

De deelname aan herstelbemiddeling als voorwaarde voor invrijheidstelling onder voorwaarden of vrijheid onder voorwaarden: een schending van het principe van vrijwillige participatie

VICKY DE MESMAECKER*

In het kader van een beslissing tot invrijheidstelling onder voorwaarden of vrijheid onder voorwaarden (hierna 'VOV') door de onderzoeksrechter gebeurt het soms dat verdachten de voorwaarde wordt opgelegd om contact op te nemen met een herstelbemiddelingsdienst. Het doel daarvan wordt omschreven als het overmaken, schriftelijk dan wel rechtstreeks, van excuses aan het slachtoffer en het nemen van de maatregelen nodig om de schade aangericht door het misdrijf te vergoeden. Hoewel geen cijfers voorhanden zijn over de frequentie waarmee deze voorwaarde wordt opgelegd, baart het feit dat het opnemen van contact met een herstelbemiddelingsdienst soms een vereiste voor de VOV uitmaakt, zorgen, daar de vrijwilligheid van deelname een fundamenteel basisprincipe van de herstelbemiddelingspraktijk uitmaakt. Vormt de voorwaarde om contact op te nemen met een herstelbemiddelingsdienst in het kader van een VOV een inbreuk op het vitale principe van vrijwillige deelname aan herstelbemiddeling? In deze forumbijdrage zullen wij argumenteren dat het opleggen van een onderhoud met een herstelbemiddelingsdienst en bij uitbreiding het opleggen van andere herstelmaatregelen als voorwaarde voor een VOV inderdaad indruist tegen de geest van het herstelrecht.

DEELNAME AAN HERSTELBEMIDDELING ALS VOORWAARDE VOOR DE INVRIJHEIDSTELLING ONDER VOORWAARDEN OF VRIJHEID ONDER VOORWAARDEN

De invrijheidstelling onder voorwaarden en vrijheid onder voorwaarden

De VOV is krachtens de Wet van 20 juli 1990¹ betreffende de voorlopige hechtenis en zoals uitgelegd door Daeninck (1999-2000) een maatregel die door een onderzoeksrechter, een onderzoeksgerecht of een vonnisgerecht kan worden opgelegd wanneer het niet nodig of opportuun is om de verdachte van een misdrijf van zijn vrijheid te beroven in afwachting van verdere proceshandelingen, maar het anderzijds ook niet aangewezen is om de verdachte in volledige vrijheid te stellen wegens vluchtgevaar, recidivegevaar of collusiegevaar. In dergelijke gevallen kan de verdachte een VOV wor-

* Leuvens Instituut voor Criminologie (LINC), K.U.Leuven. E-mail: vicky.demesmaecker@law.kuleuven.be.

¹ Wet 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis. B.S. 14 augustus 1990.

den toegestaan, waarbij deze wel op vrije voeten wordt gesteld, doch onderworpen blijft aan een aantal voorwaarden. De VOV kan worden toegepast door de onderzoeksrechter of het onderzoeksgerecht als alternatief voor de voorlopige hechtenis, of als alternatieve maatregel vergelijkbaar met andere alternatieve maatregelen als de minnelijke schikking of bemiddeling in strafzaken. In beide gevallen is het doel om het principe van het gebruik van de vrijheidsberoving als *ultimum remedium* te herwaarden door een alternatief in te bouwen tussen de volledige invrijheidstelling en de volledige vrijheidsberoving (Daeninck, 1999-2000).

De herstelbemiddeling

De herstelbemiddeling begon als een pilootproject in het gerechtelijk arrondissement Leuven in 1993² en vond in 2005 een wettelijke basis in de Wet van 22 juni 2005 betreffende de bemiddeling³. De herstelbemiddeling vindt, hoewel dat wettelijk niet dusdanig strikt bepaald is, doorgaans plaats in die zaken waarin door het Openbaar Ministerie werd beslist te dagvaarden. De eigenlijke bemiddeling wordt uitgevoerd door een NGO.⁴ Een succesvolle herstelbemiddeling leidt niet tot de seponering van het dossier; de zaak zal na de bemiddeling nog steeds voor de rechter ten gronde worden gebracht.⁵ De herstelbemiddeling kan rechtstreeks of onrechtstreeks gebeuren. In het eerste geval vormt een ontmoeting tussen de partijen het orgelpunt van het bemiddelingsproces, in het tweede geval brengt de herstelbemiddelaar boodschappen over tussen de partijen. De deelname aan herstelbemiddeling is steeds vrijwillig; verderop in dit stuk wordt besproken waarom precies de vrijwilligheid van deelname zo cruciaal is voor herstelbemiddeling. Een schriftelijke overeenkomst kan worden opgesteld na afloop van de herstelbemiddeling; deze overeenkomst wordt mits instemming van alle partijen aan het strafdossier gevoegd.

