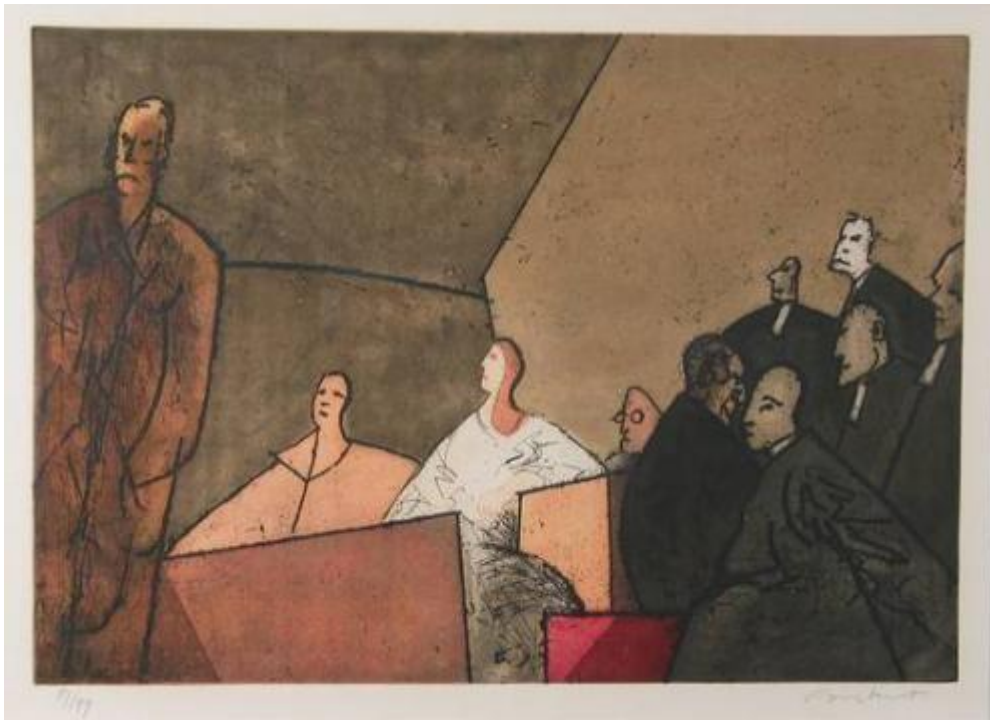


Begrip van toerekeningsvatbaarheid

Over vurende neuronen en de breekbare mens

Reflectie en kritiek op de filosofische benadering van Antoine Mooij



Bachelorthesis Wijsbegeerte Universiteit van Tilburg

door Hennie Prins, 792709

juni 2011

Begeleider : dr. David Janssens

Tweede lezer : dr. Bert van de Ven

Inhoudsopgave¹

Inleiding	5
Deel I - Over toerekeningsvatbaarheid en handelingsvrijheid	9
Hoofdstuk 1 - Persoon, handeling en wil	11
1.1 De sfeer van de persoon	11
1.2 Handeling en handelingsvrijheid	12
1.3 Wil en wilsvrijheid.....	14
Hoofdstuk 2 – Toerekening en toerekeningsvatbaarheid.....	18
2.1 Verantwoordelijkheid.....	18
2.2 Psychische stoornis	19
2.3 Het onderzoek.....	21
Hoofdstuk 3 - Waarden van de moderniteit	24
3.1 Moderniteit.....	24
3.2 Waarden binnen strafrecht en psychiatrie.....	26
3.3 Forensische psychiatrie.....	27
Deel II – Reflectie en kritiek	29
Hoofdstuk 4 – De vrije wil	30
Hoofdstuk 5 - Het onderzoek	35
Hoofdstuk 6 – Mad or bad.....	41
Conclusie.....	47
Bibliografie.....	50

¹ Afbeelding titelblad “Het proces”, Constant (1920-2005)

“In een werkelijke Gemeenschap zou er bereidwilligheid zijn, om elkanders tekortkomingen te helpen teboven komen; we zouden daarvoor menig onmiddellijk “belang” vanzelfsprekend ten offer brengen; we zouden elkaar wederkeerig begrijpen en tot steun zijn. We zouden niet, zoals nu, aldoor letten op de “bedreigde rechtsgoederen”, maar op den *mensch*, die met zichzelf te strijden heeft – we zouden weten dat het telkens *ons aller* tekort was, wanneer één onzer in dien strijd bezweek.” (1919)

Clara Meyer-Wichmann (1885-1922)

Uit: *Misdaad, straf en maatschappij*, 1930

Inleiding

Van tijd tot tijd worden we opgeschrikt door misdrijven die dermate schokkend zijn, dat we nauwelijks kunnen bevatten dat mensen daartoe in staat zijn. Het is op die momenten dat de gedachte in ons opkomt dat het niet anders kan dan dat de mensen die deze misdrijven hebben begaan, ziek zijn. En regelmatig blijkt dat inderdaad het geval te zijn. Onderzoeken brengen dan een stoornis aan het licht op grond waarvan vervolgens wordt geoordeeld dat de betrokkene in meer of mindere mate ontoerekeningsvatbaar is en het misdrijf niet of niet geheel aan hem kan worden toegerekend. Toch kan een dergelijke uitkomst ook onbevredigend zijn. We kunnen weerstand voelen als menselijk gedrag op deze manier wordt gemedicaliseerd en als pathologisch wordt bestempeld. Welk standpunt we ook innemen, toerekeningsvatbaarheid is een onderwerp dat velen van ons raakt en het verdient om nader doordacht te worden. In Nederland is binnen de filosofie aan toerekeningsvatbaarheid evenwel relatief weinig aandacht besteed althans aan het onderwerp in zijn volle omvang. Voor zover bekend heeft alleen de filosoof, psychiater en psychoanalyticus Antoine Mooij² zich er meer dan globaal in verdiept. Van zijn hand verscheen in 2004 het boek “Toerekeningsvatbaarheid. Over handelingsvrijheid” dat geheel aan dit onderwerp is gewijd en dat in dit betoog centraal staat.

Met zijn boek over toerekeningsvatbaarheid beoogt Mooij in zowel technische als beschouwelijke zin over dit onderwerp voorlichting te geven aan gedragskundigen en strafrechtjuristen en de plaats waar het gesitueerd is, het grensgebied van psychiatrie en recht. Daarnaast is het boek ook bedoeld om te laten zien hoe wijsgerige begrippen in deze wetenschapspraktijk concreet vorm krijgen (Mooij, 2004, p. 11). Het boek is uitgegeven in de serie psychiatrie en filosofie nadat eerder van zijn hand het boek “Psychiatrie, recht en de menselijke maat. Over verantwoordelijkheid” (Mooij, 1998) het licht had gezien. Ook dit boek richt zich primair tot juristen en psychiaters betrokken bij de strafrechtpraktijk en heeft eveneens uitdrukkelijk een wijsgerige insteek hetgeen bijvoorbeeld tot uitdrukking komt bij de behandeling van het begrip verantwoordelijkheid tegen de achtergrond van onder meer Kant. In wat volgt zal dan ook met enige regelmaat naar vooral dit werk van Antoine Mooij worden verwezen.

² Mooij was daarnaast jarenlang (1985-2005) aan het Pieter Baan Centrum verbonden en gezichtsbepalend voor de werkwijze aldaar (Van Marle, 2004, p. 310).

Het enigszins neutraal geformuleerde “voorlichting geven” aan juristen en strafrecht deskundigen betekent niet, dat Mooij’s boek over toerekeningsvatbaarheid niet ook een duidelijke boodschap heeft. Het staat net als vrijwel zijn gehele oeuvre voor alles in het teken van de bescherming van wat hij noemt de subjectiviteit of de psychische realiteit tegen de steeds verder oprukkende instrumentaliteit.³ Deze instrumentaliteit koppelt hij aan de toenemende invloed van de “evidence based” wetenschap binnen de psychiatrie en de psychologie waarbinnen het determinisme het uitgangspunt is. Voor zover deze benadering de mens niet reduceert tot niet veel meer dan “vurende neuronen en actiepotentialen in de hersenen” die beïnvloed en beheerst kunnen worden, leidt deze in ieder geval tot een keur aan classificatiesystemen op basis van uitwendige criteria en een “batterij” aan meetinstrumenten. In het strafrecht komt de instrumentaliteit naar voren in de steeds luidere roep om veiligheid hetgeen eveneens ten koste gaat van de subjectiviteit. In de vraag naar toerekeningsvatbaarheid komen beide aspecten samen.

Mooij illustreert aan de hand van de opeenvolgende stappen die leiden tot een oordeel over toerekeningsvatbaarheid met een beschouwing over de daarbij in het geding zijnde noties als persoon, handeling, wilsvrijheid en verantwoordelijkheid, dat hieraan een specifiek mensbeeld ten grondslag ligt. Dit mensbeeld van de autonome en verantwoordelijke persoon met een nadruk op zijn innerlijke wereld is zowel binnen het recht als binnen de psychiatrie het uitgangspunt en heeft zich - Mooij laat niet na dit steeds opnieuw te benadrukken - vanuit de traditie bewezen. Dit mensbeeld laat zich volgens hem echter niet met een naturalistisch mensbeeld verenigen, omdat bij een naturalistisch mensbeeld er slechts plaats is voor een werkelijkheid van de fysische natuur of de buitenkant van feitelijk gedrag en niet voor vrijheid en verantwoordelijkheid. Bij het oordeel over toerekeningsvatbaarheid kunnen de natuurwetenschappen van nut zijn maar de interpreterende en individualiserende benadering van de geesteswetenschappen niet vervangen. De laatste benadering leidt weliswaar niet tot “hard” bewijs maar wel degelijk tot aannemelijke en toetsbare inzichten mits althans, zorgvuldigheid en voorzichtigheid bij het onderzoek worden betracht. Mooij spreekt hier van een “prudentiële vorm van evidentie”. In zijn afscheidsrede als hoogleraar getiteld “Prudentie en evidentie” (Mooij, 2009) verdedigt hij deze benadering van wetenschap en het traditionele

³ Vergelijk het boek “De psychische realiteit, psychiatrie als geesteswetenschap”, waarin Mooij pleit voor behoud van de subjectiviteit binnen de psychiatrie en zich richt tot allen die betrokken zijn bij de geestelijke gezondheidszorg – dus ook juristen – waarbij zijn stelling is dat psychiatrie meer is dan een medisch specialisme want ook een cultuurfactor die grote delen van de gezondheidszorg structureert en legitimeert (Mooij, 1998, p. 13).

mensbeeld opnieuw en stelt hij ter ondersteuning hiervan toerekeningsvatbaarheid nogmaals centraal.

Het is zonder meer een grote verdienste dat Antoine Mooij het juridische begrip toerekeningsvatbaarheid ontleedt en vervolgens vanuit de filosofie nader doordenkt waardoor hij het begrip verheldert zonder aan de complexiteit enige afbreuk te doen. Zijn betoog is basaal maar buitengewoon doorwrocht en de toon is rustig en bedachtzaam. Slechts de vele herhalingen van datgene wat hij belangrijk vindt – de bescherming van de subjectiviteit – lijken een zekere passie te verraden. Het boek is toegankelijk en zeker bij de eerste lezing overtuigend en er is bij de verschijning dan ook met grote instemming op gereageerd.⁴ Tot op de dag van vandaag wordt er bovendien regelmatig aan gerefereerd, met name door bij de forensische psychiatrie en het strafrecht betrokken psychiaters en juristen.

