

# De Victimologie van “Als of”

ANTONY PEMBERTON<sup>a</sup>

Panopticon, 43 (6), 503-508

© 2022 Maklu | ISSN 0771-1409 | November 2022

- <sup>a</sup> Professor, Leuven Instituut voor Criminologie (LINC), KULeuven; Nederlands Studiecentrum voor Criminaliteit en Rechtshandhaving (NSCR), Amsterdam (corresp.: antony.pemberton@kuleuven.be)

## 1. INLEIDING

Onwaarheid. Naast het directe gevaar van de klimaatverandering, het sterk gegroeide risico van een nucleair armageddon, of de mogelijkheid van een nieuwe en dodelijkere golf van de Coronapandemie kan onwaarheid wellicht als de grootste dreiging van ons huidige tijdsgewricht worden gezien. “Alternatieve feiten”, de Grote Leugen, QANon en andere samenzweringstheorieën, ze bemoeilijken de aanpak van eerdergenoemde vraagstukken, vormen een splijtzwam in onze maatschappijen en zijn de voedingsbodem voor autocratische en zelfs neofascistische bewegingen.

Toch kunnen we niet zonder onwaarheid. Bijna 100 jaar geleden wees de Duitse filosoof Hans VAHINGER (1924) op het belang van “nuttige onwaarheden” in zijn *Filosofie van Als Of*. De kern van zijn gedachtegang is dat “*very often we can reasonably proceed as if what we know to be false is true because it is useful for some purpose to do so.*” Nuttige onwaarheden zijn overall, of het nu over onze wetenschappelijke theorieën en modellen gaat, of – zoals Kwame APPIAH (2017) meer recent benadrukte – onze politieke en sociale instituties. Een volstrekt nauwkeurige weergave van de werkelijkheid is niet alleen onmogelijk, maar het is ook niet de voornaamste functie van deze zaken. Zoals VAHINGER vaststelde: “*It must be remembered that the object of the world of ideas is not the portrayal of reality – this would be an utterly impossible task – but rather to provide an instrument for us to find our way more easily in the world.*”

Tegelijkertijd maakt VAHINGER het nut van deze onwaarheden wel afhankelijk van ons bewustzijn dat het om onwaarheden gaat – “*we can reasonably proceed as if what we know to be false is true.*” Zonder dit besef dreigt “doen alsof” steeds tot een geloofsartikel te worden. Het is precies dat appeltje dat Judith SHKLAR (1964, 1986) te schillen had met het recht in haar kritiek op *Legalism*. Het recht barst van de nuttige onwaarheden, in de terminologie van rechtswetenschapper Lon FULLER (1930), *legal fictions*. Net als bij andere instituties is dat op zichzelf geen kritiek op het recht, ook voor SHKLAR niet. Het wordt problematisch wanneer het recht zijn eigen aannames, assumpties en geschiedenis verdonkeremaant, en daarmee blinde vlekken ontwikkelt voor het onrecht dat voort kan komen uit deze *legal fictions*.

SHKLAR gaf al een aanzet voor de gevolgen hiervoor voor de victimologische ervaring in *The Faces of Injustice* uit 1990. De wijsheid van VAHINGER kan op twee verschillen manieren behulpzaam zijn in het tegengaan hiervan. Enerzijds gaat het er dan om de nuttige onwaarheden van het recht te toetsen in de mate waarin zij ook vanuit het perspectief van slachtoffers *nuttige* onwaarheden vertegenwoordigen, anderzijds gaat het er om nadrukkelijk in beeld te houden en te bevragen met welk nuttige onwaarheden ons perspectief op slachtoffers en slachtofferschap kleuren. Ik zal hiervan een tweetal belangrijke voorbeelden geven. Ter illustratie van het concept nuttige onwaarheid in het strafrecht sta ik eerst even stil bij een bijzonder wezenlijk voorbeeld ervan: de onschuldspresumptie.

## 2. DE ONSCHULDSPRESUMPTIE ALS NUTTIGE ONWAARHEID

Het vermoeden van onschuld is een cruciale hoeksteen van ons strafrecht (WEIGEND, 2014; DE JONG et al., 2016). Het gegeven dat iemand onschuldig is tot het tegendeel bewezen wordt terecht als een kenmerk van onze beschaving opgevat. Het is ook hetgeen dat bij uitstek onder druk lijkt te worden gezet in strafrechtelijke populistische campagnes. We kennen allen voorbeelden waarin met name de schandaalpers het adagium “waar rook is, is vuur” als zoete koek aan haar lezers serveert.

