moral*". Als gevolg hiervan moet men het kind niet langer straffen maar wel "*lui appliquer un traitement qui*

*puisse avoir effet sur son individualité encore imprécise et malléable*” (Loi du 15 mai 1912 sur la protection de l’enfance, *Pasinomie*, 1912, p. 317, geciteerd door CHRISTIAENS, 1999, p. 312). De reactie van de overheid moet dus niet langer in verhouding staan tot de in het verleden gepleegde feiten en de schuld van het kind, maar wel toekomstgericht en in functie van *de verbetering en de wederaanpassing van het kind* zijn. Het proportionaliteitsbeginsel verliest hierdoor echter elke rechtsbeschermende betekenis.

Het oordeel des onderscheids – en de hiermee verbonden schuldvraag – blaast eveneens zijn laatste adem uit in 1912. Niet dat kinderen over geen oordeel des onderscheids kunnen beschikken, maar de kwestie is simpelweg irrelevant geworden (WEBER, 1996, p. 51; GUTWIRTH, 1993, p. 307). De relevante vraag behelst immers niet langer de *schuld* van het kind, maar wel de *gevaarlijkheid* van het kind voor de maatschappij. Om de neutralisering van het strafrechtelijk oordeel sluitend te maken, moet het moreel bestanddeel van het misdrijf (de schuldvraag) wel opzij geschoven worden. Minderjarigen plegen daarom vanaf 1912 geen misdrijven meer, maar slechts nog ‘als misdrijf omschreven feiten’. Er geldt voortaan een onweerlegbaar vermoeden van strafrechtelijke onverantwoordelijkheid voor kinderen tot 16 jaar, maar dan wel enkel in de strafrechtelijke zin van het woord. De fictie bestaat er immers in dat het kind niet langer strafbaar is, maar in de plaats van het straffen treedt wel de *behandeling* van het kind op de voorgrond. Door deze fictie wordt de rechtsbeschermende kracht van het schuldbegrip geneutraliseerd, want de overheid mag, naast de ‘schuldige’ delinquente kinderen, ook de ‘onschuldige’ delinquente kinderen *behandelen*. Zelfs de pre-delinquente kinderen (die ‘sociaal onaangepast gedrag’ vertonen) kunnen niet langer ontsnappen aan de nieuwe behandelingsdrang van de overheid. Ten slotte eigent de overheid zich ook het recht toe om kinderen te beschermen tegen hun ‘slechte’ ouders (ELIAERTS, 1999; CHRISTIAENS, 1999).

In de Wet van 1912 wordt ‘toch nog enigszins restrictief opgesomd’ wat bedoeld wordt met ‘sociaal onaangepast gedrag’ (BALLET, 1990, p. 158). Maar met de Wet van 1965 op de jeugdbescherming doet de “gevaarstoestand” zijn blijde intrede. De Gecoördineerde Decreten van 1990 inzake de Bijzondere Jeugdbijstand gaan nog een stap verder en voeren het begrip “problematische opvoedingssituatie” in. De vraag rijst natuurlijk waar dit laatste begrip nu in werkelijkheid op slaat en wanneer de overheid al dan niet mag optreden (GUTWIRTH, 1993, p. 309-310). De steeds breder en vager wordende interventiegronden reduceren het legaliteits- en het subsidiariteitsbeginsel aldus tot een absoluut minimum.

Bovendien onstaat door de wetswijzigingen van 1965 en 1990 een continuüm tussen vrijwilligheid en dwang, waarbij de grens tussen het gerechtelijke en het niet-gerechtelijke volledig vervaagt (GUTWIRTH, 1993). Vanaf 1965 – verder gezet met de Gecoördineerde Decreten van 1990 – staat de overheid immers, naast de ‘gedwongen’ (of gerechtelijke) hulpverlening, ook in voor de ‘vrijwillige’ hulpverlening. Het kind en/of de ouders kunnen ‘vrijwillig’ instemmen met de hulpverlening waardoor een gerechtelijke ingreep vermeden wordt. Hierdoor doen de betrokkenen evenwel terzelfder tijd ‘vrijwillig’ afstand van hun recht op ‘behoorlijke rechtsbedeling’ (zoals het recht op een openbaar en tegensprekelijk proces waarbij de rechten van verdediging gewaarborgd worden). Dat is als het ware de impliciete voorwaarde om te mogen *genieten* van de ‘vrijwillige’ hulp

en om het gerechtelijk stigma enigszins te vermijden. Terzelfder tijd kan de 'onwil' om 'vrijwillig' mee te werken steeds gesanctioneerd worden met een dwingend (misschien strenger?) optreden van de jeugdrechter. Elke vrijwillige tussenkomst beschikt immers telkens over een hardere *back-up* (GUTWIRTH, 1993, p. 316), waarbij de dwingende jeugdrechter fungeert als eindstation.

Om te weten wat nu precies de bescherming van het kind dient, wordt in 1912 een speciale en alleenzetelende rechter in het leven geroepen, die zowel het onderzoek naar de ware aard van de minderjarige leidt (onderzoeksrechter), als de uiteindelijke beschermingsmaatregel bepaalt (vonnisrechter). Om het vertrouwen van de kinderen te winnen en door te dringen tot "*le jardin secret de cette petite âme*" (CARTON DE WIART, geciteerd door WEBER, 1996, p. 151), krijgt de kinderrechter ingrijpende onderzoeksmogelijkheden (zoals de plaatsing in observatie) en moet hij op een informele manier (achter gesloten deuren!) met het kind kunnen omgaan (CHRISTIAENS, 1999). De fundamenten van het strafprocesrecht verdwijnen hierdoor echter eveneens in de coulissen.<sup>9</sup> Bovendien is de kinderrechter (vanaf 1965 de jeugdrechter) een uitvoeringsrechter die steeds de door hem opgelegde maatregelen kan herzien (verzwakken of verzwaren) of stopzetten.