Maar ook al mag het boek met recht een standaardwerk op het gebied van toerekeningsvatbaarheid heten, er kunnen ook kanttekeningen bij worden geplaatst. De praktijk is namelijk aanzienlijk weerbarstiger dan de situatie die Mooij schetst. Zo heeft hij weliswaar aandacht voor de filosofische discussies rond het al dan niet bestaan van de vrije wil, maar gaat hij voorbij aan concrete ontwikkelingen binnen bijvoorbeeld de neurowetenschappen en de genetica die hierop van grote invloed zijn en daarmee ook op het denken over toerekeningsvatbaarheid waarbinnen de vrije wil immers centraal staat. Hetzelfde geldt voor de onderzoeksmethoden waarover evenmin consensus bestaat. Het gebruik van meetinstrumenten als gevolg van de toenemende invloed van psychologen binnen de forensische psychiatrie wordt door Antoine Mooij slechts getolereerd voor zover dit de klinische onderzoeken ondersteunt maar stuit bij hem toch vooral op veel weerstand. Voor zover hij enige intrinsieke waarde ervan erkent, laat hij deze in ieder geval onbesproken. Ten slotte is er de praktijk van de gradaties van toerekeningsvatbaarheid die Mooij te vuur en te zwaard verdedigt en waarbij hij iedere kritiek dat deze te subjectief zou zijn in de kiem tracht te smoren. Voor Mooij vormen de gradaties juist het hart van het begrip toerekeningsvatbaarheid, omdat deze alleen via een hermeneutische en individuele benadering kunnen worden vastgesteld. Uit deze praktijk volgt echter ook dat er sprake kan zijn van

⁴ Het boek van Mooij wordt bijvoorbeeld betiteld als een uitmuntende verdediging van zijn subjectieve hermeneutische invalshoek (Blansjaar, 2006, p. 333) en de publicatie ervan wordt toegejuicht als antwoord op alle commentaren van deskundigen die geen kennis van zaken hebben van forensische expertise dan wel van het strafrecht (Van Marle, 2004, p. 309). Beide auteurs hebben overigens ook kritische opmerkingen zoals later zal blijken.

gedeeltelijke toerekeningsvatbaarheid en dat doet de vraag rijzen hoe Mooij precies het onderscheid tussen ziek en slecht denkt, een kwestie die in de literatuur ook wel wordt aangeduid als de *mad or bad* problematiek. Het is opvallend dat Mooij in zijn boek aan dit onderwerp geen aandacht besteedt. We zullen hiervoor dan ook te rade gaan bij zijn latere publicatie over dit onderwerp getiteld “Toerekeningsvatbaarheid en de vraag naar het kwaad” (2007).

Het nadenken over deze onderwerpen leidt tot een belangrijke vraag die luidt: In hoeverre overtuigen de argumenten van Antoine Mooij om bij de vraag naar toerekeningsvatbaarheid in weerwil van alle ontwikkelingen onverkort vast te houden aan het traditionele mensbeeld? Zo is het boek over toerekeningsvatbaarheid van Mooij een treffend voorbeeld van hoe filosofie kan bijdragen tot verheldering van een begrip maar tegelijkertijd de aanzet vormt tot nieuwe overpeinzingen en vragen.

Teneinde deze vragen te beantwoorden wordt dit betoog opgesplitst in twee delen.

In deel I zullen de belangrijkste noties en thema’s uit het boek “Toerekeningsvatbaarheid. Over handelingsvrijheid” worden besproken.⁵ Voor zover het opportuun is dit werk aan te vullen vanuit vroegere of latere publicaties, vindt dit steeds in de voetnoten plaats. Dit deel bestaat uit drie hoofdstukken, te weten: 1. Persoon, handeling en wil; 2. Toerekening en toerekeningsvatbaarheid en 3. Waarden van de moderniteit.

In deel II komen de kanttekeningen en vragen die het boek en het verdere denken van Mooij over toerekeningsvatbaarheid oproepen aan de orde en wordt de belangrijkste kritiek in kaart gebracht. Ook dit deel bestaat uit drie hoofdstukken, te weten: 4. De vrije wil; 5. Het onderzoek en 3. Mad or Bad.

Tot besluit wordt in de conclusie de vraag beantwoord of Mooij ons heeft overtuigd dat de vraag naar toerekeningsvatbaarheid uitsluitend vanuit het traditionele mensbeeld kan worden beantwoord. Gedurende het gehele betoog is het evenwel voor alles belangrijk steeds te bedenken dat het oordeel dat uiteindelijk door de rechter wordt gegeven, grote gevolgen heeft. Het raakt niet alleen de dader maar ook het slachtoffer; het raakt ons allemaal. Uiteindelijk gaat het immers niet om het beeld van de mens; het gaat om de mens zelf.

⁵ Daarbij kunnen binnen het bestek van deze thesis helaas niet alle onderwerpen worden behandeld. Zo zal de maatregel van terbeschikkingstelling (tbs) slechts zijdelings ter sprake komen en wel in het kader van instrumentaliteit.

Deel I - Over toerekeningsvatbaarheid en handelingsvrijheid

In dit deel zullen de belangrijkste noties en thema's uit het boek "Toerekeningsvatbaarheid. Over handelingsvrijheid" worden besproken. Het boek is zo opgezet dat het begrip toerekeningsvatbaarheid minutieus wordt ontleed en alle onderdelen vervolgens diepgaand worden beschouwd. Voor Mooij volgt hieruit vervolgens onontkoombaar het beeld van de vrije en verantwoordelijk mens. Om dit inzichtelijk te maken is ervoor gekozen zo getrouw mogelijk de oorspronkelijke tekst te volgen. Bij de vermelding van pagina's wordt steeds naar dit boek verwezen. Om de opzet van zijn werk zo min mogelijk te verstoren, zijn aanvullingen uit ander werk van Mooij en eigen toevoegingen uitsluitend in de voetnoten verwerkt.⁶

⁶ Hierbij worden aanvullingen of opmerkingen die niet van Mooij of van andere auteurs maar van mijzelf afkomstig zijn, steeds voorafgegaan door "toevoeging".

Hoofdstuk I – Persoon, handeling en wil

Het begrip toerekeningsvatbaarheid staat niet met zoveel woorden in het Wetboek van Strafrecht genoemd maar volgt uit artikel 39 van dat wetboek dat luidt:

“Niet strafbaar is hij die een feit begaat dat hem wegens de gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens niet kan worden toegerekend”.

De vraag of een strafbaar feit kan worden toegerekend, hangt samen met het oordeel over de toerekeningsvatbaarheid van de dader. Als iemand ten gevolge van een psychische stoornis niet kon helpen dat hij deed wat hij deed en de daad dus niet kon vermijden, is hem die ook niet toe te rekenen in de betekenis van te verwijten. Omdat hij geen schuld heeft is straf niet op zijn plaats⁷ zij het dat onder omstandigheden wel een maatregel kan worden opgelegd zoals plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis of een terbeschikkingstelling⁸.

De vraag naar toerekening wordt eerst expliciet gesteld wanneer er sprake is van een ernstig of bizar misdrijf. Over het algemeen wordt aangenomen dat mensen de mogelijkheid hebben anders te handelen dan ze doen en wordt hen dat in geval van een strafbaar feit ook tegengeworpen.

De strafrechtelijke uitkomst in het geval dat “strafbaar feit” en “psychische stoornis” samenkomen volgt steeds uit een specifieke gedachtegang (p.13). Hierbij worden een viertal vragen gesteld⁹ waarvan de eerste luidt of bewezen is dat het feit door de verdachte is begaan. Hiermee richt de aandacht zich op de feitelijke gedragingen en handelingen van de betrokkene. De volgende vraag is welk strafbaar feit het bewezen verklaarde volgens de wet oplevert, de zogenaamde kwalificatiebeslissing. De gedragingen en handelingen worden hierbij geïnterpreteerd en in een kader van normen geplaatst. De derde en vierde vraag

⁷ Toevoeging: Het is relatief onomstreden dat het Nederlands strafrecht een schuldstrafrecht is. Zie voor een nadere uitwerking, onder meer van het begrip genuanceerd daadstrafrecht (1998, p. 59-61): “Het mag dan ook een culturele verworvenheid heten dat in de strafrechtelijke verwerking van feiten niet slechts de blote feiten, de gedragingen, maar ook complexe samenhangen, zoals de psychische gesteldheid van de dader of verdachte, verdisconteerd worden.” (1998, p. 55). Zie voor een uitwerking van het begrip “schuld in strafrecht en psychiatrie” (ook in de psychiatrie is schuld van belang in de zin dat alle stoornissen op de een of andere manier hiermee zijn verbonden), Mooij’s gelijknamige oratie bij de Universiteit Utrecht (1997) waarin de vraag centraal staat of “schuld als zodanig” onderdeel is van de *condition humaine*.

⁸ Toevoeging: zie het hoofdstuk getiteld “Gevaar en gevaarlijkheid” en zijn eerder werk Psychiatrie, recht en de menselijke maat waarin Mooij op een buitengewoon boeiende wijze de problematiek van tbs tussen beheersing en rechtsbescherming en dwang en behandeling in kaart brengt (Mooij, 1998, p. 121-140).

⁹ Vgl. art. 250 Wetboek van Strafvordering.

betreffen ten slotte de strafbaarheid van de dader en welke straf of maatregel moeten worden opgelegd. In deze laatste fase komt dus de vraag naar schuld in de zin van vermijdbaarheid aan de orde waarbij een mogelijk psychische stoornis de strafrechtelijke uitkomst kan beïnvloeden.

De claim is nu, dat aan dit formele schema een uitgesproken mensbeeld ten grondslag ligt, waarin de mens een wezen is dat handelt en zich hierin laat leiden door feitelijke omstandigheden en heersende normen en bovendien beschikt over een zekere mate van vrijheid van handelen (p. 14). Onder invloed van het toenemende naturalisme binnen zowel de wetenschap als de filosofie, komt dit mensbeeld onder steeds grotere druk te staan en dat raakt met name de vrijheid van handelen en de verantwoordelijkheid. Het mensbeeld van het recht kan echter niet met een naturalistisch mensbeeld worden verenigd. Ter verdediging van dit standpunt zullen in dit hoofdstuk achtereenvolgens de sfeer van de persoon, handeling en handelingsvrijheid en wil en wilsvrijheid worden besproken.

1.1 De sfeer van de persoon

Op de vraag waarom een verdachte op een bepaalde manier heeft gehandeld komt men niet veel verder met een antwoord in termen van “krachten, impulsen en actiepotentialen” (p. 17) want die geven geen inzicht in overwegingen en bedoelingen, hetgeen de rechter wel verlangt. Hetzelfde geldt voor de sfeer van de psychopathologie waar verlangens en mogelijke angsten onderzocht worden.

Beleven en handelen verwijzen naar de persoon. “Persoon” is hiermee het centrale begrip van het niet-naturalistische mensbeeld. “Persoon-zijn” kun je niet alleen; kenmerkend is dat een persoon zich tot een of meerdere andere personen verhoudt. Er is met andere woorden sprake van wederkerigheid in betrekkingen en juist die wederkerigheid leidt ertoe, dat tegenover gevoelens van wrok, woede en verdriet (strafrechtelijke) begrippen staan als “schuld”, “veroordeling”, “verantwoordelijkheid” en “straf”. Het is weliswaar niet omstreden, dat aan emoties die in het geding zijn biologische wortels ten grondslag liggen, maar dat neemt niet weg dat daarboven sprake is van nog een ordeningslaag met een eigen structuur. In deze structuur zijn drie niveaus te onderscheiden: de persoon als oorsprong van handeling en beleving, de gerichtheid van de persoon op de wereld en de mogelijkheid tot reflectie (p. 18). Het laatste is het meest kenmerkend voor de mens: hij is in staat het perspectief van een buitenstaander in te nemen en de eigen verlangens te wegen en te heroverwegen.

De vraag die zich voordoet is, wat dan de identiteit van de persoon is. Het voorstel is de identiteit te laten aansluiten bij de gelaagdheid zoals die in de morele traditie naar voren is gekomen. De persoonlijke identiteit heeft in deze traditie twee componenten waarbij de ene component de feitelijkheid van de persoon betreft waarin deze zichzelf gelijk blijft (verleden en karakter) en de andere component de vorm is van de persoon waarin deze zich terugbuigt over zichzelf (p. 36). Deze tweede component verwijst dan naar het vermogen tot overleg waarbij de mogelijkheid is gegeven zich te hernemen of zich iets voor te nemen en zich aan dat voornemen al dan niet te houden. In de praktijk gaan deze twee componenten samen. Een mens is nooit pure reflectie maar is ook nooit pure feitelijkheid maar is een combinatie van beide (p. 36), tenzij er sprake is van een stoornis die het vermogen tot overleg aantast (p. 36). De dialectiek van de twee identiteiten is op dat moment op zo'n manier verstoord dat de persoon is teruggevallen op de pure feitelijkheid van zijn gedrag en beleven en niet de mogelijkheid heeft deze te overschrijden of daarvan afstand te nemen (pp. 36-37)¹⁰.