Het opleggen van herstelmaatregelen in het kader van een invrijheidstelling onder voorwaarden of vrijheid onder voorwaarden

In het kader van een VOV wordt aan verdachten soms de voorwaarde opgelegd om contact op te nemen met een herstelbemiddelingsdienst. Een zekere verontwaardiging omtrent deze praktijk vormt de grondslag voor deze forumbijdrage, immers, het betreft hier de schijnbare schending van een van de meest fundamentele principes van de herstelbemiddelingspraktijk, met name het principe van vrijwillige deelname, door een strafrechtelijke interventie.

Toegegeven, de voorwaarde zoals deze de auteur in een welbepaald geval ter kennis kwam, beperkt zich strikt gezien tot de vereiste om contact op te nemen met een herstelbemiddelingsdienst. Er wordt niet woordelijk gesteld dat de verdachte dient deel te nemen aan een bemiddelingsproces. Uit de omschrijving van de voorwaarde blijkt echter wel dat van de verdachte verwacht wordt zijn excuses aan te bieden en een poging

² Voor een uitgebreide geschiedenis van het ontstaan en de ontwikkeling van herstelbemiddeling en een overzicht van de werking zie Aerts en Peters (1998), Aerts (2000, 2004) en Lauwaert (2009).

³ Wet 22 juni 2005 tot invoering van bepalingen inzake de bemiddeling in de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering en in het Wetboek van strafvordering. *B.S.* 27 juli 2005.

⁴ In Vlaanderen verzorgt de vzw Suggnomè de herstelbemiddeling; in Wallonië is dat Médiante a.s.b.l.

⁵ Merk op dat de herstelbemiddeling ook kan plaatsvinden in de fase na vonnis; in deze bijdrage echter staat de herstelbemiddeling vóór vonnis centraal.

tot schadevergoeding te ondernemen. Dat impliceert dat inderdaad een bemiddelingsproces wordt opgestart. Overigens zou men dergelijke voorwaarde tot deelname aan herstelbemiddeling niet *kunnen* opleggen, daar een bemiddelingsproces enkel kan worden opgestart mits ook het slachtoffer bereid is tot deelname aan herstelbemiddeling. Verder moet ook gezegd worden dat uit navraag onder herstelbemiddelaars blijkt dat wanneer deze voorwaarde wordt geformuleerd, dat vaak gebeurt ten aanzien van verdachten die reeds aangaven interesse te hebben om in contact te treden met hun slachtoffer. De voorwaarde wordt aldus niet per definitie vanuit een 'dwingende' beweegreden opgelegd. Ook vermoeden we dat deze voorwaarde vaak vanuit een positieve beweegreden wordt opgelegd; mogelijk wensen magistraten de herstelbemiddeling via het opleggen van deze voorwaarde te ondersteunen en promoten. Wij zijn ons hiervan bewust, doch met deze forumbijdrage willen we erop wijzen dat deze praktijk ondanks de mogelijk goede bedoelingen ingaat tegen de oorspronkelijke opzet van en de filosofie achter de herstelbemiddeling.