Kortom, door de implementatie van het beschermingsmodel in 1912 wordt het recht herleid tot een instrument om de maatschappij te beschermen tegen (pre-)delinquente mensen en het kind tegen zijn 'slechte' ouders (*i.e.* de *instrumentele of beleidsmatige* functies van het recht). De klassieke strafrechtelijke proces- en rechtswaARBorgen van het kind (en zijn gezin) worden geneutraliseerd. FOQUÉ en T HART (1990(a) en (b)) spreken in die zin over de uitholling van het recht: de *rechtsbeschermende of machtskritische* functies van het recht (*i.c.* het kind en zijn gezin beschermen tegen interventies) gaan verloren en enkel de instrumentele functies blijven overeind. De uitbouw van het jeugdbeschermingssysteem tijdens de 20e eeuw heeft het juridische nog verder uitgehold ten bate van het veld van de welzijnszorg (GUTWIRTH, 1993, p. 316). Niet alleen in België, maar in verschillende westerse landen komt men tot de vaststelling dat de traditionele concepten van het klassieke strafrecht aan de kant worden gezet om de maatschappij preventief te beschermen én om tegemoet te komen aan de (vermeende) noden van het kind (PLATT, 1977; MUNCIE, 1999; FELD, 1999). Het steeds aangehaalde argument ter verdediging van deze uitholling komt grofweg neer op het feit dat het binnen de jeugdbescherming "*om heel andere dingen dan in het 'gewone' strafrecht*" gaat (PETERS, A.A.G., 1972, p. 10, geciteerd door GUTWIRTH, 1993, p. 314). Het kind wordt immers niet gestraft, maar 'beschermd' in zijn 'eigen belang'. Maar de vaststelling dat "*there may be grounds for concern that the child receives the worst of both worlds; he gets neither protections (proceswaARBorgen) accorded to adults, nor the solicitous care and regenerative treatment postulated for children*"<sup>10</sup>, is vrij vernietigend. De 'bescherming' van het (pre)delinquente kind vertoont immers, in de praktijk, verdacht veel gelijkenissen met het straffen van kinderen. Verschillende criminologen vragen zich dan

---

9. Vooral het miskennen van de rechten van verdediging en het instellen van een alleenzetelende rechter – en de daarmee gepaard gaande kans op partijdigheid – veroorzaken enkele incidenten tijdens de parlementaire discussies (WEBER, 1996, p. 152-153).

10. Kent vs. United States, 383 US 555 (1966); deze rechtspraak is een gevolg van het feit dat in de V.S. een toetsing van de jeugdbeschermingswetgeving aan de federale grondwet mogelijk is.

ook luidop af of het omtoveren van straffen tot beschermingsmaatregelen niet vooral een woordenspel is om de uitholling van het recht op een overtuigende (*sic*) manier te legitimeren (VAN DE KERCKHOVE, 1977; GUTWIRTH, 1993; CHRISTIAENS, 2000).

Vanaf de jaren '80 verplicht het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dan ook verschillende Europese lidstaten, waaronder België, de rechtspositie van de 'beschermd' minderjarige te verstevigen.<sup>11</sup> Kinderen zijn tenslotte – we zouden het soms vergeten – ook mensen en beschikken in die hoedanigheid over enkele fundamentele rechts- en proceswaarborgen zoals voorzien in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind onderlijnt in 1989 eveneens het belang van proces- en rechtswaarborgen voor kinderen (art. 12, 37 en 40). In tegenstelling tot het begin van de 20e eeuw lijkt het delinquente en problematische kind heden ten dage meer aanzien te worden als een subject (drager) van rechten in plaats van een louter object van recht (VERHELLEN, 1997; FREEMAN, 1997). Desalniettemin blijft hun rechtspositie precair in vergelijking met die van de volwassenen. Het legaliteits-, proportionaliteits- en gelijkheidsbeginsel bijvoorbeeld blijven zwak tot zelfs onbestaande voor kinderen. Hetzelfde geldt voor enkele fundamentele rechten van verdediging en een aantal beginselen van 'behoorlijke rechtsbedeling'. Anders gezegd, de emancipatorische evolutie naar een evenwaardige rechtspositie heeft haar einddoelen nog lang niet bereikt en is daardoor uiterst kwetsbaar. Daarom net rijst de vraag of het opnieuw invoeren van een veel belovend, doch *informeel* herstelrechtelijk systeem deze kwetsbare evolutie niet zal ondergraven (cf. FREEMAN, 1997, p. 5).

### 3. Implicaties voor het herstelrecht voor minderjarigen

Om niet in dezelfde valstrikken als het beschermingsmodel te trappen, mag het herstelrecht de rechtsbescherming van het kind niet uit het oog verliezen (DUMORTIER, 2000(b)). De goede bedoelingen en humane filosofieën die het herstelrecht omringen, volstaan niet om de nood aan rechtsbescherming en formaliteit teniet te doen. Alle momenteel bestaande herstelexperimenten t.a.v. kinderen hebben bovendien betrekking op de invoering van het herstelrecht binnen het bestaande gerechtelijke systeem. Aangezien deze herstelpraktijken steunen op het bestaan van een *dwingend* gerechtelijk systeem, moet er tevens een bescherming voor de kinderen worden ingebouwd tegen onwettelijke, overbodige en/of overdreven interventies in hun leven. Nochtans blinken de huidige herstelpraktijken niet echt uit in hun aandacht voor de rechtsbescherming van het kind. Dit gebrek aan rechts- en proceswaarborgen wordt bovendien gelegitimeerd op een

---

11. Met het arrest Bouamar (E.H.R.M., 29 februari 1988, nr. 22/1986/120/169, *Kinderrechtengids*, Deel 3 – 3.8.1. – A – p. 3-12) wordt de Belgische staat op de vingers getikt voor het gebrek aan proceswaarborgen van de minderjarige (zoals het recht op rechtsbijstand) tijdens de 'informele procedure' van de voorlopige fase in het kabinet van de jeugdrechter. De Wet van 2 februari 1994 tot wijziging van de Wet van 8 april 1965 (B.S. 17 september 1994) tracht hieraan tegemoet te komen en zet dan ook een duidelijke stap voorwaarts inzake de toekenning van enkele fundamentele proceswaarborgen aan problematische en delinquente kinderen (ELIAERTS en VANSTEENKISTE, 1995; ELIAERTS, 1999; DUMORTIER, SMETS en VANSTEENKISTE, 1999).

manier die nostalgisch doet terugdenken aan het beschermingsdiscours. De minderjarigen nemen immers deel aan de herstelgerichte afhandelingen op 'vrijwillige basis'. Dat de afhandeling eigenlijk wordt opgestart op vraag van het gerecht en dat het gerecht een aantrekkelijke 'stok achter de deur' heeft bij niet-medewerking (nl. de vervolging of strafverzwaring), wordt blijkbaar opnieuw uit het oog verloren. De dwang tot medewerking is dus, ondanks het verbloemd en 'mystificerend' woordgebruik (VAN DE KERCKHOVE, 1977), wel degelijk aanwezig (DUMORTIER, 2000(a), p. 29). Bovendien lijkt het 'vrijwillig' afzien van enkele fundamentele rechts- en proceswaarborgen opnieuw de impliciete voorwaarde te zijn om te mogen meedoen aan een herstelproces.