1.2 Handeling en handelingsvrijheid

Zoals we zagen richt het onderzoek naar de vraag of een strafbaar feit kan worden toegerekend, zich erop of de verdachte in staat was anders te handelen dan hij deed.

Bij de handeling keren de drie niveaus terug die eerder werden onderscheiden met betrekking tot de persoon: het niveau van het subject van de handeling, het niveau van de intentionaliteit en het niveau van het vermogen tot reflectie. Handelingsvrijheid is daarbij wel onderdeel van het vermogen tot reflectie maar is hiertoe niet beperkt; voorwaarden zijn immers tevens de bekwaamheid anders te kunnen handelen en de ruimte om dit ook daadwerkelijk te kunnen doen.

Het menselijk handelen moet worden onderscheiden van louter lichaamsbeweging in de zin van reactie op stimuli, hetgeen volgt uit het feit dat de mens een persoon is die niet alleen handelt maar daarvoor ook verantwoordelijkheid draagt. Ludwig Wittgenstein heeft deze benadering in de vorm van een vraag aldus geformuleerd: “Was ist das was übrigbleibt, wenn ich von der Tatsache, dass ich meinen Arm hebe, die abziehe, dass mein Arm sich hebt?” (p. 49).

¹⁰ Anders geformuleerd: ““De mens is wat hij is” maar gaat daarin niet op en is daarom ook “niet wat hij is”” (p. 37).

Toch is dit onderscheid niet altijd even scherp omdat soms onduidelijk is of het effect van de handeling ook daadwerkelijk werd beoogd. Hiermee komen we bij een tweede onderscheid binnen de sfeer van de handelingsleer: het onderscheid tussen opzettelijk ofwel intentioneel handelen en niet-opzettelijk, niet-intentioneel handelen. Het opzettelijk of intentioneel handelen nu wordt als kern van de handelingssfeer aangemerkt (p. 50).

“Als iemand iets doet, is er “iemand” die iets doet.” (p. 50). De verwijzing naar het subject is het eerste niveau van het handelen. “Als iemand iets doet, doet hij ook “iets”” (p.51) verwijst naar de objectzijde van het handelen die gekenmerkt wordt door een gerichtheid op de wereld door middel van inzichten en bedoelingen. “De handeling is innerlijk of intern met een bedoeling verbonden.” (p. 51). Mocht dat niet het geval zijn en de relatie een externe of toevallige zijn dan zouden wij immers verbaasd zijn over wat we doen en dat zijn we juist niet (p. 52).¹¹ De handeling is eveneens innerlijk of intern met *inzicht* verbonden¹² Als iemand intentioneel handelt heeft hij een besef van wat hij doet en dat besef staat niet los van de handeling, als zou het apart verwoord moeten worden (p. 52). Omdat het handelen *bepaald* wordt door een weten en willen ofwel door inzichten en bedoelingen moet het ook in deze termen worden *verklaard*.

Het vermogen tot overleg ofwel wilsvrijheid – het klassieke “*liberum arbitrium indifferentiae*” - is de eerste en de belangrijkste voorwaarde om van handelingsvrijheid te kunnen spreken. Handelingsvrijheid vooronderstelt daarnaast echter bepaalde innerlijke bekwaamheden zoals het handelen volgens de eigen voorkeur maar ook het afzien daarvan (p. 60). Deze tweevoudige innerlijke bekwaamheid tot een handeling wordt aangeduid als de inwendige handelingsvrijheid waarbij het afzien van de handeling en dus “anders kunnen handelen dan men in feite doet” de meest wezenlijke is.

De derde en laatste vorm betreft de uitwendige handelingsvrijheid. Er kunnen immers uitwendige omstandigheden zijn waardoor het niet mogelijk is aan een besluit gevolg te geven (p. 61).

¹¹ Of in de woorden van Wittgenstein: “Man könnte also sagen: die willkürliche Bewegung sei durch die Abwesenheit des Staunens charakterisiert.” (p. 67).

¹² Vgl. handelingsfilosoof J.L. Austin: “The most subtle of our notions is that of intention. As I go through life, doing as we suppose, one thing after another, I in general always have an idea – some idea, my idea or picture or notion, or conception – of what I’m up to, what I am engaged in, what I’m about, or in general, “what I’m doing”.” (p. 52).

1.3 Wil en wilsvrijheid

De idee van de wilsvrijheid die zo'n centrale rol speelt in de handelingsvrijheid en in het vigerende mensbeeld, is allerminst onweersproken. Dat is niet nieuw; binnen de wetenschap waren van oudsher deterministische tegengeluiden te horen. Wel nieuw is echter dat die geluiden onder invloed van wetenschappelijke ontwikkelingen in onder meer de neurowetenschappen, steeds luider klinken en ook buiten de academische wereld op steeds meer bijval kunnen rekenen. Dat raakt direct aan ons strafrecht. Weliswaar lijkt de praktijk van de strafrechtspleging met zijn aandacht voor alledaagse feiten en omstandigheden "ver verwijderd te zijn van een ijle grootheid als de vrije wil" (p. 64), maar in werkelijkheid is het Nederlandse strafrecht hierop wel degelijk geënt. Het is precies in de vrijheid om de wil te bepalen, dat straf haar legitimatie vindt. Met andere woorden: Ons strafrecht vertrekt vanuit het indeterminisme.

Door de "naturalistische wending" binnen de wetenschappen en de filosofie, ligt het indeterminisme steeds meer onder vuur. De wetenschappen erkennen inmiddels weliswaar "de interactie tussen het biologische substraat en de omgeving" (p. 76), maar het determinisme blijft het uitgangspunt. Binnen de filosofie wordt de geest ondertussen meer en meer beschouwd als "bijverschijnsel of als herleidbaar tot werking van de materie" (p. 76) wat ertoe heeft geleid dat er in onze cultuur steeds vaker van wordt uitgegaan dat hersenen en persoon samenvallen. Dit roept de vraag op of dit het resultaat is van conceptuele verwarring, of dat het onderscheiden van persoon en hersenen een verouderde en niet-wetenschappelijke aanname is (p. 77). Mocht dat laatste zo zijn, dan is de vrije wil niet anders dan illusoir en dat heeft grote consequenties voor het strafrecht dat dan ten minste zijn gangbare en beslissende legitimatie verliest. "Aanvaardt men die vrije wil niet, dan zal men bestraffing in de gewone zin van het woord niet kunnen verdedigen." (p. 75).¹³ In het kielzog van het strafrecht, heeft dit eveneens consequenties voor de forensische psychiatrie waarin juist mogelijke beperkingen van de vrije wil onderwerp van onderzoek zijn, niet in de laatste plaats bij de vraag naar toerekeningsvatbaarheid van de dader. Het is daarom geboden de "onherleidbaarheid van het psychische (of het mentale) en de zelfstandige werking daarvan aannemelijk te maken" want zonder dat is er geen sprake van (vrije) wil (p. 79).

¹³ Verwezen wordt naar J. R Emmelinjk, Mr. D. Hazewinkel-Suringa's *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht* (p. 102, noot 5). Zie ook : "Wanneer de vrije wil niet bestaat, is er ook geen juridische of morele schuld" (p. 78) met een verwijzing naar D. Swaab, "*Hersenen, bewustzijn en geloof: neurobiologische aspecten*" (p. 103, noot 14),

Determinisme en materialisme

Het hedendaags naturalisme omvat onder meer het determinisme, de gedachte dat er sprake is van een gesloten natuurcausaliteit waarin de werkelijkheid wordt begrepen voor zover die dwingend is bepaald door wetmatigheden (p. 79). Geleidelijk wordt ook het menselijk gedrag begrepen als deel van een door wetmatigheden bepaalde natuur. Omdat dit causaal-determinisme niet kan worden verenigd met het begrip van vrijheid, is gepoogd hieraan te ontkomen. Een belangrijk voorbeeld hiervan is de filosofie van Kant die twee werelden of werkelijkheden onderscheidde: de empirische werkelijkheid met de natuurcausaliteit en de bovenzinnelijke werkelijkheid van de vrijheid die aan natuurwetenschappelijke wetmatigheden is onttrokken (pp. 80 en 103). Om aan dit dualisme van Kant te ontkomen werd getracht een begrip van vrijheid te ontwikkelen dat met dit determinisme compatibel zou zijn. Een eerste strategie is vrijheid als het vermogen tot alternatieve keuze te handhaven waarbij echter de keuze voor een alternatief niet vrij is maar causaal bepaald. Men had dan anders kunnen kiezen maar alleen voor zover er andere causale factoren in het spel waren geweest (p. 81). Een tweede strategie is om vrijheid niet op te vatten als het vermogen anders te kiezen maar als het vermogen zelf te kiezen. De afwezigheid van een alternatief betekent nog niet dat iemand geen mogelijkheid tot keuze heeft. “De keuze is vrij, omdat en voor zover het de eigen keuze is.” (p. 82). Ondanks dat dit zogeheten compatibilisme op dit moment de hoofdstroom vormt in de gedachtevorming over de wilsvrijheid, lost dit niet veel op omdat het oorspronkelijk vrijheidsbegrip op zo’n manier afgezwakt dan wel herschreven wordt, dat het wezenlijke element van vrijheid als het vermogen anders te kiezen geweld wordt aangedaan en het deterministische schema feitelijk intact blijft (p. 82).

Dit deterministische schema vinden we in de vorm van het materialisme – de opvatting dat de werkelijkheid materieel van aard is - ook terug bij het denken over de verhouding tussen lichaam en geest. Als een spierbeweging “gewild” is, dan is deze niet door een fysische gebeurtenis maar door een zelfstandige, geestelijke gebeurtenis veroorzaakt en dat zou betekenen dat er geen sprake is van een gesloten natuurcausaliteit. Daarom wordt in plaats van dit ontologische dualisme, een ontologisch monisme te weten materialisme bepleit teneinde een werkelijkheid te creëren die fysiek van aard is en het geestelijke (mentale of psychische) elimineert (p. 83). Hierin zijn verschillende richtingen te onderkennen¹⁴ die gemeenschappelijk hebben dat zij alle antimentalistisch zijn, hetgeen inhoudt dat voor de

¹⁴ Genoemd worden het behaviorisme, de identiteitstheorie en het functionalisme pp. 83-85.

specifieke kwaliteiten van het psychische geen ruimte meer wordt gelaten (p. 86). Ook binnen de psychiatrie is een sterke tendens naar een biologisch naturalisme waarbij het menselijk gedrag en het psychische uitsluitend in biologische ofwel fysische termen beschreven wordt (p. 87), met als gevolg dat aspecten van het menselijk bestaan die daaronder niet gevat kunnen worden, tot abstractie leiden (p. 88). Een dualistische benadering lijkt dan de enige manier om hieraan te ontkomen.

Dualisme en het probleem van de samenhang

De vrijheid van de wil wordt zoals we zagen op twee manieren bedreigd: naast het terugdringen of het elimineren van het psychische, wordt door het determinisme het specifieke van het begrip van vrijheid ontzegd. Om de idee van wilsvrijheid overeind te houden, dient dan ook naast het invoeren van een dualisme een keuze gemaakt te worden voor een vorm van indeterminisme¹⁵. Echter, wat rechtvaardigt dit “postulaat van tweevoudigheid” nu dat op niets anders lijkt terug te gaan dan dat de tegenovergestelde posities van materialisme en determinisme niet aannemelijk zijn en dat het strafrecht en tot op zekere hoogte de psychiatrie hiermee niet uit de voeten kunnen? (p. 88).

Het belangrijkste argument is dat het bij dit dualisme er niet om gaat een onderscheid te maken tussen twee werkelijkheidsgebieden, maar dat het gaat om de wezenlijke onherleidbaarheid van het ene werkelijkheidsgebied – het psychische of mentale – tot het andere – het fysische met inbegrip van het neurobiologische – te markeren (p. 89). Binnen dit dualisme wordt het psychisme (“mind”) opgevat als een activiteit die gericht is op de buitenwereld. Die activiteit is gekenmerkt door een subjectief perspectief en in het verlengde hiervan, door intentionaliteit en ten slotte door het vermogen tot reflectie. Het zijn juist deze kenmerken die natuurprocessen ontberen, omdat deze door causale verbanden en wetmatigheden zijn bepaald.