Nazicht leert dat deze problematiek reeds eerder aan de kaak werd gesteld, zij het vanuit een andere invalshoek. Daeninck (1999-2000) wijdde tien jaar na de inwerkingtreding van de Wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis een stuk aan deze Wet; de auteur bespreekt daarin onder meer de inhoud van de op te leggen maatregelen. Vooreerst dient gezegd te worden dat de wet geen voorbeelden noch een exhaustieve lijst van toegelaten voorwaarden naar voor schuift. Zij stelt in haar art. 35 §3 dat de rechter in beginsel zelf deze voorwaarden bepaalt. De rechter dient daarbij wel rekening te houden met de beperking dat de voorwaarden betrekking dienen te hebben op (1) het risico op recidive, (2) het risico dat de verdachte zich aan het gerecht onttrekt en/of (3) het risico dat de verdachte een bedrieglijke of geheime verstandhouding aangaat met derden of bewijzen laat verdwijnen. Verder dient de opgelegde voorwaarde de fysieke en psychische integriteit van de verdachte te respecteren. Mogelijke voorwaarden zijn het volgen van een cursus agressiebeheersing, zich laten behandelen voor een drugs- of alcoholproblematiek of zich laten begeleiden door een justitieassistent. Naast voorwaarden inzake hulpverlening, behandeling en begeleiding worden verdachten ook vaak onder supervisie van de politie gesteld in het kader van toezicht op de naleving van bepaalde verbodsbepalingen zoals omschreven in de voorwaarden voor de VOV (Daeninck, 1999-2000).

Daeninck merkt op dat daarnaast ook vaak herstelmaatregelen worden opgelegd in het kader van een VOV; hij haalt daarbij de schadevergoeding, de teruggave en het aanbieden van excuses aan als voorbeeld. Daeninck stelt dat deze herstelmaatregelen geen geschikte maatregelen zijn in het kader van een VOV, omwille van drie redenen. In de eerste plaats heeft geen van deze maatregelen rechtstreeks betrekking op het risico op recidive, collusie of ontvluchting door de verdachte. In de tweede plaats vormt het opleggen van herstelmaatregelen in het kader van een VOV een inbreuk op het vermoeden van onschuld. Deze maatregelen houden immers allen een vermoeden van schuld in. Een verplichting tot schadevergoeding aan het slachtoffer kan moeilijk gerijmd worden met het vermoeden van onschuld. Men kan zich daarbij verder de vraag stellen wat moet gebeuren indien de vonnisrechter de verdachte in een later stadium vrijspreekt: wat, bijvoorbeeld, met reeds betaalde schadevergoeding? In de derde plaats, aldus nog steeds Daeninck, kan enkel een vonnisrechter op een rechtmatige manier oordelen over een verplichting tot schadevergoeding of teruggave. Deze beslissingen liggen niet binnen de bevoegdheid van een onderzoeksrechter of onderzoeksgerecht.

Met elk van deze beschouwingen duidt Daeninck op ongerijmdheden tussen het opleggen van een herstelmaatregel als voorwaarde voor een VOV en algemene principes van

rechtsbedeling, alsook op ongerijmdheden met de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis. Met deze forumbijdrage wensen we Daeninckx overwegingen betreffende het opleggen van een herstelmaatregel als voorwaarde voor een VOV aan te vullen, en dit op twee manieren. Allereerst willen we deze praktijk inspecteren niet vanuit de Wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis maar vanuit de Wet van 22 juni 2005 betreffende de bemiddeling. Ten tweede richten we onze aandacht exclusief op de praktijk van herstelbemiddeling; de schadevergoeding, teruggave en excuses laten we in deze forumtekst buiten beschouwing daar zij door Daeninckx reeds besproken werden.

VRIJWILLIGE DEELNAME AAN HERSTELBEMIDDELING VOLGENS DE LETTER VAN DE WET EN DE GEEST VAN HET HERSTELRECHT

Het herstelrecht

De herstelbemiddeling is een praktijk gebaseerd op het zogenaamde herstelrecht. Het herstelrecht is een visie op rechtspreken die de traditionele noties van het recht en de traditionele toepassing van het recht in vraag stelt. Het kenmerkt zich door haar alternatieve visie op criminaliteit, in die zin dat het herstelrecht afstand neemt van de conceptualisering van een misdrijf als een inbreuk op een abstracte rechtsregel en deze vervangt door een definitie van een misdrijf als een inbreuk op een interpersoonlijke relatie (Zehr en Mika, 1998). Het herstelrecht pleit vanuit deze visie voor de actieve participatie van het slachtoffer, de verdachte en de directe omgeving van beiden in de respons op criminaliteit. Zij kunnen een belangrijke bijdrage leveren tot de beslissing omtrent de meest gepaste respons op een misdrijf (zonder evenwel deze beslissing in handen te nemen) (Cragg, 1994; Marshall, 1999). Een aantal werkingsvormen werd gecreëerd (in België onder meer herstelbemiddeling en herstelgericht groepsoverleg) die het slachtoffer en de verdachte de kans geven om tot een gesprek over te gaan waarin ze de gevolgen van het misdrijf kunnen bespreken en een gezamenlijke oplossing kunnen bedenken ter herstel van de schade een oplossing die door alle partijen gedragen wordt.