Tegelijk wordt het vermoeden van onschuld ook door degenen die – terecht – hameren op haar waarde, ook vaak verkeerd begrepen. Misschien is daar de enigszins misleidende naam wel aan debet. De term “vermoeden” lijkt te wijzen op een mentaal proces, dat betrekking heeft op een verwachting over de werkelijkheid. Maar zoals GROENHUIJSEN en KWAKMAN (2002) samenvatten, is de onschuldspresumptie niet “van cognitieve aard – het houdt niet een vermoeden in omtrent de uitkomst van het geding – maar van normatieve aard: het geeft een gedragsvoorschrift aan alle politie- en justitiefunctionarissen om een verdachte als onschuldige te bejegenen tot het moment waarop diens schuld door een rechter definitief is vastgesteld.” Het heeft zelfs zijn belangrijkste functie op het moment dat de justitiefunctionarissen in kwestie juist reden hebben om de schuld te *vermoeden* in cognitieve zin, als iemand verdacht wordt van een strafbaar feit, en zeker als er vervolging is ingesteld ten opzichte van deze persoon.

Gezien hetgeen er voor de verdachte in deze situaties op het spel staat en de ongelijke verhouding tussen de staat en de verdachte is het cruciaal voor de justitiefunctionarissen om te doen alsof de verdachte onschuldig is. Juist wanneer er reden is om aan te nemen dat iemand de dader is van een strafbaar feit, is het in zijn belang en in het belang van een eerlijk proces dat justitiefunctionarissen zich in woord en daad gedragen alsof hij hiervan onschuldig is. DE JONG en VAN LENT (2016) noemen de onschuldspresumptie daarom een *counterfactual principle*, en WEIGEND (2014) een juridische fictie.

Ik kies dit voorbeeld niet voor niets in een stuk dat over slachtofferbelangen gaat. Het vermoeden van onschuld duikt namelijk ook op in discussies over slachtofferrechten en -belangen, doorgaans op een manier die misverstanden verraadt. Een eerste voorbeeld is de wijze waarop tegenstanders van slachtofferrechten deze weerspreken omdat ze strijdig zouden zijn met het vermoeden van onschuld. Een goed voorbeeld is het Nederlandse spreekrecht voor slachtoffers in de rechtszaal. In het Nederlandse strafrecht vonnist de rechter tegelijkertijd over de schuld van de verdachte en over de hoogte van de straf, anders dan systemen – bijvoorbeeld de Verenigde Staten of het Verenigd Koninkrijk – waarin eerst de schuld van de verdachte aan de orde is, en pas na schuldigverklaring de straf uit wordt gesproken. De

Angelsaksische pendant van het spreekrecht – de *Victim Impact Statement* – komt dan in de fase tussen schuldigverklaring en straf aan bod. Een dergelijke fase ontbreekt in het Nederlandse systeem.

Het gegeven dat het slachtoffer daarmee dus spreekt over de toedracht, de impact, maar ook mogelijk over de (schuld) van de verdachte, voordat er een uitspraak is gedaan, wordt door sommigen al als vanzelf tegenstrijdig met de onschuldpresumptie gezien (VERAART, 2019). Dat gaat echter wel voorbij aan degenen aan wie het vermoeden van onschuld is gericht: in de eerste plaats justitiefunctionarissen, en daarnaast relevante andere publieke autoriteiten. Dat is het slachtoffer niet, en daarmee is deze ook niet gehouden hieraan. In het verlengde daarvan wordt ook wel eens een suggestie gedaan over stigmatisering van de verdachte door het spreken van het slachtoffer. Het is een claim die empirisch zou moeten worden gestaafd, maar lijkt weinig aannemelijk. Het proces dat tegen de verdachte wordt gevoerd is inderdaad bijzonder stigmatiserend, dat is één van de aperte nadelen van de huidige opzet van het strafrecht. Maar dat het slachtoffer vindt dat de verdachte schuldig is aan de feiten zal daar niet of nauwelijks debet aan zijn.