Naast de 'vrijwilligheids-legitimatie', herkennen we nog een andere oude bekende van het jeugdbeschermingsdenken: de 'finaliteits-legitimatie'. Net zoals onder de Wet van 1912 en 1965 draait het herstelrecht *om heel andere dingen dan in het 'gewone' strafrecht*. De bedoeling van de herstelgerichte afhandeling ligt immers niet in het bestraffen van de minderjarige maar wel in het nastreven van herstel voor het slachtoffer en het responsabiliseren van de jongere. Bovendien zijn de partijen 'vrij' om op elk moment uit de herstelgerichte afhandeling te stappen. Vandaar dat de klassieke strafrechtelijke bescherming niet nodig/mogelijk is. Maar het verheffen van 'vrijwillig herstel' tot officiële doelstelling van de afhandeling ('*stated goals*') betekent niet dat, in de praktijk, bestraffing en *crime control* niet (langer) zullen worden nagestreefd ('*real goals*'). Ook het jeugdbeschermingssysteem stond en staat, ondanks haar humane doelstellingen (namelijk de bescherming van het kind, indien mogelijk op 'vrijwillige basis'), bekend als een systeem van (verregaande) sociale controle (DUMORTIER, 2000(a), p. 30).

Aangezien het herstelproces bovendien een helend, participerend en emanciperend karakter nastreeft, moeten enkele klassiekers van het strafprocesrecht, zoals de openbaarheid van het proces en het recht op een onafhankelijke en onpartijdige rechter, opnieuw wijken. In de plaats komt (weeral) een informeel proces achter gesloten deuren, geleid door een bemiddelaar. Deze bemiddelaar moet zich 'neutraal' opstellen en mag geen partij kiezen. Maar wat wanneer we te maken krijgen met een onevenwicht in de machtsbalans tussen de partijen? Zal of moet de bemiddelaar in dat geval geen partij kiezen voor de zwakste partij? "Zoniet bestaat het gevaar dat neutraliteit verwordt tot een laten begaan van de 'struggle for life'" (STAELENS, 1987, p. 332). Maar wordt de bemiddelaar door partij te kiezen geen rechter?

Net zoals bij het jeugdbeschermingsrecht lijken de *instrumentele* functies (*i.c.* het herstel van het slachtoffer en de responsabilisering van het kind via een specifiek helend herstelproces) de bovenhand te halen op de *intrinsieke, rechtsbeschermende* functies van het herstelrecht (nl. de minderjarige beschermen tegen allerhande dwingende interventies). Op welke manier het legaliteits-, subsidiairiteits- en proportionaliteitsbeginsel zullen worden ingevuld, blijft onduidelijk. Hetzelfde geldt voor het schuldbegrip en het recht op rechtsbijstand (*cf. infra*, deel 4). Nochtans zou de beperkte rechtsbescherming van kinderen binnen het huidige systeem – en de daarmee gepaarde gaande fundamentele problemen – een waarschuwing moeten zijn voor de herstelverdedigers. De huidige uitholling van het jeugdrecht mag m.a.w. niet als excuus gebruikt worden om hetzelfde te blijven doen. Daarom dringt een juridische regeling van het herstelrecht zich

op. Hierbij dient m.i. steeds gezocht te worden naar een evenwicht tussen, aan de ene kant, de rechtsbeschermende functies van het recht en, aan de andere kant, het creëren van een onderhandelingsruimte voor de rechtstreeks betrokkenen van het misdrijf. Het regelen van de rechtspositie van het kind, maar ook van het slachtoffer verdienen hierbij speciale aandacht. Een “juridische vertaling” van het herstelrecht is, naast het rechtsbeschermend oogpunt, tevens noodzakelijk om vast te stellen waar nu precies de verschillen tussen het beschermingsmodel, het strafrechtsmodel en de ‘derde weg’ (WALGRAVE, 1992) liggen (ELIAERTS en DUMORTIER, 2000).

#### 4. Enkele minimumwaarborgen voor ‘herstellende’ minderjarigen

Rekening houdend met de noodzaak aan rechtsbescherming voor ‘herstellende’ minderjarigen, wens ik binnen dit laatste deel concreet in te gaan op enkele fundamentele proces- en rechtswaarborgen.<sup>12</sup> Als leidraad hierbij besteed ik enerzijds speciale aandacht aan de UN Preliminary Draft Elements of a Declaration of Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters (2000) (kortweg UN Declaration). Anderzijds verschaft de Recommendation on Mediation in Penal Matters (1999) (verder Eur. Aanbeveling) eveneens mogelijk te volgen pistes.

##### LEGALITEITSBEGINSEL

Sinds meerdere jaren vinden er herstelpraktijken plaats in België. Het gaat tot nu toe meestal om de verwijzing van zaken door de parketmagistraat naar bemiddelingscentra. Aangezien er echter geen enkel wettelijk kader voorhanden is, hanteert elk ‘experiment’ hierbij zijn eigen regels, afhankelijk van de plaatselijke samenwerkingsakkoorden tussen de bemiddelingsdienst en het parket. Om al te uiteenlopende praktijken te vermijden en enige rechtszekerheid te bieden, raden nochtans zowel de UN Declaration (nr. 11) als de Eur. Aanb. (nr. 7) aan dat “*there should be guidelines, with legislative authority when necessary, defining and governing the use of mediation in penal matters.*” Het komt m.i. dan ook het parlement toe te beslissen of een herstelrechtelijke procedure wordt ingelast en op welk niveau (parket of rechter). De UN Declaration en de Eur. Aanb. poneren verder dat “*such guidelines should in particular address the conditions for the referral of cases to restorative justice programmes*”. Een verduidelijking van de criteria wat betreft de ernst van het misdrijf en de minimum leeftijd van de minderjarige dringt zich hierbij specifiek op. Immers nu reeds stellen we vast dat bemiddeling op parketniveau, zowel in België als in het buitenland, vooral gebruikt wordt voor kleine zaken die vroeger sowieso niet vervolgd werden (*cf. infra*, het proportionaliteitsbeginsel).

Door een gebrek aan criteria inzake de minimum leeftijd komen tevens zeer jonge kinderen (vanaf de leeftijd van 7 jaar) in herstelprocedures terecht. Maar kunnen deze kinderen wel op een volwaardige manier deelnemen aan de gesprekken? Overigens geldt ten aanzien van minderjarigen onder de leeftijd van

12. Dit deel van de bijdrage is o.m. gebaseerd op ELIAERTS en DUMORTIER, 2000, p. 5-12.



15 jaar een duidelijk omschreven, wettelijk verbod op kinderarbeid.<sup>13</sup> De vraag ontstaat dan ook of het tewerkstellen van deze kinderen om de schade van het slachtoffer te herstellen (eventueel via de tussenkomst van een Provinciaal Vereffeningsfonds) geen afbreuk doet aan dit verbod. Om al deze onzekerheden uit de weg te ruimen, lijkt een wettelijk optreden, na jaren van experimenteren en in het licht van het legaliteitsbeginsel, meer dan opportuun.