Vrijwilligheid volgens de letter van de wet

In regelgeving met betrekking tot herstelrechtelijk geïnspireerde praktijken zoals de slachtoffer-dader bemiddeling staat het principe van vrijwillige deelname centraal, broederlijk naast andere principes als de neutraliteit van de beroepskrachten die herstelinterventies begeleiden en de vertrouwelijkheid van dergelijke interventies. Vrijwilligheid, neutraliteit of onpartijdigheid en vertrouwelijkheid vormen, om het zo te zeggen, de 'heilige Drievuldigheid' van het herstelrecht; het zijn deze principes die ook in bijvoorbeeld de visietekst van de vzw Sugnomè, verantwoordelijk voor de herstelbemiddeling in Vlaanderen, figureren.

Kijken we concreet naar het principe van vrijwilligheid, zien we op het allerhoogste internationale niveau dat de Verenigde Naties het volgende stipuleren⁶:

Restorative processes should be used only (...) with the free and voluntary consent of the victim and the offender. The victim and the offender should be able to withdraw such consent at any time during the process. Agreements should be arrived at voluntarily and should contain only reasonable and proportionate obligations (eigen cursivering).

⁶ Art. 7 U.N. Basic Principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. ECO-SOC Res. 2002/12.

Aanbeveling R (99) 19 van de Raad van Europa⁷ beschrijft de bemiddeling als volgt:

[A]ny process whereby the victim and the offender are enabled, *if they freely consent*, to participate actively in the resolution of matters arising from the crime through the help of an impartial third party (mediator) (eigen cursivering).

Bovendien luidt het dat “[t]he parties should be able to withdraw such consent at any time during the mediation”. In Aanbeveling R (2006) 8 van de Raad van Europa⁸ luidt het dat:

Where mediation is envisaged, states should support the adoption of clear standards to protect the interests of victims. These should include the ability of the parties *to give free consent*, issues of confidentiality, access to independent advice, *the possibility to withdraw from the process at any stage* and the competence of mediators (eigen cursivering).

De Belgische wetgever voerde met de Wet van 22 juni 2005 de (mogelijkheid tot) bemiddeling in in alle fasen van de strafrechtspleging. Artikel 2 van de Wet van 22 juni 2005 definieert bemiddeling als volgt:

[E]en proces dat aan personen in conflict toelaat om, *als zij er vrijwillig mee instemmen*, actief en in alle vertrouwelijkheid deel te nemen aan het oplossen van moeilijkheden die voortvloeien uit een misdrijf (...) (eigen cursivering).

Het principe van de vrijwilligheid van deelname aan herstelrechtelijke processen is prominent aanwezig in nationale en internationale regelgeving omtrent herstelrechtelijk geïnspireerde praktijken. Uit de regelgeving kan men evenwel niet opmaken hoe flexibel dan wel strikt het principe van vrijwilligheid is. Een blik op de memoranda van toelichting bij de Recommendation No. R (99) 19 en Recommendation Rec. (2006) 8 maakt ons weinig wijzer op dit punt. De toelichting bij de *U.N. Basic Principles* (UNODC, 2006) bespreekt het principe wel. De toelichting benadrukt dat partijen voor deelname aan herstelrechtelijke programma's degelijk geïnformeerd moeten worden over hun rechten en plichten, de gevolgen van een deelname aan herstelrechtelijke programma's en de aard van de procedure. Zij hebben, zo luidt het, het recht om niet deel te nemen aan herstelrechtelijke programma's; zij mogen daartoe niet worden gedwongen “or induced by unfair means”. Verder stellen de Verenigde Naties dat wanneer een bemiddelingsprocedure op de klippen loopt en geen overeenkomst kan worden gesloten, dat feit niet tegen de verdachte mag spreken.