Dat neemt overigens niet weg dat in de uitwerking van het spreekrecht voor slachtoffers de onschuldpresumptie wel in het geding kan zijn. Zo is aangevoerd dat de reactie van de rechter of de officier van justitie op het spreekrecht op de schuld van de verdachte zou kunnen zinspelen. Eveneens heeft de Nederlandse wetgever recentelijk de voorwaarde ingesteld dat de verdachte aanwezig moet zijn wanneer slachtoffers van het spreekrecht gebruik maken. Dat laatste lijkt mij inderdaad problematisch – waarom zou de verdachte dat moeten horen? – het eerste lijkt uit het onderzoek dat mijn collega's van het NSCR en ik naar het spreekrecht uitvoeren (KRAGTING et al., nog niet gepubliceerd) meer een papieren risico dan een daadwerkelijk probleem te zijn.

Ook meer algemeen wordt de onschuldpresumptie ingezet tegen de positie van het slachtoffer. In lijn met de onschuldpresumptie zou het slachtoffer tot de uitspraak in het proces op zijn best een *alleged victim* zijn. Dit is bijvoorbeeld het huidige standpunt van de Europese Juristen Vereniging, de Council of Bar Associations and Law Societies of Europe. Deze is daarom de mening toegedaan dat de Europese slachtofferrichtlijn op dit punt dient te worden aangepast. Slachtoffers zouden bij voorkeur als *alleged victims* moeten worden aangesproken en enkel op rechten als “slachtoffer” aanspraak kunnen maken nadat er een uitspraak is gedaan (zie GOHLER, 2019).

Laten we in eerste instantie vaststellen dat het aanspreken van slachtoffers als *alleged victim* of bijvoorbeeld “aangever” (VAN DER AA & OKUR, 2011) in zichzelf al een belediging voor slachtoffers inhoudt, en dat het pas bieden van rechten als slachtoffer na de uitspraak de relevantie van die rechten geheel teniet zal doen. De belangen van slachtoffers – zo wordt ook in elk internationaal juridisch instrument erkend – worden het best beschermd door het slachtoffer vanaf het eerste contact met de autoriteiten ook als daadwerkelijk slachtoffer te behandelen (zie ook al PEMBERTON & GROENHUIJSEN, 2012). Een vermoeden van slachtofferschap zagezegd. Hierbij moeten we tevens opmerken dat anders dan bij het vermoeden van onschuld het vermoeden van slachtofferschap nadrukkelijk geen *counterfactual principle* is, geen juridische fictie. Degene die aangifte doet van een strafbaar feit is doorgaans ook daadwerkelijk het slachtoffer hiervan. Er is hier dus geen tegenstelling tussen wat we op basis van ervaring en de aanwezige feiten letterlijk zouden vermoeden en hoe justitiefunctionarissen – in het belang van het slachtoffer – zich dienen te gedragen. Als laatste

moeten we dan ook nog vaststellen dat het proces gericht is op de vraag of de verdachte al dan niet de feiten heeft begaan, niet of degene die aangifte heeft gedaan slachtoffer van die feiten is. Dat staat in de meeste strafrechtsprocessen helemaal niet ter discussie, ook niet als de verdachte wordt vrijgesproken. Zelfs in het minieme percentage zaken waarin de vrijspraak van de verdachte – bijvoorbeeld bij betwiste zedenzaken – mogelijk iets zegt over de aannemelijkheid van het slachtofferschap, kunnen die zaken meestal goed los van elkaar gezien worden. Gerede twijfel over de schuld van de verdachte kan genoeg reden zijn om tot vrijspraak te komen, maar er is geen enkele logische reden waarom dat vertaald zou moeten worden naar ontkenning van het slachtofferschap.

### 3. ALS OF EN DE POSITIE VAN SLACHTOFFERS IN RECHTSPROCESSEN

Samenvattend: het vermoeden van onschuld is bij uitstek een groot goed in ons rechtssysteem en daarmee een nuttige onwaarheid, in de termen van VAHINGER. Het ondoordacht vertalen hiervan naar de situatie van het slachtoffer is dat niet: geen nuttige onwaarheid, eigenlijk alleen maar onwaar. Het vergeten van het *counterfactual* karakter van het vermoeden van onschuld opent daarmee de weg naar redeneringen waarin een juridische fictie tot een geloofsartikel verworden is.