De vraag is nu hoe de samenhang moet worden gedacht tussen lichamelijke natuurprocessen enerzijds en geestelijke activiteit anderzijds. Een mogelijkheid is uit te gaan van een relatie van voorwaardelijkheid: “Het lichamelijke substraat kan gezien worden als een noodzakelijke voorwaarde voor geestelijke activiteit, zonder dat deze noodzakelijke voorwaarde tevens een voldoende voorwaarde is.” (p. 91). Het psychisch functioneren op feitelijk niveau – het

¹⁵ Een mensbeeld met plaats voor “vrijheid” leidt niet tot een indeterministische visie op menselijk gedrag omdat dit zou betekenen dat dit gedrag chaotisch en onberekenbaar is hetgeen juist niet “vrij” is. Vrijheid veronderstelt niet de afwezigheid van regelmaat of enigerlei vorm van determinering, maar juist de aanwezigheid hiervan (Mooij 1998 pp. 93-94).

handelen - wordt namelijk vervolgens gekenmerkt door betekenisgeving en bepaald door cognitieve vermogens en strevingen. De grens tussen beide sferen is uiteraard niet altijd even scherp maar dat doet niet af aan haar principieel karakter (pp. 92-93).¹⁶

Wilsvrijheid

Met het handelen is de wil in beeld alsook de mogelijkheid tot reflectie. Zo kan ik me afvragen of ik wel wil wat ik wil of liever toch iets anders wil. Er zijn dan ook twee soorten van wil. De materiële of substantiële wil – dat wil ik – wordt verdubbeld door de reflectieve wil – wil ik dit wel? – en juist in deze laatste vraag is de vrijheid gelegen. De (materiële) wil is zo potentieel (mogelijkheid tot reflectie) en daarmee principieel vrij, omdat met iedere wilsuitdrukking de mogelijkheid is gegeven datgene wat men wil, niet te willen (p. 93).

De principiële wilsvrijheid is hiermee in aanleg onbeperkt maar in de strafrechtelijke context gaat het om de minimale vraag of iemand de mogelijkheid had een ten laste gelegde handeling niet te willen en daarvan af te zien. De wilsvrijheid is hierbij niet op te vatten als een “toegift” of een “hiërarchische aanvulling” op de oorspronkelijke wil, maar om een “fundamentele gespletenheid van de menselijke geest waarbij willen de mogelijkheid van niet willen in zich besluit waardoor geest en reflectie, wil en vrijheid, samen gegeven zijn.” (p. 94).

Tussen iets willen en iets daadwerkelijk (kunnen) doen bestaat zoals we zagen, een wezenlijk onderscheid. In het onderscheid is dan ook essentieel dat de wil principieel en dus altijd vrij is omdat het bereik van de reflectie oneindig is maar dat de handelingvrijheid juist altijd beperkt is, omdat het leven (dat wil zeggen het fysieke substraat) eindig is. Dit neemt niet weg dat fysieke belemmeringen in de zin van neurologische aandoeningen alsook factoren uit haar eigen sfeer de wil kunnen beperken. In beide gevallen kan iemand in meer of mindere mate in zijn vermogen tot overleg zijn aangetast. Ten slotte betekent de verbondenheid van de wil met het handelen dat zij niet alleen potentieel vrij, maar ook effectief is (pp. 93-96).

Hoe de wilsvrijheid verbonden is met toerekeningsvatbaarheid en toerekenbaarheid zal in het volgende hoofdstuk worden besproken.¹⁷

¹⁶ In zijn afscheidsrede wijst Mooij erop dat de “gaping” tussen de twee sferen niets is gedicht en dat er een “explanatory gap” blijft bestaan (2009, p. 21).

¹⁷ De aan wilsvrijheid verbonden toerekenbaarheid speelt niet alleen een rol in het strafrecht maar vormt de grondslag van het maatschappelijk (menselijk) verkeer nu dit geënt is op de gedachte dat deelnemers hieraan verantwoordelijke mensen zijn die in principe voor hun doen en laten aansprakelijk gesteld kunnen worden (Mooij, 1998, p. 91). Zie ook Vrije wil en toerekeningsvatbaarheid in Wijsgerig Perspectief (Mooij, 2010 p. 11).

Hoofdstuk 2 – Toerekening en toerekeningsvatbaarheid

Noties als “subject”, “handeling”, “inzicht” en “bedoeling” die in het kader van de menselijke vrijheid aan de orde kwamen, maken het mogelijk om ook te spreken over verantwoordelijkheid op grond waarvan feiten kunnen worden toegerekend.

In de oorspronkelijke betekenis van verantwoordelijkheid gaat het om het toerekenen van verantwoordelijkheid aan degene die een handeling heeft verricht, de zogenaamde “actor-gerelateerde” verantwoordelijkheid (p. 113). Ondanks dat de nadruk hierbij ligt op het subject, staat de toerekening niet los van wat toegerekend wordt: het object en het bereik van de toerekening (p. 110). Bij de vraag of iemand verantwoordelijk is zal er rekening mee worden gehouden of hij al dan niet opzettelijk heeft gehandeld en in welke mate de gevolgen van dat handelen konden worden voorzien. Uit dit laatste volgt dat de vraag naar verantwoordelijkheid ook een normatieve component heeft.

2.1 Verantwoordelijkheid

Verantwoordelijkheid in de zin van toerekening is een tweevoudig gelaagd begrip waarbij de eerste laag betrekking heeft op de toerekening in de zin van aansprakelijkheidsverantwoordelijkheid en de tweede laag op de toerekeningsvatbaarheid in de zin van vermogensaansprakelijkheid. Daarbij wordt als volgt te werk gegaan.

Allereerst wordt vastgesteld wie de actor is van de handeling en vervolgens wordt de handeling aan hem toegeschreven (p. 114).¹⁸ In deze tweede stap komen tal van factoren aan de orde zoals wat de betrokkene heeft gedaan en op welke wijze, de ernst van dat feit, de persoon van de verdachte en diens persoonlijke omstandigheden, maar ook de aanname dat het redelijk is de handeling toe te schrijven. Kortom, zowel beschrijvende als normatieve aspecten vinden op een complexe wijze in de toerekening hun neerslag (p. 114).

De feitelijke toerekening vooronderstelt dat de betrokkene vatbaar is voor toerekening en over geestelijke vermogens beschikt op grond waarvan hij vrij is in zijn handelen. Dit is dan de tweede betekenislaag, waarbij de feitelijke aanwezigheid van die vermogens normatief wordt aangenomen vanuit de gegronde verwachting dat de gemiddelde mens vatbaar is voor toerekening ofwel toerekeningsvatbaar is (p. 115). De geestelijke vermogens betreffen het

¹⁸ Het onderscheiden van deze twee stappen is wel betwist maar heeft als voordeel dat niet per definitie aan elke handeling verantwoordelijkheid wordt gekoppeld – denk bijvoorbeeld aan kinderen die handelen – en dat hierdoor duidelijker wordt dat het toeschrijven van verantwoordelijkheid normatief is.

vermogen tot inzicht en het vermogen tot redelijke doelstelling die beide deel uitmaken van het vermogen tot overleg. Het vermogen tot inzicht toetst of wat we in eerste instantie voor waar houden, ook werkelijk het geval is of dat we ons wellicht vergissen. Het vermogen tot redelijke doelstelling toetst of wat we ons ten doel stellen of wensen wel redelijk of zinvol is en of de middelen die we daartoe willen aanwenden geschikt zijn. De verhouding tussen beide vermogens is hiërarchisch waarbij het vermogen tot redelijke doelstelling het vermogen tot inzicht vooronderstelt (p. 117).

Het vermogen tot overleg kan aangetast zijn en dit vindt zijn uitdrukking in eerder genoemd art. 39 van het Wetboek van Strafrecht: “Niet strafbaar is hij die een feit begaat dat hem wegens de gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens niet kan worden toegerekend”.¹⁹

2.2 Psychische stoornis

Het onderscheid tussen “gebrekkige ontwikkeling” en “ziekelijke stoornis” wordt tegenwoordig gekoppeld aan twee verschillende ziektebeelden. Een “gebrekkige ontwikkeling” verwijst naar stoornissen die zich openbaren naarmate mensen zich ontwikkelen en duurzaam aanwezig zijn, bijvoorbeeld een narcistische persoonlijkheidsstoornis. Een “ziekelijke stoornis” verwijst naar toestandsbeelden die op een bepaald moment of langere tijd kunnen bestaan, bijvoorbeeld een psychose (p. 119).²⁰

Een psychische stoornis die de wilsvrijheid heeft aangetast is niet voldoende om een delict niet toe te rekenen; de stoornis moet tevens hebben doorgewerkt in het ten laste gelegde feit. Al met al leidt dit tot vragen zoals wat we onder een psychische stoornis moeten verstaan en hoe deze doorwerkt in het vermogen tot overleg en het ten laste gelegde feit.

In de wet treffen we geen bepaling aan van welke psychische stoornissen sprake moet zijn om het ten laste gelegde niet of in mindere mate toe te rekenen. Het is in laatste instantie de rechter die over de aanvaarbaarheid hiervan beslist. Een psychische stoornis is dan ook een normatief begrip in de zin dat er altijd sprake is van afwijking van een norm die op haar beurt

¹⁹ Niet alleen een ernstig vermoeden van een stoornis maar ook een wending in het type delicten, de bijzondere aard van de relatie tussen verdachte en slachtoffer of het feit dat het delict bizar of vreemd is kunnen redenen voor onderzoek zijn (Mooij, 1998, p. 99). Toevoeging: Twee gedragskundigen van verschillende disciplines – waaronder een psychiater (art. 37 lid 2 Sr) (een psycholoog is dus niet wettelijk vereist) – worden tot getuigendeskundigen benoemd. De nieuwe Wet deskundige in strafzaken (2009) creëert extra waarborgen voor de kwaliteit van deskundigen onder meer door de mogelijkheden voor een secondopiniononderzoek te regelen.

²⁰ Toevoeging: Oorspronkelijk verwees de wetgever met “gebrekkige ontwikkeling” naar lichamelijke gebreken in de ontwikkeling.

biologisch, conventioneel of antropologisch gefundeerd kan zijn.²¹ Omgekeerd is het echter niet zo dat afwijkingen van normen per definitie stoornissen opleveren.

Behalve dat de psychische stoornis strafrechtelijk aanvaardbaar is moet deze ook relevant zijn, dat wil zeggen, het vermogen tot overleg dient te zijn geschaad. Dat is lang niet bij alle stoornissen het geval. Het zijn met name psychotische stoornissen en persoonlijkheidsstoornissen die hieraan voldoen en om die reden strafrechtelijk van belang en stoornissen in de zin der wet zijn (p. 123).²² Ten slotte dient de stoornis ook feitelijk effectief te zijn. Hiermee wordt bedoeld dat de stoornis aan het tot stand komen van het strafbare feit moet hebben bijgedragen. Ook dit is vaak niet het geval. Veel strafbare feiten worden louter gepleegd met het oog op het materiële voordeel dat ze opleveren.