Nog duidelijker wordt het wanneer men de memorie van toelichting bij de Wet van 22 juni 2005 betreffende de bemiddeling raadpleegt. Deze stelt expliciet:

Voorliggend ontwerp (...) laat aan partijen die een direct belang hebben in een procedure over om te beslissen of zij al dan niet van dit aanbod gebruik wensen te maken. *Er is dus geen mogelijkheid dat bemiddeling in het kader van dit ontwerp wordt opgelegd door een gerechtelijke instantie* (eigen cursivering).⁹

⁷ Art. I Recommendation No. R (99) 19 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters.

⁸ Art. 13.3 Recommendation Rec. (2006) 8 of the Committee of Ministers to member States on assistance to crime victims.

⁹ Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp tot invoering van bepalingen inzake de bemiddeling in de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering en in het Wetboek van Strafvordering, *Parl. St. Kamer* 2004-2005, nr. 1562/001.

Concluderend kunnen we stellen dat het vrijwillige karakter van de herstelbemiddeling één van de krachtlijnen van de Wet van 22 juni 2005 vormt; meer nog, de memorie van toelichting bij deze Wet verbiedt expliciet dat een gerechtelijke instantie een deelname aan bemiddeling oplegt aan een rechtsonderhorige. De voorwaarde om contact op te nemen met een herstelbemiddelingsdienst in het kader van een VOV lijkt daarom tegen de letter en de geest van de Wet van 22 juni 2005 in te gaan.

Vrijwilligheid volgens de geest van het herstelrecht

Het herstelrecht is een beweging die vanuit de praktijk is gegroeid en daarom 'bevolkt' wordt door mensen met erg verschillende professionele achtergronden (Van Ness en Strong, 1997; Brunk, 2001). Omwille van deze reden bestaan binnen de herstelrechtelijke beweging behoorlijk wat onenigheden en twistpunten, zowel over de brede filosofie van het herstelrecht als over de focus van concrete herstelrechtelijke programma's (Gavrielides, 2008). In principe staat vrijwilligheid tot herstelrecht zoals dwang staat tot het strafrecht (Lauwaert, 2009). Door verdachten te verplichten contact op te nemen met een herstelbemiddelingsdienst als voorwaarde voor een VOV, lijkt het strafrecht haar dwangprincipe op te leggen aan een herstelrechtelijke interventie bij uitstek. Omwille van de grote verscheidenheid aan meningen binnen de herstelrechtelijke wereld is het vooraleer deze stelling te bevestigen echter aangewezen na te gaan hoe het principe van vrijwilligheid in de herstelrechtelijke literatuur wordt geconceptualiseerd; in concreto willen we nagaan of daar eensgezindheid over bestaat.

Lauwaert (2009) benoemt een aantal redenen voor het wezenlijke belang dat aan vrijwilligheid wordt toegekend in het kader van bemiddelingsprocessen. Vooreerst schaadt iedere dwang de integriteit en authenticiteit van het bemiddelingsproces. Een oprecht geïnteresseerde en geëngageerde houding lijkt een vereiste voor een open en eerlijk gesprek; verdachten die met een onrechtschapen houding arriveren in de bemiddeling ontnemen hun slachtoffers de kans op dergelijk oprecht gesprek. In de tweede plaats wordt ook de kwaliteit van het bemiddelingsproces aangetast door een gedwongen deelname van een van de partijen: het is te verwachten dat een vrijwillige deelname sneller leidt tot een bereidheid een open gesprek aan te gaan dat niet beperkt blijft tot een regeling omtrent schadevergoeding doch dat ook op inhoudelijk vlak een meerwaarde biedt. In de derde plaats leeft een bezorgdheid omtrent secundaire victimisering, immers, de negatieve houding van een dader die in herstelbemiddeling gedwongen wordt, zal niet onopgemerkt blijven door het slachtoffer, dat een gebrek aan respect voor zijn persoon ervaart. Zo stijgt de kans dat het slachtoffer zich gebruikt voelt ten voordele van de verdachte en vergroot, zoals de hierboven besproken memorie van toelichting bij de Wet van 22 juni 2005 stelt, de kans op polarisering tussen de partijen. In de vierde plaats kan verwacht worden dat vrijwillig aangegane overeenkomsten eerder zullen worden uitgevoerd dan overeenkomsten resulterende uit een onder druk aangegane bemiddeling.