Ook elders in het recht zouden we er goed aan doen gehanteerde onwaarheden en het nut hiervan regelmatig tegen het licht te houden: “welke onwaarheden hanteren we eigenlijk”, “voor wie zijn die nuttig?” en “welke voorwaarden gelden voor dat nut”? Ik heb elders betoogd dat dergelijke exercities richting en inhoud kunnen geven aan het vormgeven van de positie van slachtoffers. Tot voor kort speelde in de juridische ficties in de reactie op (slachtofferschap van) criminaliteit het nut voor slachtoffers niet of nauwelijks een rol. Met de opkomst, of wellicht beter terugkeer, van het slachtoffer is dit echter niet meer vol te houden. Dat geldt enerzijds de juridische ficties in het recht en anderzijds de wijze waarop het slachtofferbelang in en om het recht wordt gemodelleerd. Daar geef ik tot slot twee voorbeelden van.

De eerste betreft de tweeledigheid waarmee de rechtsreactie op strafbare feiten is vormgegeven. Enerzijds is er een vergeldende, strafrechtelijke reactie op de verdachte en mogelijk de dader, wat als onderdeel van het publiekrecht wordt gezien. Anderzijds is er de eventuele civielrechtelijke verplichting tot schadevergoeding, waarin het gaat om de rechtsgevolgen van een onrechtmatige daad. Het tweede is nadrukkelijk ondergeschikt aan het eerste en daarmee is ook de aandacht voor de belangen van het slachtoffer in de reactie op een strafbaar feit beperkt. Sterker nog, de keuze voor de term “slachtoffer” in op Christelijke leest geschoeide strafsysteem is in zijn geheel niet onschuldig (VAN DIJK, 2009). In het publiekrecht is namelijk hetgeen het slachtoffer is overkomen wel aanleiding voor publiekrechtelijk ingrijpen, maar wordt deze ervaring vervolgens opgeofferd, zodat het slachtoffer enkel via een privaatrechtelijke achterdeur – of dat nu de burgerlijke partijstelling of de zogenaamde voegingsprocedure is – een nadrukkelijke tweede viool kan spelen.

Het onderscheid is echter zeker geen vanzelfsprekendheid. Een rechtshistorische studie van FEENSTRA wijst bijvoorbeeld uit dat de genoemde tweedeling al vanaf de 17de eeuw in het Nederlands rechtssysteem zichtbaar is, maar dat het onderscheid “in vroege tijden niet altijd even scherp en soms zelfs in het geheel niet is gemaakt”. Dat blijkt bijvoorbeeld ook uit een antropologisch-historische studie van WILLIAM MILLER (2006). Hierin beschrijft hij een veelheid aan historische voorbeelden, van de gedetailleerde systemen van Wergeld in onze

contreien terug naar de notie, “oog om oog, tand om tand” uit de vierduizend jaar oude code van Hammurabi. De gedeelde noemer van deze systemen is steeds de voldoening van een ‘schuld’ van de dader aan het slachtoffer, ondersteund door derden. Hierin bestond geen onderscheid maar een nadrukkelijke co-existentie van vaak gewelddadige vormen van straf en leedtoevoeging voor de dader met terugbetaling in geld of bezit aan het slachtoffer. Dat laatste, zo heb ik in verschillende publicaties betoogd, kan ook als een vorm van positieve vergelding worden gezien die voor slachtoffer en dader aanmerkelijke voordelen kan hebben (PEMBERTON, 2021). Of de lezer het met me eens is of niet, de volgende vragen lijken me daarmee wel aan de orde. Waarom doen we alsof de rechtsreactie op (slachtofferschap van) criminaliteit tweeledig zou moeten zijn, en waarom doen we alsof de reactie op de daad van de verdachte – maar niet hetgeen het slachtoffer is aangedaan – een publieke aangelegenheid betreft?

Tot slot gaat ook de conceptualisering van het slachtoffer en zijn of haar belangen met nuttige onwaarheden gepaard. Een dominante lens is die van de psychologische schade die slachtoffers kunnen oplopen: het gaat dan om de posttraumatische stress stoornis en aanverwante klachten. Nu wordt uit de hulpverleningsliteratuur al gewaarschuwd dat dit niet moet leiden tot de benadering van slachtoffers als getraumatiseerd en daarmee hulpbehoevend. De meeste slachtoffers ontwikkelen geen (chronische) klachten en de hulpverlening van slachtoffers is erbij gebaat om zo veel mogelijk te handelen vanuit de weerbaarheid van slachtoffers (e.g. BONANNO et al., 2011).