Hoewel het gebruikelijk is om te spreken van een causaal verband tussen stoornis en feit, dient men steeds te bedenken, dat dit verband een interne relatie is die niet noodzakelijk is en slechts “hermeneutisch” begrepen kan worden. De psychische stoornis is dan ook niet in causale zin de oorzaak van de handeling maar vloeit wel uit de handeling voort (p. 125). Hieruit volgt dat de mate en de manier waarop de stoornis de wilsvrijheid heeft aangetast en in de handeling heeft doorgewerkt, alleen in een individualiserend onderzoek kunnen worden blootgelegd. Een ernstige stoornis hoeft immers niet per definitie te leiden tot ontoerekeningsvatbaarheid. Bovendien kan het verband met het ten laste gelegde ontbreken maar ook het omgekeerde kan het geval zijn. Een minder ernstige stoornis kan door het aanzienlijke verband juist wel tot ontoerekeningsvatbaarheid leiden. Verder zal het

²¹ Een voorbeeld is het DSM-IV-classificatiesysteem. Hierin zijn tal van stoornissen gerubriceerd, bijvoorbeeld een “persoonlijkheidsstoornis” die wordt omschreven als “een vorm van ervaren en van gedrag dat bepaald verschilt van de verwachtingen van de omgeving”. Het criterium “verwachting” maar ook veelvuldig voorkomende criteria als de tijdsduur waarin bepaalde symptomen zich manifesteren, geven het conventionele karakter heel duidelijk weer en laten zien dat psychische stoornis voor alles ook een sociale constructie is (pp. 121-122). Toevoeging: zo staat de eerste versie van DSM-V sinds enige tijd op internet en mag iedereen – dus ook patiënten, familie en patiëntenorganisaties – hierop commentaar geven. Na verwerking van dit commentaar, wordt de herziene versie in 2013 verwacht. Zie: <http://www.mednet.nl/actueel/eerste-versie-dsm-v-online-beschikbaar-voor-commentaar-51100.html>.

²² Ingeval van een psychotische stoornis geldt dat het vermogen tot inzicht geheel ontbreekt hetgeen volgt uit het feit dat de stoornis gelijk staat aan oncorrigeerbare dwalingen. Kenmerkend voor een persoonlijkheidsstoornis is dat iemand zich geen redelijke doelen kan stellen tengevolge van pathologische verlangens waarvan hij geen afstand kan nemen. Het vermogen tot overleg is in beginsel niet opgeheven maar meestal wel beperkt.

onderscheid in verschillende gradaties van toerekeningsvatbaarheid²³ ertoe noodzaken dat het onderzoek zich toelegt op de individuele persoon.²⁴

2.3 Het onderzoek

Teneinde tot een voorstel voor toerekeningsvatbaarheid te komen, zal ondermeer worden onderzocht hoe de betrokkene de wereld om zich heen beleeft en hoe hij zich verhoudt tot zichzelf en tot anderen. We bevinden ons dan op het terrein van de beschrijvende psychopathologie. Vervolgens wordt nagegaan in hoeverre deze gegevens uitingvormen zijn van een stoornis waarmee we ons in de kwalificerende ofwel normerende fase bevinden. Bij het onderzoek worden aandachtspunten als het geweten, het vermogen tot empathie, omgang met agressieve gevoelens of gevoeligheden voor verlating of krenking en dergelijke, steeds als onderling samenhangende bestanddelen van een structuur opgevat en worden als “functies” dus niet kunstmatig gescheiden.²⁵ Dat laatste zou van slechts beperkt nut zijn net zoals de classificerende benadering weinig toevoegt.²⁶ De aanwezigheid van een DSM-IV-classificeerbare stoornis is namelijk niet noodzakelijk omdat ook niet-classificeerbare stoornissen de wilsvrijheid kunnen aantasten en daarmee stoornissen in de zin van de wet zijn. Zij is ook niet voldoende omdat ze overwegend gebaseerd is op uitwendige gedragscriteria en derhalve herschreven moet worden in structurele zin (p. 130). Alleen via een individualiserende en interpreterende benadering is het mogelijk een overtuigend en plausibel voorstel ten aanzien van toerekeningsvatbaarheid te doen (p. 131).²⁷

²³ Gradaties zijn in de praktijk ontstaan naar aanleiding van de invoering van tbs. Onderscheiden worden: volledig toerekeningsvatbaar, enigszins verminderd, verminderd, sterk verminderd toerekeningsvatbaar, en ontoerekeningsvatbaar.

²⁴ Zie echter ook: De gradaties zijn een uitvloeisel van het feit dat het Nederlandse strafrecht van oudsher overwegend individualiserend gericht is met aandacht voor de persoon en de omstandigheden (Mooij, 1998, p. 36); “Het werken met een dichotomie (wel/niet-toerekeningsvatbaar) lijkt helder, maar de ervaring leert dat in de rubriek van ontoerekeningsvatbaarheid vaak stoornissen belanden die daar naar strekking van de bepaling eigenlijk niet in thuis horen. Een systeem dat differentiatie toelaat (gradaties HP) is daarom mijns inziens zuiverder en praktischer.” (Mooij, 2010, p. 10) en ten slotte: De gradaties bieden de mogelijkheid het “causale verband” tussen stoornis en delict zorgvuldig uit te werken waardoor het voorstel bediscussieerd kan worden met als uiteindelijk doel de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid te bevorderen terwijl bovendien – en dat is de kern van de zaak - zowel de individualiteit als algemene uitgangspunten (van strafrechtelijke en psychopathologische aard) kunnen worden verdisconteerd (Mooij, 2009, p. 24).

²⁵ Deze interpreterende of hermeneutische benadering kan bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat tegen de schijn van feiten, verschijnselen worden beschouwd als zinhebbend (contrafacticeit); het gaat om herschrijving van hetgeen is geschied binnen een verborgen zinsregister (Mooij, 1998, p. 20, 29).

²⁶ De rubricerende en classificerende psychiatrie (“ik heb die of die stoornis”) doet alsof de stoornis geen deel uitmaakt van de subjectiviteit en bant daarmee het subject uit (Mooij, 1998, p. 67).

²⁷ Omdat het bij het onderzoek bovendien gaat om ziekte, stoornis en gezondheid – die historisch en systematisch bezien onomstotelijk psychiatrische en geen algemeen psychologische of gedragskundige noties zijn – is een oordeel over een stoornis die de toerekeningsvatbaarheid betreft, specifiek en exclusief een psychiatrische oordeel (en geen gedragskundig oordeel) (Mooij, 1989, p. 26).

Juist vanwege de individualiserende en interpreterende benadering kan het niet anders, dan dat een voorstel omtrent toerekeningsvatbaarheid zeer specifiek is en bovendien iets van een constructie in zich draagt. De vereiste zekerheid ligt dan ook niet in de orde van strikt bewijs maar in de orde van aannemelijkheid met vereiste criteria van objectiviteit, inzichtelijkheid en coherentie (p. 131). Dit laatste kan worden aangeduid met prudentie en mits deze goed in acht wordt genomen, leidt deze zeker ook tot een vorm van “evidentie” ook al is die niet gebaseerd op statistiek.²⁸ Deze “prudentiële vorm van evidentie” sluit hiermee bovendien aan bij de strafrechtelijke prudentie ofwel jurisprudentie (p. 131).

Daarnaast gaat het bij het voorstel over toerekeningsvatbaarheid om “partiële toerekening” omdat het betrokken is op het ene ten laste gelegde feit en niets zegt over toerekening met betrekking tot andere feiten (p. 132). Bovendien, hoe iemand iets heeft gedaan – bijvoorbeeld impulsief of met voorbedachte rade – zal tot grote verschillen in uitkomst kunnen leiden waarbij de nuances soms heel subtiel kunnen zijn. Het onderzoek naar toerekeningvatbaarheid is dan ook buitengewoon gecompliceerd en staat tegelijkertijd onder grote druk omdat de belangen zeer groot en vrijwel altijd tegengesteld zijn. Om deze reden weegt prudentie (in de zin van de oorspronkelijk betekenis van verstandige voorzichtigheid) die natuurlijk de kern is of dat althans behoort te zijn van iedere beroepsethiek, in geval van onderzoek naar toerekeningvatbaarheid, extra zwaar.

Bij de bepaling van toerekeningsvatbaarheid kan zich een aantal complicaties voordoen. Zo kunnen mensen door eigen schuld in een situatie terechtkomen van waaruit het delict voortvloeit, de “culpa in causa” (p. 133). Voorbeelden zijn alcohol- of drugsgebruik of situaties waarin de medicatie ingeval van een psychose gestaakt wordt. Over het algemeen betekent dit dat voor de beoordeling of iemand toerekeningsvatbaar was, niet het tijdstip van het begaan van het delict maar een tijdstip daaraan voorafgaand bepalend is.²⁹ In de voorbeelden is dat dan het moment waarop het alcohol- dan wel het drugsgebruik heeft plaatsgevonden³⁰ of het moment waarop het innemen van de medicijnen is gestaakt. Het is niet uitgesloten dat op dat eerdere moment sprake was van ontoerekeningsvatbaarheid,

²⁸ In zijn afscheidsrede getiteld “Prudentie en evidentie”(2009) komt Mooij hierop uitgebreid terug.

²⁹ Met deze tijdstrategie (“het heden is niet slechts een nu-moment, of *Jetzt-Punkt*, zoals Husserl het noemt, maar wat is geweest wordt in het heden vastgehouden.. en er wordt vooruitgegrepen op wat nog komt..”(Mooij 1998, p. 113)) wordt verantwoordelijkheid uitgebreid naar de gehele levensgeschiedenis en “accentueert op extreme wijze de actieve, verantwoordelijke pool van het menselijke bestaan”. (Mooij, 1998, p. 111).

³⁰ Voor een filosofische beschouwing van “de zuchtige houding” en de dialectiek tussen afhankelijkheid en verantwoordelijkheid (Heidegger’s geworpenheid en ontwerp) als twee polen van het menselijke bestaan,(Mooij, 1998, pp. 111-116).

bijvoorbeeld omdat de verslavingsproblematiek die aan de orde is, voortvloeit uit een specifieke psychische stoornis of dat het staken van de medicatie inherent is aan de stoornis zelf. Ook dit oordeel kan niet anders dan interpreterend of hermeneutisch tot stand kan komen.

Verder doet zich een complicatie voor als de verdachte ontkent het delict te hebben begaan of een bepaalde kwalificatie daarvan betwist (medeplichtigheid wordt erkend maar mede plegen wordt betwist). Het onderzoek wordt bemoeilijkt omdat het delict dan niet met de betrokkenen kan worden doorgesproken, terwijl bovendien het risico bestaat dat mogelijk wordt bijgedragen aan waarheidsvinding of beïnvloeding van de overtuiging van de rechter, hetgeen uitdrukkelijk niet tot het doel van een onderzoek naar toerekeningsvatbaarheid behoort (p. 135). In dit geval is terughoudendheid geboden en zal alleen in gevallen waarin heel duidelijk sprake is van een relevante stoornis, mogelijk toch een voorstel worden gedaan (p. 135).³¹

Behalve uit de wijze waarop de vraag naar toerekeningsvatbaarheid en toerekening wordt gesteld en wordt beantwoord kan ter verdediging van het mensbeeld van het recht ook worden teruggegrepen op de historische context. Dit komt in het volgende hoofdstuk aan de orde.

³¹ Toevoeging: In de literatuur is tot nu toe vergeefs gepleit voor een twee-fasen proces waarbij het onderzoek pas plaatsvindt nadat vast is komen te staan dat de verdachte het delict heeft begaan. In de huidige praktijk wordt het voorstel voor toerekeningsvatbaarheid gedaan onder het voorbehoud dat bewezen is dat de verdachte het delict heeft gepleegd maar dat heeft slechts betrekking op de doorwerking van de stoornis in het delict en niet op de stoornis zelf! Die diagnose dient in alle gevallen overeind te blijven. Verder: Aan de verdachte die weigert aan een onderzoek mee te werken – de weigerachtige observandus - wordt geen aandacht geschonken. Eerder heeft Mooij echter betoogd dat het van belang is dat in de oplegging van tbs een aspect van keuze en daarmee een eigen verantwoordelijkheid vervat is en dat de enige mogelijkheid daartoe is tijdens het onderzoek naar toerekeningsvatbaarheid (meewerken of juist niet) en dat alleen op deze wijze tbs met zijn verstrekkende gevolgen – duur, delictonevenredigheid, dwangverpleging die in feite neerkomt op dwang*behandeling* omdat aan het behandelings”aanbod” nauwelijks valt te ontkomen – gelegitimeerd kan worden (Mooij, 1998/2004, p. 129 e.v.). Overigens staat de weigering mee te werken aan het onderzoek het opleggen van tbs niet in de weg. Zie voor een recente uitspraak (27 juli 2010) waarbij slechts op basis van bestudering van het strafdossier tot tbs is geadviseerd en deze ook is opgelegd: LJN: BN2525, Rechtbank Breda, 02/812580-09 en een nog recentere uitspraak (18 mei 2011) in de “Hoogerheide zaak” waarin het Hof tot een stoornis oordeelt en tbs oplegt op basis van een gedragskundig onderzoek uit 2004 alsmede op basis van gedrag kort voor en na het plegen van het delict ondanks dat het PBC geen stoornis heeft geconstateerd op basis van het penitentiair dossier (ook Julien C. weigerde mee te werken aan een onderzoek): LJN: BQ4981, Gerechtshof Arnhem, 21-004515-09.