Om deze redenen geldt dat, hoewel het wettelijk niet verboden is om een herstelbemiddeling op te starten met onwillige verdachten, een herstelbemiddeling in de praktijk enkel wordt opgestart met verdachten die hun betrokkenheid in de feiten niet ontkennen; met ontkennende daders wordt geen bemiddelingsproces opgestart. De vraag stelt zich dan, wat van de herstelbemiddelaar verwacht wordt wanneer een ontkennende dader hem of haar contacteert in het kader van de VOV. De voorwaarde tot het opnemen van contact met de herstelbemiddelingsdienst zal in dit geval niet leiden tot de opstart van een bemiddeling, wat naar men kan aannemen bezwaarlijk de bedoe-

ling kan zijn van de voorwaarde. Immers, uit de omschrijving van de voorwaarde blijkt dat van de verdachte verwacht wordt zijn excuses aan te bieden en een poging tot schadevergoeding te ondernemen. Verwacht wordt, met andere woorden, dat effectief een bemiddelingsproces wordt opgestart.

Duidelijke toelichting bij het principe van vrijwilligheid spreekt uit artikel 8 van de 'Deontologische code van de herstelbemiddelaar'¹⁰, die specifiek geënt is op de praktijk van herstelbemiddeling en een parallel vertoont met de toelichting van de Verenigde Naties (zie hierboven). Deze Deontologische code specificeert dat van de herstelbemiddelaar wordt verwacht de "maximale keuzevrijheid van de betrokkenen" na te streven. Dat houdt concreet drie zaken in. Ten eerste verduidelijkt de herstelbemiddelaar het bemiddelingsaanbod voor de betrokkene. Daarbij behandelt de bemiddelaar de werking en het verloop van een bemiddeling; ook vermeldt deze de mogelijke meerwaarde en gevolgen van een bemiddeling. Ten tweede duidt de herstelbemiddelaar de betrokkenen op hun rechten en plichten. Ten derde, aldus de Deontologische code, doet de bemiddelaar "zijn best om de betrokkenen te motiveren tot deelname, zonder hen echter onder druk te zetten". Het motiveren van een betrokkene tot deelname valt volgens de geest van de Deontologische code dus binnen de lijnen van de keuzevrijheid. Artikel 12 van de Deontologische code vult aan dat de bemiddelaar het recht van de partijen om uit vrije wil deel te nemen, respecteert. Artikel 23 licht toe dat de betrokkenen op elk ogenblik het recht hebben om de bemiddeling stop te zetten.

Een vrijwillige deelname aan herstelbemiddeling lijkt cruciaal; toch mogen we niet naïef zijn. Van Ness (2002: 134) schrijft: "[v]oluntary practice means that parties participate and assume responsibilities because they have chosen to, and not because they were required to". Hij voegt hier echter meteen aan toe: "In practice, the choice to participate is made in the context of other alternatives, so the 'voluntariness' of a party's decision may be limited to the lesser of available evils". Binnen het herstelrecht wordt inderdaad erkend dat omwille van het feit dat herstelinterventies zich doorgaans voltrekken tegen een strafrechtelijke achtergrond, enige druk ten aanzien van de dader om deel te nemen aan een dergelijke interventie nooit ver weg is (Meier, 1998; Braithwaite, 2002). Immers, hoezeer de Verenigde Naties in hun toelichting bij de *Basic Principles* ook benadrukken dat een beslissing van een verdachte om niet deel te nemen aan herstelbemiddeling niet tegen de verdachte mag gebruikt worden (UNODC, 2006), het niet deelnemen aan herstelinterventies communiceert een boodschap van desinteresse aan de rechterlijke instantie. Dat is iets waar de initiatiefnemers van herstelbemiddeling zich reeds terdege van bewust waren; in het eerste onderzoeksrapport rond het pilootproject herstelbemiddeling werd reeds erkend dat vrijwilligheid binnen de bemiddeling, omwille van de strafrechtelijke context, niet vanzelfsprekend is (Aertsen *et al.*, 1994).