Maar zodra de stap in de richting van de rechtspositie van slachtoffers wordt gezet is het hanteren van een traumaperspectief meer problematisch. De emancipatie van slachtoffers in en om het recht kampt met goedbedoelde, maar tegelijk paternalistische, beschermingsneigingen vanwege hun veronderstelde traumatische kwetsbaarheid (PEMBERTON, 2022). Keuzes worden dan voor slachtoffers gemaakt om vaag uitgewerkte risico's van secundaire victimisatie te voorkomen. Het levert ook het idee op dat het rechtsperspectief van slachtoffers samen te vatten is als “Ik lijd, dus ik heb rechten.” (VERAART, 2013). Maar het model – de nuttige onwaarheid – waarmee we slachtoffers in hulpverlening het beste bijstaan, hoeft geenszins hetzelfde te zijn voor slachtoffers als rechtsdeelnemers (zie OUDEJANS & PEMBERTON, 2019). Ik ga hier niet op mijn eigen antwoord in op de vraag, maar laat die graag tot slot aan de lezer. Welke model, welke benadering van slachtoffers in en om het strafrecht, is nu de meest *useful untruth*?

## REFERENTIES

- APPIAH, K. A. (2017). *As If: Idealization and Ideas*. Harvard University Press.
- BONANNO, G.A., WESTPHAL, M., & MANCINI, A.D. (2011). Resilience to loss and potential trauma. *Annual Review of Clinical Psychology*, 7, 511-535.
- DE JONG, F., & VAN LENT, L. (2016). The presumption of innocence as a counterfactual principle. *Utrecht Law Review*, 12(1), 32-49.
- FEENSTRA, R. (2016). *Vergelding en vergoeding: enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*. Wolter Kluwer
- FULLER, L. (1930). Legal fictions. *Illinois Law Review*, 1930, 363-399.
- GOHLER, J. (2019). Victims' rights in civil law jurisdictions. In D.K. BROWN, J.I. TURNER & B. WEISSER (Eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*. Oxford University Press.
- GROENHUIJSEN, M.S., & KWAKMAN, N.J. (2002). Het slachtoffer in het vooronderzoek. In M.S. GROENHUIJSEN & G. KNIGGE (Eds.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*. Kluwer.

- KRAGTING, M. et al. (nog niet gepubliceerd). *Evaluatie onbelemmerd spreekrecht*. NSCR.
- MILLER, W.A. (2006). *An Eye for an Eye*. Cambridge University Press.
- OUDEJANS, N., & PEMBERTON, A. (2019). Broken rules, ruined lives. Een verkenning van de normativiteit van de onrechtservaring. *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 48(1), 66-84.
- PEMBERTON, A., & GROENHUIJSEN, M.S. (2012). Developing victims' rights within the European Union. Past, present, future. In H. MOROSAWA, J. DUSSICH & G. KIRCHHOFF (Eds.), *Victimology and Human Security: New Horizons. Proceedings of the 13th Symposium of the World Society of Victimology*. Wolf Legal Publishers.
- PEMBERTON, A. (2021). Een victimologisch fundament voor het (straf)recht: vergelden, verbinden en verhalen. *Delikt en Delinkwent*, 51(7), 604-618.
- PEMBERTON, A. (2022). Terug naar onrecht: *epistemic injustice* en secundaire victimisatie. *Tijdschrift over Cultuur en Criminaliteit*, 12(1), 96-105.
- SHKLAR, J. (1964/1986). *Legalism: Law, Morals and Political Trials*. Harvard University Press.
- SHKLAR, J. (1990). *The Faces of Injustice*. Yale University Press.
- VAHINGER, H. (1924). *The Philosophy of 'As If': A system of the theoretical, practical and religious fictions of Mankind*. Harcourt.
- VAN DER AA, S., & OKUR, P. (2011). 'Slachtoffer' of 'aangever' van seksueel misbruik: Nomen est omen? *Delikt en Delinkwent*, 41(8), 909-927.
- VAN DIJK, J. J. M. (2009). Free the victim: A critique of the western conception of victimhood. *International Review of Victimology*, 16(1), 1-33.
- VERAART, W. (2013). Ik lijd, dus ik heb rechten: de juridische emancipatie van het slachtoffer. *Ars Aequi*, 7/8, 582-590.
- VERAART, W. (2019). Vergelding of herstel? Een reflectie op de rol van het slachtoffer in de executiefase. *Sancties*, 60(4), 280-286.
- WEIGEND, T. (2014). Assuming that the Defendant is not Guilty: The Presumption of Innocence in the German System of Criminal Justice. *Criminal Law and Philosophy*, 8(2), 295-299.