Hoofdstuk 3 - Waarden van de moderniteit

Aan het formele schema in het vorige hoofdstuk waarbij uiteindelijk “strafbaar feit” en psychische stoornis” samenkomen in het oordeel over de toerekeningsvatbaarheid van de verdachte en toerekening van het ten laste gelegde, ligt een mensbeeld ten grondslag waarin de mens een wezen is dat handelt en zich hierin laat leiden door feitelijke omstandigheden en heersende normen en bovendien beschikt over een zekere mate van vrijheid van handelen (p. 14). Of er vervolgens sprake is van gevaar waaraan de samenleving niet mag worden blootgesteld hangt af van gedragingen - de feitelijke component - maar ook van de waarden die door de samenleving worden gekoesterd en die het strafrecht heeft te beschermen - de normatieve component - met als centrale waarde die van de autonomie. Strafrechtelijke waarden maken deel uit van de moderne waarden maar zijn tegelijkertijd verbonden met meer traditionele overtuigingen. Hiermee is het recht onderdeel van een morele traditie die het moderne denken en wat daaraan voorafgaat omspant (p.190). We zullen nu nagaan hoe het denken over waarden zich vanaf de moderniteit heeft voltrokken en hoe deze waarden zich via het strafrecht en de psychiatrie, binnen de forensische psychiatrie hebben geconcretiseerd.

3.1 Moderniteit

De moderne tijd kenmerkt zich door een verstrekkende en principiële breuk met de harmoniegedachte die vanaf de Oudheid gangbaar was en waarin werd verondersteld dat werkelijkheid en kennis op elkaar zijn afgestemd en dat betekenissen als het ware in de werkelijkheid zelf besloten liggen. De mens oriënteerde zich aan wat natuurlijk gegeven was en daarin paste een ordening waarin alles, hijzelf inbegrepen, een vaste plaats had.

De breuk tussen mens en werkelijkheid manifesteerde zich met het inzicht dat de kennende vermogens van de mens zelf van grote invloed zijn op wat en hoe iets gekend wordt en dat hij daarin zelf de ordeningen aanbrengt. Zo komt hem een vrijheid van ontwerp toe en kan hij een verscheidenheid aan wereldbeelden construeren (p. 192).

In het verlengde hiervan ontstaat een scheiding tussen zijn en behoren. Omdat de mens op een instrumentele manier een beeld van de werkelijkheid ontwerpt, is niet af te leiden hoe de werkelijkheid “echt” is (pp. 192-193). Sinds de moderne tijd wordt alom erkend dat het onmogelijk is om waarden uit feiten af te leiden en dat heeft ertoe geleid dat er een breuk is ontstaan met de traditionele Aristotelische ethiek met de natuur als grondslag voor het goede leven. Er moest een nieuwe grondslag uitgedacht worden die Kant met zijn categorische imperatief vond in het beginsel van de universalisering.

Ten slotte kenmerkt de moderne tijd zich door een breuk tussen natuur en cultuur. Nu cultuur niet meer datgene is wat de mens op een natuurlijke wijze omgeeft wordt het noodzakelijk het samenlevingsverband opnieuw te doordenken. Het resultaat is het sociaal-contractdenken waarbij burgers onderling afspraken maken en een maatschappelijk contract aangaan (p. 193). Sinds de moderne tijd moeten waarden in die zin worden gerelativeerd dat ze niet langer kunnen bogen op een zekere mate van objectiviteit maar moeten worden beschouwd als waarderingen die de mens zelf heeft aangebracht.

Er zijn twee waardecomplexen van de moderniteit die we als volgt kunnen weergeven. Om te beginnen is er de aansporing om zich niet te laten leiden door religie, traditie of natuur maar het eigen leven vorm te geven en daarvoor verantwoordelijkheid te dragen. Dit waardecomplex van vrijheid en zelfbepaling leidt tot echter tot het tweede waardecomplex en dat is dat van maakbaarheid en doelmatigheid. Beide – subjectiviteit en instrumentaliteit - gaan dus hand in hand (p. 195). Deze waarden zijn weliswaar verbonden met de premoderne tijd waarin zelfbepaling en doelmatigheid eveneens een zeker gewicht hadden maar er zijn zoals we zagen, belangrijke verschillen in de invulling die hieraan wordt gegeven.³²

Met de waardecomplexen subjectiviteit en instrumentaliteit is de moderniteit echter ook gespleten. Weliswaar is het laatste een uitvloeisel van het eerste maar er is een antagonisme omdat hun effecten tegengesteld zijn. “Het accent op de subjectiviteit leidt tot een sterke waardering van de innerlijkheid die zich aan beheersing en transparantie onttrekt, terwijl de instrumentele verhouding juist in het teken van de beheersing staat.” (p. 196). Er is sprake van een soort dialectiek van de moderniteit volgens welke deze zich op een gegeven moment dan wel noodzakelijk tegen zichzelf keert (p. 196).³³ De vrijheid moet zich verwezenlijken door middel van instrumenten waarmee de samenleving gestuurd kan worden. Maar de overwaardering van de sfeer van instrumentaliteit en transparantie gaat ten koste van de vrijheid en innerlijkheid.

³² Doelmatigheid had in de Oudheid niet de betekenis van effectiviteit maar was ingebed in een wereld waarin men uitging van een natuurlijke gerichtheid op een voorgegeven doel die onderdeel uitmaakte van een omvattende ordening (p. 195).

³³ Deze dialectiek is oorspronkelijk door Horkheimer en Adorno gesignaleerd en beschreven in het werk *Dialektik der Aufklärung*, (p. 196 en p. 209, noot 12).

3.2 Waarden binnen strafrecht en psychiatrie

Eenzelfde gespletenheid zien we terug bij het strafrecht en de psychiatrie. Zo treffen we in het materiële strafrecht “getemperd” universele waarden aan die het verbindt met premoderne strafrechtelijke bepalingen zoals de bescherming van lijf en goed en van een minimale vorm van gemeenschapsverband die ondermeer in zedelijkheidswetgeving tot uitdrukking komt. De moderne invloed vinden we terug in de zeer terughoudende opstelling als het gaat om de wijze waarop mensen hun leven inhoud geven (p. 197)³⁴.

Echter, het strafrecht heeft ook de instrumentele taak bij te dragen aan de basale ordening van de samenleving om mensen in staat te stellen hun leven vorm te even. Het risico is evenwel dat de regelgeving die hiermee gepaard gaat leidt tot verregaande instrumentalisering, ook van menselijke relaties zelf. De dialectiek is dan dat deze ontwikkeling leidt tot inperking van het bereik van de zelfbepaling en de individuele vrijheid (p. 198). Toch staat in de huidige tijd niet de zorg om de vrijheid centraal maar is het veeleer het *gevoel* van onveiligheid dat grote groepen burgers parten speelt. De nadruk ligt hier op gevoel omdat de algemene veiligheid in de afgelopen jaren feitelijk juist zeer sterk is toegenomen. De verklaring lijkt dan ook te moeten worden gezocht in de verzakelijking van menselijke relaties. De paradox is nu dat de roep om meer instrumenten om de veiligheid te bewaken het gevoel van onveiligheid alleen maar zal doet toenemen. Het is de taak van het strafrecht om te grote druk vanuit de samenleving te weerstaan en juist ook het andere waardecomplex van de moderniteit, de sfeer van vrijheid en verantwoordelijkheid te bewaken.

Een dergelijke terughoudende opstelling waar het gaat om het blindelings achterna lopen van actuele ontwikkelingen, past ook de psychiatrie. Net als het strafrecht dient de psychiatrie haar intrinsieke waarden, die eveneens als “getemperd” universeel kunnen worden bestempeld, te koesteren. Daarbij stuit zij echter op dezelfde spanningsverhouding tussen de sferen van subjectiviteit en instrumentaliteit.

De sfeer van subjectiviteit kenmerkt zich binnen de psychiatrie door de aandacht voor de innerlijke belevingswereld en wel als beschrijvende psychopathologie in twee gedaantes. De

³⁴ Het voorbeeld dat wordt gegeven is dat belediging is verboden maar dat dit verbod wordt begrensd door het recht op vrijheid van meningsuiting.

eerste is de fenomenologie met aandacht voor het innerlijk beleven; de tweede is de psychodynamiek met aandacht voor de innerlijke conflictmatigheid (p. 200).³⁵

De sfeer van instrumentaliteit, de andere pool van de moderniteit, vertaalt zich in een psychiatrie die zich richt op lichamelijke en biologische factoren en daarmee op de buitenkant. Psychische stoornis wordt niet meer in verband gebracht met de eigen levensvoering maar met een disfunctie van de hersenen waarmee in plaats van het begrip “conflict” dat van “defect” naar voren treedt. Levensproblemen worden gemedicaliseerd nadat ze eerst als stoornis zijn gerubriceerd waarna ze biologisch of gedragsmatig en instrumenteel worden behandeld (p. 201).³⁶ Hierbij wordt een stoornis niet langer beschouwd als iets waaraan men door een bepaalde leefwijze mogelijk zelf ook heeft bijgedragen maar als een lichamelijk defect waaraan men nu eenmaal niets kan doen. Ook binnen de psychiatrie zien we dus de dialectiek van de moderne tijd waarbij een toename van de maakbaarheid en de beheersbaarheid op een zeker moment kan omslaan in een beperking van verantwoordelijkheid en vrijheid (p. 202).

3.3 Forensische psychiatrie

De forensische psychiatrie ontleent haar bestaan aan het recht en als afgeleide van het moderne recht en de moderne psychiatrie, neemt zij deel aan de gemeenschappelijke waardeproblematiek. Ook bij de forensische psychiatrie vinden we de spanningsrelatie terug. Bij het onderzoek naar toerekeningsvatbaarheid staat de waarde van de subjectiviteit centraal in de zin van mogelijke beperkingen van de zelfbepaling terwijl de vaststelling daarvan een opstap is naar een mogelijk maatregel van terbeschikkingstelling die geheel in de sfeer van controle en beheersing ligt.

De druk om het accent op de beheersing te leggen is sterk toegenomen. Ten dele is dit legitiem (p. 203)³⁷ maar er is ook een tendens om het heersend gevoel van onveiligheid te kanaliseren door beheersingsinstrumenten te intensiveren of uit te breiden zonder dat die inzet redelijk verantwoord of doelmatig is (p. 204). Ook de opkomst binnen de forensische

³⁵ Dit laatste is een direct uitvloeisel van de moderniteit. Terwijl in de premoderne tijd sprake was van harmonie, is er in de moderne tijd een tegenstelling tussen menselijke verlangens en de eisen van de cultuur. Dit weerspiegelt zich in moderne vormen van stoornis zoals neurotische problematiek en verwante vormen van persoonlijkheidsstoornissen genoemd (p. 200). Vgl. ook p. 211, noot 19, waarin verwezen wordt naar Freud's werk “Het onbehagen in de cultuur” (1930).

³⁶ Behandeling geschiedt volgens strikt gereguleerde diagnose-behandelcombinaties (DBC's) en wordt indien herstel niet mogelijk is, beperkt tot acceptatie en controle van het defect (“no cure but control”).

³⁷ Een voorbeeld is de sterkere oriëntatie op gedragsmatige interventie en meetbare efficiëntie.

psychiatrie en psychologie van actuariële (statistische) risicotaxatie of een op actuariële gegevens gebaseerde klinische weging zijn voorbeelden van toenemende controle en beheersing. Pleidooien hiervoor zijn legitiem voor zover deze bijdragen aan meer betrouwbare uitkomsten maar dat kan slechts beperkt het geval zijn omdat een strafrechtelijke benadering van de kans op herhaling door het verband met een psychische stoornis fundamenteel van een actuariële risicotaxatie verschilt. Het beheersingsmodel is dan ook beperkt toepasbaar binnen de forensische psychiatrie.