Naast de noodzaak van een wettelijke basis voor de herstelprocedures, borrelt tevens de vraag op of de parketmagistraat werkelijk enkel *misdrijven* naar herstelgerichte afhandelingen stuurt. Momenteel is hierop geen enkele controle, zodat het risico bestaat dat ongepaste, ongewenste of onzorgvuldige gedragingen (maar geen misdrijven) eveneens doorverwezen worden. Om onwettige en/of overbodige herstelrechtelijke interventies in het leven van de minderjarige te vermijden, moeten dus de nodige controlemechanismen worden ingebouwd.

### DE 'GEÏNFORMEERDE TOESTEMMING'

Volgens verschillende verdedigers van het herstelrecht moeten de partijen vrij kunnen beslissen om al dan niet aan een herstelproces deel te nemen (VAN GARSSE, 1997, p. 64; STASSART, 1999, p. 7). Zoals boven reeds vermeld is dit voor de betrokken minderjarigen vaak ijdele hoop. Hun tegenwerking kan immers steeds gesanctioneerd worden met een vervolging voor de jeugdrechter of een strengere sanctie van de rechter. Daarom dekt de terminologie '*informed consent*', zoals op bepaalde plaatsen naar voren geschoven in de UN Declaration en de Eur. Aanb., misschien beter de lading. Immers, vooraleer toe te stemmen in het opstarten van een herstelproces moeten zowel de jongere, als het slachtoffer "*be fully informed of their rights, the nature of the process and the possible consequences of their decision*" (Eur. Aanb. nr. 10; UN Declaration nr. 12, b). Bovendien mogen "*neither the victim nor the offender (...) be induced by unfair means to accept mediation*" (Eur. Aanb. nr. 11). Zeker ten aanzien van minderjarigen ligt het gevaar op de loer dat een jongere zich in een herstelproces laat betrekken omdat hij niet van een gebrek aan goede wil wenst te worden beschuldigd. Of nog erger, dat hij in wezen van mening is niets verkeerd te hebben gedaan, maar van een echt proces voor de jeugdrechter meer nadeel verwacht dan van de informele herstelprocedure (GROENHUIJSEN, 2000, p. 445). Het (verplicht) inwinnen van advies bij een jeugdadvocaat vooraleer de minderjarige toestemt, kan hier enig soelaas bieden (DUMORTIER, ELIAERTS en VANDERHAEGEN, 1998, p. 362). Tevens kan de 'geïnformeerde toestemming' geformaliseerd worden door een document te ondertekenen, dat alle relevante informatie bevat.

### HET VERMOEDEN VAN ONSCHULD

Uit respect voor het vermoeden van onschuld melden zowel de Eur. Aanb. (nr. 14), als de UN Declaration (nr. 8) dat deelname aan een herstelproces "*should not be used as evidence of admission of guilt in subsequent legal proceedings*". Desalniettemin meent de Eur. Aanb. (nr. 14) dat "*the basic facts of a case should normally be acknowledged by both parties as a basis for mediation*". Maar be-

---

13. Art. 7.1 Arbeidswet van 16 maart 1971, B.S. 30 maart 1971.

kent men eigenlijk geen schuld wanneer men de feiten en zijn (herstelrechtelijke) verantwoordelijkheid erkent? Zullen parketmagistraten en jeugdrechters de deelname van een jongere aan een herstelprocedure niet interpreteren als een schuld-bekentenis? Bovendien verwijzen zowel de Eur. Aanb., als de UN Declaration steevast naar de dader in plaats van naar de verdachte. Alleen als het vermoeden van onschuld aan bod komt, verandert de terminologie plots (GROENHUIJSEN, 2000, p. 447). Ook de herstelrechtelijke literatuur spreekt volhardend over ‘dader-slachtoffer-bemiddeling’ (of ‘victim-offender-mediation’) in plaats van ‘verdachte-slachtoffer-bemiddeling’ (zie o.m. de Declaration of Leuven, 1997 en het Restorative Justice Handbook, 2000). Daarom rijst de vraag of het niet logischer is te stellen dat verdachten die deelnemen aan een herstelrechtelijke procedure, afstand doen van hun vermoeden van onschuld (althans wat betreft de feiten die ze erkennen). Opnieuw is degelijk juridisch advies van een advocaat onontbeerlijk vooraleer minderjarigen afzien van een fundamenteel rechtsbeginsel zoals het vermoeden van onschuld. In tegenstelling tot de huidige herstelpraktijken kan deze afstand best op een expliciete, geformaliseerde wijze gebeuren (door bijvoorbeeld de ondertekening van een document).

### RECHT OP RECHTSBIJSTAND

Gelet op de noodzaak van een geïnformeerde toestemming ligt het voor de hand dat de minderjarige over rechtsbijstand beschikt. De Eur. Aanb. vermeldt in die lijn dat “*the parties should have the right to legal assistance*” (nr. 8). Maar zoals Groenhuijsen terecht opmerkt, is de zaak ingewikkelder dan dat. Indien immers advocaten de voornaamste rol opeisen tijdens het herstelrechtelijk proces, wordt de kans op een totale ‘rejuridisering’ en blokkering van het geschil groot (GROENHUIJSEN, 2000, p. 446). Een tussenoplossing is misschien te vinden in de UN Declaration (nr. 12): “*the parties should have the right to legal advice before and after the restorative process*”. De rol van de advocaat bestaat dan aan de ene kant uit het relevant informeren van de minderjarige, vooraleer deze (al dan niet) instemt met een herstelrechtelijke procedure. Hierbij moet de advocaat vooral beletten dat onschuldige, maar onder druk gezette of angstige jongeren, toch deelnemen aan een herstelgerichte procedure *om erger te vermijden*. Jongeren die zichzelf onschuldig wanen, hebben immers recht op een eerlijk, billijk en tegensprekelijk proces. Aan de andere kant kan de jeugdadvocaat, na het beëindigen van de gesprekken, maar vooraleer de herstelovereenkomst definitief ondertekend wordt, onderzoeken of de herstelovereenkomst geen onredelijke schade-eisen en/of herstelinspanningen bevat (DUMORTIER, ELIAERTS en VANDERHAEGEN, 1998, p. 362).