Wright (1999: 206) onderscheidt om deze reden drie dimensies in het begrip vrijwilligheid. Hij stelt een onderscheid voor tussen *voluntariness* (vrijwilligheid), *consent* (toestemming) en *compulsion* (dwang). Dit onderscheid komt ons als bijzonder behulpzaam voor. Vrijwilligheid wordt door Wright omschreven als het hebben van de keuze om iets al dan niet te doen, waarbij men niet slechter af is wanneer men ervoor kiest het niet te doen. Toestemming, aldus Wright, houdt in dat men kan kiezen of men iets doet, maar dat men mogelijk iets slechter te wachten staat wanneer men het niet doet. Binnen het herstelrecht bestaat flink wat discussie over de vraag of de situatie beschreven als 'toestemming' aanvaardbaar is.

¹⁰ Gedownload via <http://osbj2.testsite.be> (21 september 2010).

Kijken we dan naar het opleggen van de voorwaarde om contact op te nemen met een herstelbemiddelingsdienst als vereiste voor een VOV. Een verdachte hoeft niet toe te stemmen met de voorwaarden die hem worden opgelegd. Echter, indien de verdachte de voorwaarden weigert na te leven, wacht het alternatief van de voorlopige hechtenis (Daeninck, 1999-2000). Valt de voorwaarde om contact op te nemen met de herstelbemiddelingsdienst daarmee binnen de lijnen van de keuzevrijheid en vrijwilligheid? Uit de literatuur leiden we af dat hier binnen het herstelrecht geen eensgezindheid over bestaat; terwijl sommigen menen dat de herstelrechtelijke praktijk volledig vrij moet zijn van enige dwang of druk, argumenteren anderen dat dat niet realistisch is gezien het zwarte beest van het strafrecht steeds op de achtergrond figureert. Binnen de literatuur, echter, wordt enkel *impliciet* aanwezige druk aanvaard; we hebben moeite te geloven dat deze hersteltheoretici zich zouden kunnen vinden in de expliciete druk die wordt uitgeoefend wanneer een deelname aan herstelbemiddeling wordt opgelegd in het kader van een VOV. Immers, ook zij die impliciete druk aanvaarden zullen steeds voorzichtig zijn en waarschuwen voor de gevaren van een verplichte deelname aan herstelbemiddeling voor het slachtoffer (voorkomen van verdere victimisering) alsook de herstelbemiddelingspraktijk (zorgen dat deze niet gehypothekeerd wordt). Het lijkt van essentieel belang dat de *consent* of toestemming een *informed consent* is, dit wil zeggen dat vooraf bij de verdachte werd gepolst naar de bereidwilligheid tot deelname aan herstelbemiddeling. In dergelijke gevallen schaadt het opleggen van de deelname aan herstelbemiddeling als voorwaarde voor een VOV de vrijwilligheid in se niet, daar deze bij de verdachte intern aanwezig is.

CONCLUSIE EN NABESCHOUWING

Met deze bijdrage werd de praktijk waarbij onderzoeksrechters verdachten in het kader van een VOV opleggen contact op te nemen met een herstelbemiddelingsdienst, ter tafel gelegd. Vóór ons argumenteerde Daeninck (1999-2000) dat herstelmaatregelen wettelijk gezien niet kunnen worden opgelegd als voorwaarde voor een VOV. Daeninck trok deze conclusie na een analyse van de Wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis. In deze forumbijdrage analyseerden we deze praktijk vanuit de Wet van 22 juni 2005 betreffende de bemiddeling en maakten uit de analyse op dat deze praktijk ook tegen de letter van deze Wet ingaat. Gaat de praktijk ook in tegen de geest van het herstelrecht? Deze vraag kunnen we niet zonder meer negatief beantwoorden, daar uit de herstelrechtelijke literatuur blijkt dat het opleggen van een voorwaarde die een vorm van *consent* of toestemming noopt, voor sommige hersteltheoretici aanvaardbaar is.