Door het wegvallen van gemeenschapsverbanden is voor het strafrecht een grotere taak weggelegd als het gaat om het behoeden van normen en waarden. Waar als gevolg van het wegvallen van bindingen stoornissen optreden of meer zichtbaar worden, is ook voor de psychiatrie een grotere rol is weggelegd in het onderkennen en het behandelen daarvan. De vraag die bij uitbreiding of introductie van nieuwe instrumenten echter gesteld dient te worden is of het totaal van instrumenten de samenleving niet doet veranderen in iets dat niemand bij de introductie van een afzonderlijk instrument heeft gewild (p. 206). De psychiatrie moet er op haar beurt op bedacht zijn dat een wetenschapspraktijk van harde interventie niet teveel ten koste gaat van de sfeer van de subjectiviteit. Het recht en de (forensische) psychiatrie hebben zowel de pool van subjectiviteit als instrumentaliteit nodig willen zij voluit modern en vitaal zijn (p. 207).

Deel II – Reflectie en kritiek

Met zijn boek “Toerekeningsvatbaarheid. Over handelingsvrijheid” maakt Mooij duidelijk dat het begrip toerekeningsvatbaarheid zoals hij zegt “niet los verkrijgbaar” is maar deel uitmaakt van een veel groter geheel, kan bogen op een lange traditie en gefundeerd is op het door hem geschetste mensbeeld. Dit mensbeeld staat echter door de wetenschappelijke ontwikkelingen steeds meer onder druk.

Ten tijde van de verschijning van Mooij’s boek over toerekeningsvatbaarheid werd vastgesteld dat de praktijk een stuk weerbarstiger is dan uit zijn boek blijkt. Sindsdien hebben de discussies over het onderwerp zoals we in de inleiding zagen, zich verdiept en verbreed. Dit heeft Mooij er wellicht toe genoopt om bij zijn afscheid als hoogleraar (Mooij, 2009)³⁸ en nu meer expliciet vanuit zijn fenomenologisch en hermeneutisch perspectief, voor toerekeningsvatbaarheid nogmaals een lans te breken. Meer nog dan in zijn boek over toerekeningsvatbaarheid benadrukt Mooij dat de “evidence based” benadering hoezeer deze zich op tal van wetenschapsgebieden ook heeft bewezen, niet het enige antwoord kan zijn. Dat kan het niet zijn binnen de psychiatrie en dat kan het zeker niet zijn binnen de forensische psychiatrie en het recht. Deze hebben immers gemeen dat hierin de persoon met zijn belevingswereld centraal staat. Hij herhaalt dat op die terreinen een wat hij noemt prudentiële interpreterende benadering noodzakelijk is die weliswaar niet leidt tot “hard bewijs” maar niettemin wetenschap is, ook al kunnen de uitspraken niet anders dan in de orde van aannemelijkheid zijn. Ze voldoen namelijk wel degelijk aan wetenschappelijke vereisten als objectiveerbaarheid, inzichtelijkheid en coherentie en dit geldt evenzeer de voorstellen voor toerekeningsvatbaarheid. Tegelijkertijd signaleert Mooij dat de “evidence based” benadering op zo’n grote schaal aan invloed wint, dat de trend van instrumentele sturing nauwelijks lijkt te keren en houdt hij er ernstig rekening mee dat de vraag naar toerekeningsvatbaarheid in dit klimaat zal sneuvelen.

In dit tweede deel wordt op het werk van Antoine Mooij nader gereflecteerd aan de hand van de belangrijkste discussiepunten in het hedendaagse debat over toerekeningvatbaarheid. Achtereenvolgens zijn dit de vrije wil, de wijze waarop het onderzoek naar toerekeningsvatbaarheid wordt uitgevoerd en de *mad or bad* problematiek. Deze hoofdstukken worden telkens afgesloten met een kort “tot besluit”.

³⁸ Rede uitgesproken ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar psychiatrische aspecten van de rechtspraak met name de forensische psychiatrie aan de Universiteit Utrecht .

Hoofdstuk 4 – De vrije wil

Zowel in zijn boek over toerekeningsvatbaarheid als in zijn afscheidsrede verwijst Mooij naar “een zekere dualiteit” tussen de sfeer van de natuurcausaliteit en de sfeer van het psychische (intentionaliteit en wilsvrijheid). Hij wijst er ook op dat juist omdat wilsvrijheid een voorwaardelijke vrijheid is - want extern bepaald door het biologische substraat en intern door psychische en culturele factoren - dit betekent dat wilsvrijheid niet iets metafysisch is waarover geen verantwoorde uitspraken zouden kunnen worden gedaan. “Het probleem ligt zeker niet bij de operationalisering van de sfeer van intentionaliteit en wilsvrijheid, maar ligt bij de toelating van het kader als geheel. En daar ligt wel een steen des aanstoots. De gaping tussen de twee sferen is niet gedicht en er blijft een “explanatory gap” bestaan.” (2009, p. 20). In een nog recenter artikel betoogt Mooij dat de wilsvrijheid binnen het strafrecht niet uitputtend hoeft te worden gerechtvaardigd, maar dat deze wordt gepostuleerd en dat de rechtvaardiging een kwestie is van de filosofie (2010, p. 11). Hij herhaalt dat wilsvrijheid is ingebed in het betekenisveld van begrippen (zoals actorschap en intentionaliteit) en dat de discussie dient te gaan over de toelating van dit betekenisveld en niet over “metafysisch determinisme versus indeterminisme.” (Mooij, 2010, pp. 12-13). En uiteraard wijst hij er opnieuw op dat zonder de erkenning van het bestaan van de vrije wil, er eigenlijk geen strafrecht mogelijk is.³⁹

Het is opvallend dat Mooij in het meest recente artikel betoogt dat de wilsvrijheid binnen het strafrecht slechts wordt gepostuleerd terwijl de vrije wil juist in zijn boek over toerekeningsvatbaarheid de rode draad is die tot uitdrukking komt in alle noties die Mooij achtereenvolgens behandelt. Anderzijds is het typerend dat Mooij spreekt van “metafysisch determinisme versus indeterminisme”, omdat wat in het geding is concrete onderzoeksresultaten zijn die wijzen op het gedetermineerd zijn van gedrag. Juist omdat die resultaten niet metafysisch zijn en mogelijk consequenties hebben voor de rechtspraktijk en de vraag naar toerekeningsvatbaarheid dient hierop een antwoord te worden geformuleerd.

³⁹ Vgl. ook Van Roermund die eraan toevoegt dat als de vrije wil niet zou bestaan, dat consequenties heeft voor alle betrokkenen in het strafproces dus ook voor de rechter die over de verdachte moet oordelen maar dat niet “in vrijheid” kan doen. Omdat hiermee de basis wegvalt voor het strafrecht, maar ook van iedere normatieve orde, zou het volstrekt onvruchtbaar zijn om een discussie over vrije wil versus determinisme nieuw leven in te blazen (Van Roermund, 2003, p. 14). Vgl. ook Mackor in reactie op Dawkins: “Als Dawkins meent dat het feit dat zijn eigen denken en doen volledig gedetermineerd is, impliceert dat praktijken waarbinnen we elkaar moreel en juridisch verantwoordelijk houden achterhaald zijn, en moet hij, op straffe van inconsistentie, ook de opvatting verdedigen dat de praktijken van het verantwoorden van wetenschappelijke theorieën even achterhaald en onzinnig zijn als deze morele en deze juridische praktijken. Onze wetenschappelijke opvattingen zijn immers niet minder (of meer) gedetermineerd dan onze morele opvattingen.”(Mackor, 2008, p. 311).

Mooij beweegt niet mee, hij volhardt in zijn stelling dat het “naturalistisch mensbeeld” niet is te verenigen met het recht en verwijst voor het overige naar de filosofie.

Vanuit de filosofie is het tot op heden evenwel onmogelijk gebleken een eenduidig antwoord op de vraag naar het bestaan van de vrije wil te geven in zoverre dat filosofen niet in staat zijn de vrije wil empirisch aan te tonen.⁴⁰ Rechters worden echter ondertussen wel rechtstreeks geconfronteerd met verdachten die met een beroep op ontwikkelingen binnen de neurowetenschappen en genetica⁴¹ vrije wil dan wel verantwoordelijkheid afwijzen.⁴² Het kan dan ook niet anders dan dat binnen het kader van de behandeling van een onderwerp als toerekeningsvatbaarheid er ten minste bij wordt stilgestaan hoe met deze ontwikkelingen kan worden omgegaan⁴³. Wat betekenen genoemde ontwikkelingen nu precies voor de strafrechtpraktijk en toerekeningsvatbaarheid in het bijzonder? Hierbij kunnen we verschillende benaderingen onderscheiden. Door de hoogleraar rechtspsychologie Van Koppen is onder meer vanwege de onzekerheid over het bestaan van de vrije wil voorgesteld om het begrip toerekeningsvatbaarheid als “een onzinnige en onhoudbare juridische fictie” geheel uit de wet te schrappen (Van Koppen, 2004, pp. 221-228).⁴⁴ De evolutiebioloog Richard Dawkins meent stellig dat morele beginselen onverenigbaar zijn met een wetenschappelijk opvatting van menselijk gedrag en zijn rechtszaken die de schuldvraag of de verminderde toerekeningsvatbaarheid van mensen tot inzet hebben even onzinnig als rechtszaken tegen auto’s (Mackor, 2008, p. 299). Ook de Belgische moraafilosoof Jan Verplaetse is zoals hij dat zelf noemt een “radicale ontkenner” van de vrije wil maar hij is van mening dat onze morele intuïties nog niet rijp zijn voor een recht zonder vrije wil en verantwoordelijkheid omdat we nog schuldigen nodig hebben. Verplaetse verwacht dat naarmate de wetenschap (nog) helderder maakt waarom mensen niet vrij zijn om bijvoorbeeld

⁴⁰ “The persistence of the free will problem in philosophy seems to me something of a scandal”. John Searle, geciteerd in Tijdschrift voor Psychiatrie 51 (Meynen, 2009a, p. 874).

⁴¹ Een voorbeeld is het onderzoek van de Leidse psychologe Eveline Crone naar het puberbrein waaruit blijkt dat pubers minder verantwoordelijk zijn voor hun gedrag omdat hun hersenen nog niet zijn volgroeid (Crone, 2008).

⁴² Vergelijk het artikel in NRC Handelsblad getiteld “Het waren mijn genen, edelachtbare, niet ik” naar aanleiding van een vonnis in Italië waarin bij de strafmaat rekening gehouden werd met een genetisch defect van de dader (Jensma, 2009).

⁴³ Dat justitie geïnteresseerd is in mogelijke implicaties van neurowetenschappelijk onderzoek voor de strafrechtpraktijk moge blijken uit een door haar georganiseerd congres in 2007 “Cognitie en justitie”, [http://www.nwo.nl/files.nsf/pages/NWOA_77FCRY/\\$file/Folder%20-%20def%20\(1\)%20\(FldJustitiCognitieK1409\).pdf](http://www.nwo.nl/files.nsf/pages/NWOA_77FCRY/$file/Folder%20-%20def%20(1)%20(FldJustitiCognitieK1409).pdf).

⁴⁴ Als reactie hierop: “Van Koppen trekt hier van leer tegen wetenschapsgebieden en –technieken – ik doel vooral op psychiatrische rapportages – waarvan menig lezer zich zal afvragen of een psycholoog (want dat is Van Koppen) daarover wel zo snel zo’n vernietigend en soms erg ongenueanceerd oordeel kan uitspreken.” (Hielkema, 2005, p. 41).

misdriven niet te begaan, we deze intuïties beetje bij beetje zullen aanpassen. (Verplaetse, 2010). De rechtspsycholoog Corine de Ruiter spreekt van een “paradigmashift” en meent dat de neurowetenschappen in de toekomst de strafrechtelijke doctrine over vrije wil (en toerekeningsvatbaarheid) ingrijpend zullen beïnvloeden (De Ruiter, 2008, p. 308).