Desalniettemin dringen twee kanttekeningen zich op bij deze tussenoplossing. Enerzijds welt de vraag op of deze bijstand van een advocaat voor en na het herstelproces een verplichte vormvoorwaarde is of daarentegen een recht waar de minderjarige kan van afzien. Indien de jongere er afstand van mag doen, zal hij dat dan op een wel geïnformeerde manier doen? In de huidige jeugdrechtspraktijk, stellen we immers reeds vast dat sommige jongeren niet over de nodige rechtsbijstand beschikken, omdat zij daar zagezegd zelf afstand van hebben gedaan (DUMORTIER, SMETS en VANSTEENKISTE, 1999; FELD, 1999, p. 22). Anderzijds rijst de vraag of jongeren toch geen nood hebben aan bijstand van een ad-

vocaat (of een vertrouweling) tijdens de bijeenkomsten zelf. Minderjarigen kunnen tijdens de confrontaties immers onder enorme druk komen te staan van het slachtoffer, hun eigen ouders, de bemiddelaar, een aanwezige politieagent (bij de Family Group Conference), enz. In tegenstelling tot volwassenen hebben jongeren misschien meer nood aan (rechts)bijstand dan wij vermoeden. Tevens kan het gevaar van 'rejuridisering' of *diefstal* van het conflict door de advocaat getemperd worden via een vorming van de advocaat in de onderliggende filosofie van het herstelrecht (VAN NESS, 1999, p. 269).

### *PROPORTIONALITEITSBEGINSEL*

Wanneer we de hedendaagse herstelpraktijken en het proportionaliteitsbeginsel bekijken, treden drie problemen op de voorgrond. Eerst en vooral werpt de door sommige herstelverdedigers voorgestelde 'herstelrechtelijke proportionaliteit' de nodige vragen op. Deze nieuwe invulling van het proportionaliteitsbeginsel houdt immers in dat de herstelmaatregel in verhouding moet staan tot de schade aangericht door het misdrijf in plaats van de ernst van de feiten (Declaration of Leuven, 1997, nr. 72). Een misdrijf kan echter niet ernstig van aard zijn, maar de schadegevolgen wel (b.v. het aanbrengen van graffiti). Omgekeerd richt een ernstig misdrijf soms geen (materiële) schade aan (b.v. een poging tot moord waarbij de kogel mist) (DUMORTIER, 2000a, p. 29).

Daarnaast is het voor minderjarigen vaak allesbehalve vanzelfsprekend om, zonder financiële hulp van hun ouders of de verzekering, de door hun aangerichte schade te vergoeden. Minderjarigen zijn nu eenmaal minder kapitaal krachtig dan volwassenen. Voor deze jongeren zit er vaak niets anders op dan de verschuldigde som al werkend bij elkaar te scharen via een vakantiejob en/of het 'vrijwillig' vervullen van een 'betaalde gemeenschapsdienst'.<sup>14</sup> Hierdoor kan de 'vrijwillig overeengekomen' herstelinspanning uiteindelijk zwaarder uitvallen dan een 'opgelegde sanctie' door de jeugdrechter. Bovendien wordt de 'betaalde gemeenschapsdienst' soms berekend naar rato van de leeftijd van de jongere. Dit betekent dat hoe ouder de minderjarige is, hoe meer hij verdient per uur. Als gevolg hiervan moeten oudere minderjarigen echter minder werken dan jongere minderjarigen, wanneer zij dezelfde schade hebben aangericht.<sup>15</sup> Nochtans zou men, vanuit een pedagogisch oogpunt, mogen denken dat hoe ouder een minderjarige is, hoe meer verantwoordelijkheid hij kan en moet dragen. Overigens rijst de vraag of jongeren, uit angst voor een eventuele vervolging door het parket of een zwaardere sanctie van de jeugdrechter, geen verregaande toegevingen zullen doen tijdens de 'vrije' onderhandeling over de inhoud van de herstelmaatregel.

Tenslotte loert het gevaar van 'net-widening' om de hoek: vooral die zaken worden herstelgericht afgehandeld die anders nooit tot enige vorm van justitiële reactie zouden hebben geleid. Binnen deze optie wordt het herstelrecht dan voornamelijk ten aanzien van deugneten en stouterikken gebruikt, die als gevolg van hun kind zijn, allerlei kattenkwaad en lichte misdrijven plegen. Hierbij

---

14. Zie voetnoot 1 over de Provinciale Vereffeningsfondsen.

15. Dit is het geval bij het Provinciaal Vereffeningsfonds van Vlaams-Brabant, waar jongeren tot en met 16 jaar hetzelfde bedrag per uur verdienen, doch 17 en 18-jarigen een hoger uurloon ontvangen.

bespaart de overheid enerzijds de kosten van een traditionele procedure. Anderzijds worden de kinderen toch gesanctioneerd doordat ze de schade (mee) moeten herstellen. Het risico van een tweesporenbeleid, waarbij lichte delicten via het herstelrecht worden afgehandeld, maar de zwaardere misdrijven nog steeds via een (punitieve) traditionele procedure, is niet louter denkbeeldig. Tenslotte zijn de traditionele ideeën rond het (hard) straffen van de serieuze jeugddelinquenten (de 'kleine monstertjes') evenmin door de invoering van het beschermingssysteem ondermijnd geworden. Deze jongeren komen immers, wanneer zij ouder dan 16 jaar zijn, vaak in de 'volwassen' gevangenis terecht (via de uithandengeving). Wanneer ze nog geen 16 zijn, belanden ze voor enkele jaren in een gesloten instelling die sterk lijkt op een (jeugd)gevangenis.

Om de zojuist opgesomde risico's enigszins te counteren, lijkt het invoeren van een strafrechtelijke proportionaliteit (VON HIRSCH, 1993) aangewezen. Hierbij denken we niet zozeer aan een strikte proportionaliteit, maar eerder aan het wettelijk vaststellen van een minimum en maximum retributieve grens (afhankelijk van de ernst van het misdrijf) waarbinnen de betrokken partijen kunnen onderhandelen over de te verrichten herstelinspanningen. Deze retributieve limieten kunnen overigens ook gehanteerd worden wanneer de herstelprocedure mislukt en de zaak dan wordt doorverwezen naar de gerechtelijke instanties (CAVADINO en DIGNAN, 1997, p. 247). Door het invoeren van een retributief maximum wordt terzelfdertijd tegemoet gekomen aan Braithwaite's voorstel "*that any outcome of a Restorative Justice process might not transgress the maximum foreseen in the conventional justice system*" (BRAITHWAITE, 2000, p. 6; zie ook DÜNKEL, 1996, p. 58). Deze optie vereist echter wel een fundamentele verschuiving van het hele jeugdbeschermingssysteem en -filosofie in de richting van een jeugdstrafrecht gedragen door een soort 'getarifeerd jeugdstrafwetboek'.