Toch zijn we eerder voorstander van een systeem waarbij de onderzoeksrechter de verdachte wel wijst op de mogelijkheid tot bemiddeling, doch deze niet opneemt als voorwaarde voor de VOV. Immers, een aanvankelijke bereidwilligheid kan in een later stadium nog omslaan; hierboven noteerden we dat de vrijwilligheid van de deelname aan herstelbemiddeling niet enkel geldt ten aanzien van de start van de procedure maar ook tijdens de procedure moet blijven bestaan, in die zin dat elke partij op elk moment vrij moet kunnen beslissen om zijn deelname aan de herstelbemiddeling stop te zetten. Dat is niet mogelijk wanneer tegenover deze beslissing een voorlopige hechtenis staat. Aan het eind van deze bijdrage wensen wij nogmaals te benadrukken dat wij er van overtuigd zijn dat het opleggen van een deelname aan herstelbemiddeling in het kader van een VOV vaak met goede bedoelingen gebeurt, door magistraten die de herstelbemiddelingspraktijk op deze manier eigenlijk willen ondersteunen. Met deze forumbijdrage willen wij hen wijzen op het cruciale belang van het principe van vrijwilligheid

van deelname aan herstelbemiddeling en deze magistraten aanmoedigen de herstelbemiddeling te ondersteunen door verdachten op de mogelijkheid tot herstelbemiddeling te wijzen en aan te moedigen contact op te nemen met een herstelbemiddelingsdienst, zonder hen hier echter formeel toe te verplichten.

REFERENTIES

- AERTSEN, I. (2000). Victim-offender mediation in Belgium. In European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (ed), *Victim-offender mediation in Europe. Making restorative justice work* (153-192). Leuven: Universitaire Pers Leuven.
- AERTSEN, I. (2004). *Slachtoffer-daderbemiddeling. Een onderzoek naar de ontwikkeling van een herstelgerichte strafrechtsbedeling*. Leuven: Universitaire Pers Leuven.
- AERTSEN, I. & PETERS, T. (1998). Mediation for reparation: the victim's perspective. In FATTAH, E. & PETERS, T. (eds), *Support for crime victims in a comparative perspective* (229-251). Leuven: Universitaire Pers Leuven.
- AERTSEN, I., VAN GARSSE, L. & PETERS, T. (1994). *Herstelbemiddeling: rapport periode 1/1/1993-31/10/1994*. Leuven: K.U.Leuven, Faculteit Rechtsgeleerdheid.
- BRAITHWAITE, J. (2002). *Restorative justice and responsive regulation*. Oxford: Oxford University Press.
- BRUNK, C.G. (2001). Restorative justice and the philosophical theories of criminal punishment. In HADLEY, L.M. (ed), *The spiritual roots of restorative justice* (31-56). New York: State University of New York Press.
- CRAGG, W. (1992). *The practice of punishment. Towards a theory of restorative justice*. London: Routledge.
- DAENINCK, P. (1999-2000). Vrijheid onder voorwaarden en invrijheidstelling onder voorwaarden als alternatieve maatregelen in een vernieuwd straflandschap. *Jura Falconis*, afl. 3, 415-444.
- GAVRIELIDES, T. (2008). Restorative justice the perplexing concept: conceptual fault-lines and power battles within the restorative justice movement. *Criminology and Criminal Justice*, 8 (2), 165-183.
- LAUWAERT, K. (2009). *Herstelrecht en procedurele waarborgen*. Antwerpen: Maklu.
- MARSHALL, T. (1999). *Restorative justice: an overview*. London: Home Office.
- MEIER, B.-D. (1998). Restorative justice – a new paradigm in criminal law. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 6 (2), 125-139.
- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) (2006). *Handbook on restorative justice programmes*. New York: United Nations.
- VAN NESS, D.W. & STRONG, K.H. (1997). *Restoring justice*. Cincinnati: Anderson Publishing.
- VAN NESS, D. (2002). Creating restorative systems. In WALGRAVE, L. (ed), *Restorative justice and the law* (130-149). Cullompton: Willan Publishing.
- WRIGHT, M. (1999). *Restoring justice. A symposium*. Winchester: Waterside Press.
- ZEHR, H. & MIKA, H. (1998). Fundamental concepts of restorative justice. *Contemporary Justice Review*, 1 (1), 47-55.