### *INVLOED VAN HET HERSTELRECHTELIJK RESULTAAT OP DE TRADITIONELE GERECHTELIJKE PROCEDURE*

Zowel de UN Declaration (p. 5) als de Eur. Aanb. (p. 5) melden dat richtlijnen en standaards "*should address the handling of cases following a restorative process*". Zonder deze richtlijnen worden willekeur en onzekerheid immers schering en inslag (DÜNKEL, 1996). Momenteel vinden de herstelgerichte afhandelingen ten aanzien van minderjarigen in Vlaanderen plaats op twee niveaus: op het parketniveau en, meer recentelijk, op het jeugdrechtbankniveau.<sup>16</sup>

---

16. Hoewel ik zelf de nodige bedenkingen heb bij het organiseren van herstelgerichte procedures op parketniveau (wegens de enorme risico's van net-widening en het gebrek aan behoorlijke rechtsbedeling op dit niveau) wens ik, rekening houdende met de hedendaagse herstelpraktijken, toch beide niveaus te behandelen.

Het antwoord op de vraag wat het juridisch gevolg moet zijn van een **geslaagd herstelproces**<sup>17</sup> is nauw verbonden met het soort zaken dat de parketmagistraat doorverwijst. Indien alleen zaken worden doorverwezen die normaliter geen aanleiding geven tot gerechtelijke vervolging, moet het materiële herstel van de schade m.i. tot een verval van de stravordering leiden. Omdat het in deze optie om uiterst lichte feiten gaat (kattenkwaad?), moet de klemtoon bovendien liggen op het geldelijk vergoeden van het slachtoffer en niet op het 'sanctioneren' van de jongere. Eenvoudiger gezegd, het doet er niet toe wie de rekening betaalt, zolang het slachtoffer maar vergoed wordt. Wanneer daarentegen het parket alleen dagvaardingswaardige zaken mag doorsturen,<sup>18</sup> moet de mogelijkheid tot verdere vervolging, in het belang van de maatschappij, open blijven. Anders bestaat het gevaar dat sommige jeugddelinquenten er 'goedkoop' van afkomen. Minderjarigen van goede afkomst bijvoorbeeld kunnen een slachtoffer uiterst mild stemmen, dankzij het nodige (ouderlijke) *zoengeld*. Om willekeur te voorkomen, kunnen richtlijnen verduidelijken wanneer de parketmagistraat niet meer mag vervolgen. Het feit dat de schade hersteld is en de jongere zelf *voldoende* herstelinspanningen heeft geleverd, kan hierbij een optie zijn.<sup>19</sup>

Wanneer het **herstelproces niet slaagt**, stelt zich het tegenovergestelde probleem: moet de parketmagistraat altijd vervolgen? Weeral is het antwoord gelinkt aan het soort zaken dat het parket doorstuurt. Wanneer de parketmagistraat alleen maar lichte zaken selecteert, impliceert een latere beslissing tot vervolging dat deugnieten, die vroeger volledig met rust werden gelaten, nu geconfronteerd worden met een procedure voor de jeugdrechter wegens een mislukt herstelproces. Het gevaar van een aanzuigende werking naar de jeugdrechtbanken toe loert dus op de hoek. Wanneer hij echter enkel dagvaardingswaardige zaken uitkiest, moet de parketmagistraat de 'slecht' herstellende jongeren kunnen vervolgen. Hierbij rijst weliswaar onmiddellijk de vraag wanneer een jongere 'slecht' herstelt. Is het herstelproces bijvoorbeeld totaal mislukt wanneer de jongere slechts één van de vele herstelvoorwaarden niet naleeft? Men zou kunnen argumenteren dat een herstelproces verre van faalt, wanneer de jongere zijn fout inziet en de schade op een overtuigende manier tracht goed te maken. Daarom lijkt het aangewezen dat de parketmagistraat steeds, geval per geval, bekijkt of een verdere vervolging noodzakelijk is en dit rekening houdende met de reeds geleverde herstelinspanningen van de jongere (DUMORTIER, ELIAERTS en VANDERHAEGEN, 1998).

---

17. Wat nu precies een 'geslaagd herstelproces' is, blijft onduidelijk. In de praktijk lijkt een herstelproces geslaagd te worden genoemd wanneer slachtoffer en dader tot een voor hun aanvaardbare overeenkomst zijn gekomen en deze overeenkomst ook effectief werd uitgevoerd.

18. Waarbij natuurlijk dadelijk de vraag rijst hoe, in de praktijk, gecontroleerd kan worden of parketmagistraten werkelijk alleen maar 'dagvaardingswaardige zaken' doorsturen.

19. Of een herstelinspanning al dan niet *voldoende* is kan op zijn beurt gemeten worden aan de hand van wettelijk vastgestelde retributieve minima en maxima in een soort 'getarifeerd jeugdstrafwetboek' (cf. *supra* het proportionaliteitsbeginsel).

De laatste tijd gaan steeds meer stemmen op om ook de jeugdrechter de mogelijkheid te geven de zaak, in afwachting van het proces ten gronde en mits de toestemming van de betrokkenen, naar een herstelprocedure te sturen. Zowel de dader-slachtoffer-bemiddeling als de uit Nieuw-Zeeland overgewaaid Family Group Conferences behoren tot de mogelijkheid. Hoewel een herstelgerichte afhandeling op jeugdrechtbankniveau niets meer met diversie (rechtsomlegging) van doen heeft, incorporeert ze toch enkele voordelen (ELIAERTS en DUMORTIER, 2000). Aangezien de parketmagistraat normaliter alleen maar de 'serieuzere' zaken voor de jeugdrechter brengt, is de kans op net-widening behoorlijk kleiner. Daarnaast is de evaluatie van de herstelovereenkomst door een onafhankelijke en onpartijdige rechter een proceswaarborg op zich, zowel voor de dader, het slachtoffer, als voor de maatschappij. Een rechter neemt immers de belangen van alle partijen in acht en weegt ze tegen elkaar af. Bovendien kan een partij die niet akkoord gaat met de evaluatie en motivering van de rechter steeds hoger beroep aantekenen. Hiertoe moet de jeugdrechter natuurlijk wel eerst duidelijk motiveren waarom hij of zij de 'overeengekomen' herstelvoorwaarden weerhoudt, naast zich neerlegt of wijzigt. Een jeugdstrafwetboek met retributieve minima en maxima kan hierbij als toetssteen gehanteerd worden (zie proportionaliteitsbeginsel). In ieder geval moeten voldoende waarborgen worden ingebouwd om een verzwaring van het strafrechtelijk klimaat vis-à-vis minderjarigen te vermijden. Het gevaar bestaat immers dat de jongere dubbel gestraft zal worden, omdat het slachtoffer op de voorgrond treedt. Aan de ene kant kan men de minderjarige verplichten de schade aan de gemeenschap al werkend te herstellen. Aan de andere kant moet hij nu ook zijn fout ten aanzien van het slachtoffer (al werkend?) goedmaken.

Indien een herstelproces niet tot een overeenkomst leidt, rijst de vraag of dit de gerechtelijke beslissing moet beïnvloeden en *hoe*. De Eur. Aanb. neemt het zekere voor het onzekere en onthoudt zich van elk commentaar. De UN Declaration (nr. 15) daarentegen declameert dat "*a lack of agreement may not be used as justification for a more severe sentence in subsequent criminal justice proceedings*". Maar zullen jeugdrechters niet geneigd zijn om 'onwillige' jongeren toch strenger te strafen? Want, hoewel het herstelproces normaliter een vertrouwelijk karakter kent (UN Declaration, nr. 13), borrelt toch de vraag op hoe deze vertrouwelijkheid gegarandeerd wordt. Zo hebben politieagenten en (in een aantal gevallen) de consulenten van de Sociale Dienst van de Jeugdrechtbank een zitje in de Nieuw-Zeelandse Family Group Conferences. Zullen zij de inhoud en het verloop van de Conference niet op een informele manier doorspelen aan respectievelijk de parketmagistraat en de jeugdrechter? En wat te doen met slachtoffers die vertrouwelijke informatie verklappen?

## **5. Besluit: herstel (van het) recht in boeken én in actie**

De organisatie van herstelprocedures en de regeling van de rechts- en proceswaarborgen van de jeugdige (verdachte) dader (maar ook van het slachtoffer!) blijven heikele punten die dringend een verdere uitdieping verdienen. Desalniet-

temin mag niet uit het oog worden verloren dat het opstellen van een “juridische vertaling” van het herstelrecht niet per definitie tot een ‘goede’ implementatie ervan leidt. Men kan een nieuw model, een andere manier van denken niet louter instrumenteel “forceren”. Het volstaat niet om de term ‘straf’ of ‘beschermingsmaatregel’ te vervangen door ‘herstel’ om de actoren tot andere praktijken te bewegen (ELIAERTS, 1999, p. 46). Vaak komt men tot de vaststelling dat “*dans ce cas, ce sont des mots différents qui recouvrent des réalités identiques, ou tout de moins similaires*” (VAN DE KERCKHOVE, 1977, p. 246). In dezelfde lijn leidt het declameren van rechten niet steeds tot de toepassing ervan in de praktijk. Tussen de *law in books* en de *law in action* ligt m.a.w. een breed spectrum van uiteenlopende interpretaties en toepassingen. Hierbij mag men niet vergeten dat in de praktijk nogal eens andere ‘straffere’ doelstellingen worden nagestreefd (‘*real goals*’) dan de in de wet of de literatuur geponeerde ‘*stated goals*’.

Daarom zijn, naast een juridische regeling, voldoende financiële middelen en een degelijke vorming van de betrokken actoren eveneens noodzakelijk. Ten slotte zullen mensen, en niet boeken, het herstelrecht in de praktijk moeten brengen. Om de herstelpraktijken blijvend bij te sturen is er tevens nood aan onafhankelijk wetenschappelijk (actie)onderzoek. De juridische vertaling van het herstelrecht kan hierbij dienst doen als objectieve toetssteen. Verschillende hedendaagse wetenschappelijke onderzoeken naar herstelpraktijken richten zich immers vooral op de ‘tevredenheid’ van de betrokkenen (SCHIFF, 1999, p. 330; UMBREIT, 1996; STASSART, 1999). Maar ‘tevreden’ mensen impliceren niet altijd het bestaan van een herstelrechtelijke praktijk.

Kortom, voor een integere en rechtvaardige toepassing van het herstelrecht is meer nodig dan alleen maar een juridisch instrument. Maar zonder deze rechtsbeschermende regelgeving zou het herstelrecht wel eens kunnen voorbij schieten aan één van de belangrijkste uitdagingen van het nieuwe jeugdrecht: het *herstel* van het *recht* voor minderjarige mensen.

## Bibliografie

BALLET, D., ‘De minderjarige en het strafrecht: een poging tot verheldering van zijn strafrechtelijke positie’, in ELIAERTS, C. (e.a.), *Van jeugdbeschermingsrecht naar jeugdrecht*, Arnhem/Antwerpen, Kluwer/Gouda Quint, 1990, p. 149-203.

BAZEMORE, G. en WALGRAVE, L. (eds.), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the harm of youth crime*, Monsey/New York, Criminal Justice Press, 1999, 399 p.

BECCARIA, C., *Over misdaad en straffen (Dei delitti e delle pene)*. Ingeleid, van aantekeningen voorzien en vertaald door J.M. Michiels, Antwerpen/Zwolle, Kluwer/Tjeenk Willink, 1982, 219 p. BRAITHWAITE, J., ‘Standards for restorative justice’, paper presented to the 10<sup>th</sup> UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, 13<sup>th</sup> of April 2000, Vienna, Austria, [www.restorativejustice.org](http://www.restorativejustice.org), 2000.

CAVADINO, M. en DIGNAN, J., ‘Reparation, Retribution and Rights’, *International Review of Victimology*, 1997, vol. 4, p. 233-253.

CHRISTIAENS, J., *De geboorte van de jeugddelinquent*, Brussel, VUBpress, 1999, 430 p.

CHRISTIAENS, J., 'De jeugddelinquent en zijn bescherming: een historisch perspectief', *Orde van de dag*, 2000, afl. 11, p. 65-72.

DECLARATION OF LEUVEN, 'On the Advisability of Promoting the Restorative Approach to Juvenile Crime' in BAZEMORE, G. en WALGRAVE, L. (eds.), *o.c.*, 1997, p. 403-407.

DENKERS, F.A.C.M., *Criminologie en beleid*, Nijmegen, Dekker & van de Vegt, 1997.

DUMORTIER, E., 'Herstelrechtelijk jeugdsanctierecht: een breuk met het beschermingsverleden?', *Orde van de dag*, 2000(a), afl. 11, p. 27-34.

DUMORTIER, E., 'Neglecting Due Process for minors: a possible dark side of the Restorative Justice Implementation?', paper presented to the 10<sup>th</sup> UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, 13<sup>th</sup> of April 2000(b), Vienna, Austria, <http://www.restorativejustice.org>.

DUMORTIER, E., ELIAERTS, C. en VANDERHAEGEN, R., 'Critical assessment of community service and mediation for juvenile offenders in Brussels. A discussion of the project BAS!', in WALGRAVE, L. (ed.), *Restorative Justice for Juveniles. Potentialities, Risks and Problems*, Leuven, Leuven University Press, 1998, p. 351-366.

DUMORTIER, E., SMETS, J. en VANSTEENKISTE, PH., 'Redactionele toelichting bij de selectie van rechtspraak', in VERHELLEN, E. (e.a.) *Kinderrechtengids*, Gent, Mys & Breesch, deel 3.8., 1999.

DÜNKEL, F., 'Täter-Opfer-Ausgleich. German experiences with mediation in a European perspective', *European Journal on Criminal Policy and Research*, 1996, p. 44-66.

ELIAERTS, C., 'Jeugddelinquentie en jeugdbeschermingsrecht: een moeilijke relatie', *Kinderrechtengids*, 1999, deel 1.8., 49 p.

ELIAERTS, C. en DUMORTIER, E., 'Restorative Justice for Juveniles and its Need for Procedural Safeguards and Standards', paper presented to the 4<sup>th</sup> International Congress on Restorative Justice for Juveniles, Tübingen, 1-4 Oktober 2000, in press.

ELIAERTS, C. en VANSTEENKISTE, PH., *Proceswaarborgen voor minderjarigen*, Brussel, Federale Diensten voor Wetenschappelijke, Technische en Culturele Aangelegenheden, 1995, 173 p.



FELD, B., 'Rehabilitation, Retribution and Restorative Justice: Alternative Conceptions of Juvenile Justice', in BAZEMORE, G. en WALGRAVE, L. (eds.), *o.c.*, 1999, p. 17-44.

FOQUE, R. en 'T HART, A. 'Strafrecht en beleid: de instrumentaliteit van rechtsbescherming', in FIJNAUT, C. en SPIERENBURG, P. (red.), *Scherp Toezicht*, Arnhem, Gouda Quint, 1990(a), p. 193-209.

FOQUE, R. en 'T HART, A., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen, Gouda Quint/Kluwer, 1990(b), 501p.

FREEMAN, M., *The moral status of children. Essays on the Rights of the Child*, The Hague / Cambridge / Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers / Kluwer Law International, 1997, 404 p.

GEUDENS, H., SCHELKENS, W. en WALGRAVE, L., 'Op zoek naar een herstelrechtelijk jeugdsanctierecht in België', in opdracht van de Heer S. De Clerck, Minister van Justitie, juli 1997', 1997, integraal gepubliceerd in DECOCK, G. en VANSTEENKISTE, PH. (eds.), *Herstel of sanctie*, Gent, Mys & Breesch, 1999, p. 49-101.

GROENHUIJSEN, M.S., 'Mediation in het strafrecht. Bemiddeling en conflictoplossing in vele gedaanten', *Delikt en Delinkwent*, no. 5, 2000, p. 441-448.

GUTWIRTH, S., *Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap*, Brussel/Antwerpen, VUBpress/Maklu, 1993, 846p.

MCCOLD, P., 'Toward a Holistic Vision of Restorative Juvenile Justice: A Reply to Walgrave', paper presented to the 3<sup>rd</sup> International Conference on Restorative Justice for Juveniles. International Network for Research on Restorative Justice for Juveniles, Belgium, 24-27 oktober 1999.

MUNCIE, J., *Youth and Crime. A Critical Introduction*, London/Thousand Oaks/New Delhi, Sage Publications, 1999, 347 p.

PLATT, A., *The Child Savers*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1977, 240 p.

*Recommendation n° r (99) 19 on mediation in penal matters and explanatory memorandum*, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 15 September 1999, 26 p.

*Restorative justice handbook*, statement submitted by the Alliance of Non-governmental Organizations in Crime Prevention and Criminal Justice, 10<sup>th</sup> UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, 10-17 April 2000, Vienna, Austria.

SCHIFF, M., 'The impact of Restorative Interventions on Juvenile Offenders', in BAZEMORE, G. en WALGRAVE, L. (eds.), *o.c.*, 1999, p. 327-356.

STAELENS, M., 'Mediation: een alternatieve vorm van conflictbestrijding', *Panopticon* 1987, p. 321-334.

STASSART, E., *Wetenschappelijke ondersteuning bij de implementatie en ontwikkeling van het provinciaal vereffeningsfonds*, Leuven, Katholieke Universiteit Leuven, 1999, 153 p.

UMBREIT, M., 'Restorative Justice Through Mediation: The Impact of Programs in Four Canadian Provinces', in GALAWAY, B. en HUDSON, J. (eds.) *Restorative Justice: International Perspectives*, Amsterdam, Kugler, 1996, p. 373-386.

UN PRELIMINARY DRAFT ELEMENTS OF A DECLARATION OF BASIC PRINCIPLES ON THE USE OF RESTORATIVE JUSTICE PROGRAMMES IN CRIMINAL MATTERS, annexed to the ECOSOC Resolution 2000/14, 27 July 2000.

VAN DE KERCKHOVE, M., 'Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection', *Revue de Droit Pénal*, 1997, p. 245-279.

VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1999, 1010p.

VAN GARSSE, L., 'Jeugdsanctierecht en bemiddeling', *Agora* 1997, afl. 2, p. 55-66.

VAN GARSSE, L., 'Herstelrechtelijk Jeugdsanctierecht? Bedenkingen vanuit de bemiddelingspraktijk', in DECOCK, G. en VANSTEENKISTE, PH. (eds.), *Herstel of sanctie*, Gent, Mys & Breesch, 1999, p. 119-137.

VAN NESS, D., 'Legal Issues of Restorative Justice', in BAZEMORE, G. en WALGRAVE, L., *o.c.*, 1999, p. 263-284.

VERHELLEN, E., *Verdrag inzake de rechten van het kind*, Leuven/Apeldoorn, Garant, 1997, 224 p.

VON HIRSCH, A., *Censure and sanctions*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 133 p.

WALGRAVE, L., "'Herstelrecht': een derde weg in het gerechtelijk antwoord op jeugddelinquentie?", *Panopticon* 1992, p. 24-42.

WALGRAVE, L., *Met het oog op herstel*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2000, 163 p.

WEBER, D., *Homo Criminalis. Belgische parlementsleden over misdaad en strafrecht, 1830-1940*, Brussel, VUBPress, 1996, 190 p.

ZEHR, H., *Changing Lenses*, Scottsdale, Herald Press, 1990, 280 p.