Een voorbeeld van een auteur die heeft gestreefd naar een genuanceerde benadering, is de filosofe en juriste Ruth Ann Mackor. Haar voorstel is dat met betrekking tot de uitkomsten van neurowetenschappelijk onderzoek steeds drie vragen worden gesteld (Mackor, 2008 p. 300):

- a. Heeft het onderzoek gevolgen voor het voortbestaan van onze morele en juridische *praktijken* waarin “verantwoordelijkheid”, “straf”, en “toerekeningsvatbaarheid” centrale concepten zijn op zo’n manier dat onderzoek aantoont dat dergelijke praktijken *onhoudbaar* zijn of *overbodig* zijn?
- b. Kan het onderzoek leiden tot *herziening* van die praktijken doordat ze aanleiding geeft tot een nieuwe *interpretatie* van centrale begrippen in die praktijken, met name van het begrip “verantwoordelijkheid”?
- c. Kan gegeven de praktijken én de begrippen zoals die in deze praktijken gehanteerd worden, neurowetenschappelijk onderzoek leiden tot een andere, betere beoordeling van de (mate) van verantwoordelijkheid van *specifieke (categorieën) personen*?

De benadering van Mackor geeft wat meer houvast in de discussie. Overigens beantwoordt Mackor de door haar opgeworpen vragen in haar artikel “Strafrecht en neurowetenschappen. Hoop, huiver of Hype?” in die zin dat neurowetenschappelijke ontdekkingen inderdaad gevolgen hebben voor het strafrecht, maar slechts voor zover het aspecten als behandeling van stoornissen en het bepalen van het recidiverisico betreft. De vrije wil en verantwoordelijkheid zouden niet in het geding zijn omdat anders dan neurowetenschappers die de wereld bekijken vanuit het perspectief van de theoretische rede (het zoeken van verklaringen en zo mogelijk voorspellingen), juristen dat doen vanuit het perspectief van de praktische rede (“Wat behoort ik te doen?”). De verwarring ontstaat doordat juristen ten onrechte toelaten dat de neurowetenschappers de kaders van het debat bepalen⁴⁵ terwijl het bestaan van de vrije wil

⁴⁵ Vergelijk ook: “We lijken dus met elkaar te hebben beslist waar de beslissing valt over onze vrijheid: in de neurowetenschap” (Meynen, 2008, p. 292).

niet empirisch kan worden vastgelegd (Mackor, 2010a, pp. 3-8). Ten slotte wordt wel verdedigd zoals ook door Mooij gesignaleerd is, dat het gaat om de *ervaring* van vrijheid en dat de vrije wil en verantwoordelijkheid slechts constructies zijn.⁴⁶ Voor het probleem hoe om te gaan met (neuro)wetenschappelijke bevindingen brengt ons dit niet veel verder aangezien deze constructies hiervoor niet immuun zijn en de domeinen niet duurzaam uit elkaar zijn te houden temeer omdat onze samenleving sterk verwetenschappelijkt is (Meynen, 2009, pp. 47-48).⁴⁷

Zolang noch de filosofie noch de neurowetenschappen het probleem van de vrije wil hebben opgelost, kan er geen sprake zijn van een paradigmawisseling en moeten juristen en forensisch gedragskundigen in de tussentijd hun eigen plan trekken. Juristen dienen van een eigen verantwoordelijkheid uit te gaan tenzij gedragskundigen gemotiveerd aantonen dat een stoornis hieraan in de weg staat. De gedragskundigen dienen zich sterk te gaan maken voor onderzoek naar de invloed van psychiatrische stoornissen op de beslissingen die mensen nemen (Meynen, 2009, pp. 50-51). Bovendien is het belangrijk dat ook forensisch onderzoek zoveel mogelijk “in the state of the art” wordt verricht en dat de bereidheid bestaat het neurobiologisch gedragsmodel⁴⁸ daarin te betrekken (Van Marle, 2009, p. 266).

Tot besluit

Mooij heeft zich verdiept in het filosofisch debat over de vraag of de vrije wil al dan niet bestaat en hij besteedt hieraan in zijn werk ruime aandacht. Met betrekking tot de vrije wil lijkt zijn standpunt ten opzichte van zijn boek over toerekeningsvatbaarheid veranderd in de

⁴⁶ Opvatting van de hersenwetenschapper Gazzangia, (Meynen, 2009, pp. 46-47), betwist met het argument dat neurowetenschappen weliswaar niet het laatste woord hebben maar wel een belangrijke bijdrage kunnen leveren als het gaat om de vraag of naast cognitieve, ook affectieve of motivationele competenties voorwaarde zijn voor verantwoordelijkheid (Mackor, 2008, p. 302).

⁴⁷ Forensisch psychiaters moeten zich ondertussen bewust zijn van het onderscheid tussen de metafysische vraag naar de vrije wil en het forensische probleem wat nodig is om toerekeningsvatbaar te zijn (Meynen, 2009a, p. 878) want de essentie blijft voornamelijk of er sprake is van pathologie in de zin dat er afwijkingen zijn van de “normale” gezonde mens (Van Marle, 2009, p. 265).

⁴⁸ De psychosociologische bevindingen in de afgelopen decennia, brachten geleidelijk een heel ander mensbeeld teweeg namelijk één van een biologisch gedetermineerde mens die zich pas achteraf realiseert wat hij heeft gedaan (Van Marle 2009, pp. 257-258). Hier wordt verwezen naar het beroemde onderzoek van Libet waaruit blijkt dat er anticiperende, niet bewuste hersenactiviteit plaatsvindt voordat er een “bewuste” handeling wordt verricht, hetgeen volgens de auteur overigens helemaal niet kan worden opgevat als een verklaring voor het ontbreken van een “vrije wil” (Van Marle idem, p. 264). Dit onderzoek van Libet keert in publicaties over het al dan niet bestaan van de vrije wil telkens terug.

zin dat hij nu stelt dat de vrije wil niet hoeft te worden gerechtvaardigd – behoudens dan in de filosofie - maar binnen het strafrecht gepostuleerd wordt. Op de vraag wat concrete wetenschappelijke ontwikkelingen die de vrije wil betreffen nu precies betekenen voor de strafrechtpraktijk en de toerekeningsvatbaarheid, blijken meerdere antwoorden mogelijk te zijn. Mooij's positie is in feite dat hij hierover niet wil discussiëren omdat hij kennelijk vindt dat zonder de vrije wil er geen sprake van "echt" strafrecht kan zijn. Aan wat in dit hoofdstuk naar voren is gebracht, kan worden toegevoegd dat ook als er geen vrije wil is, de vraag of een misdrijf kan worden toegerekend, in een bepaalde vorm mogelijk toch kan blijven bestaan. Immers, uit het feit dat de vrije wil ontbreekt volgt niet per definitie een misdrijf. Als de verdachte daartoe niettemin overgaat, zal de rechter net als nu geïnteresseerd zijn in de omstandigheden en zijn verhaal. Het ontbreken van een vrije wil betekent bovendien niet dat je niet kunt inzien dat het anders had moeten of dat je niet anders had gewild. "Straf" verandert echter van karakter want dient niet langer vergelding maar behandeling. Het niet hebben van een vrije wil impliceert immers niet dat gedrag niet beïnvloed kan worden? Het debat over de vrije wil zal naar verwachting voorlopig nog voortduren. Het lijkt gewenst dat Mooij zich minder defensief opstelt en doordenkt wat concrete onderzoeksresultaten voor de rechtspraktijk en toerekeningsvatbaarheid betekenen maar ook hoe de strafrechtpraktijk eruit kan zien als de vrije wil niet blijkt te bestaan.

Hoofdstuk 5 - Het onderzoek

Het vaststellen van een stoornis in het kader van het onderzoek naar toerekeningsvatbaarheid kan niet anders dan retrospectief plaatsvinden. Immers, het gaat om de vraag of er sprake was van een stoornis ten tijde van hetgeen ten laste is gelegd en dat is een gebeurtenis die in het verleden heeft plaatsgevonden. Sommige critici zijn van mening dat dit principieel onmogelijk is en dat alleen al om die reden de vraag naar toerekeningsvatbaarheid dient te worden geschrapt⁴⁹. Daarnaast bestaat er geen consensus over de wijze waarop het onderzoek dient plaats te vinden en wordt betwist dat er een zinvolle uitspraak kan worden gedaan over de doorwerking van een eventuele stoornis in een delict. Ten slotte bestaan er grote verschillen van mening over de wijze waarop het recidiverisico kan worden vastgesteld.

Ondanks dat Antoine Mooij zich hierover niet expliciet uitspreekt, lijkt er bij hem geen twijfel over te bestaan dat het mogelijk is met terugwerkende kracht onderzoek te doen naar de geestesgesteldheid van de verdachte. Evenmin staat er iets aan de weg om vervolgens vast te stellen of er een causaal verband bestond tussen een eventuele stoornis en het delict mits althans het onderzoek op de juiste wijze – dat wil zeggen in een individualiserende benadering met aandacht en oog voor de innerlijke belevingswereld van de verdachte – geschiedt en mits wordt erkend dat het uiteindelijke oordeel niet anders dan van de orde van aannemelijkheid zijn kan.⁵⁰ Hetzelfde geldt voor de bepaling van het recidiverisico dat wil zeggen, de uitspraak over de mogelijkheid dat door deze verdachte vanuit dezelfde stoornis opnieuw een soortgelijk delict wordt begaan.

Van het schrappen van de vraag naar toerekeningsvatbaarheid is vooralsnog geen sprake, maar de aanhoudende kritiek op de onderzoeksmethoden heeft inmiddels wel gevolgen. De klinische en individualiserende onderzoeken op basis van het psychodynamische model dat het Pieter Baan Centrum⁵¹ van oudsher hanteert staat al geruime tijd aan kritiek bloot⁵², vooral

⁴⁹ Een argument is dat er geen tests bestaan waarmee iemands toestand in het verleden kan worden vastgesteld terwijl van veel stoornissen bovendien niet kan worden uitgesloten dat die zijn ontstaan door het misdrijf zelf of door de manier waarop verdachte in detentie is gehouden (Van Koppen, 2004, p. 224). Zie ook de polemiek naar aanleiding van de casus Anjummer pensionmoorden waar dit laatste argument door critici van het onderzoek door het PBC werd aangevoerd (de Ruiter, 2007a, Barendregt, 2008). Overigens betwistten een aantal psychiaters al ten tijde van de totstandkoming van art. 37 Sr. dat het mogelijk was een causaal verband tussen stoornis en delict aan te tonen (Hazewinkel-Surringa, 1984, p. 231 e.v.).

⁵⁰ Anders: een oordeel over de toerekeningsvatbaarheid kan adequaat voorspeld worden door twee elementen: de gruwelijkheid van het gepleegde delict en een oordeel over de huidige toestand van de verdachte (Tuinier geciteerd in Van Koppen, 2004, p. 227).

⁵¹ Sinds de samenvoeging met de Forensisch Psychiatrische dienst is het Pieter Baan Centrum formeel een vestiging van het Nederlands Instituut voor Forensische Psychiatrie en Psychologie (NIFP).

sinds de forensische psychiatrie niet langer wordt gedomineerd door psychiaters en psychologen steeds vaker betrokken zijn bij de onderzoeken Pro Justitia.⁵³ De laatsten achten de onderzoeksmethoden op psychoanalytische grondslag hopeloos verouderd en hebben zich vanaf het begin sterk gemaakt voor standaardisatie. Zo zouden meetinstrumenten als psychologische tests en dergelijke, meer objectieve en toetsbare informatie opleveren zowel met betrekking tot het vaststellen van stoornissen als tot het bepalen van recidivegevaar.⁵⁴ Ook hier is dus sprake van de eerder gesignaleerde methodestrijd tussen de hermeneutisch georiënteerde gedragskundigen versus psychiaters en psychologen die meer “evidence based” gericht zijn. Omdat de verschillende benaderingen tot verschillende voorstellen inzake toerekeningsvatbaarheid kunnen leiden, is gewezen op het belang dat rechters en andere betrokkenen bij het strafproces, niet alleen over basiskennis beschikken van de gedragswetenschappen maar ook van de wetenschapsfilosofie (Mackor/Brand, 2004, p. 174).⁵⁵ Op de rol van de rechter komen we aan het einde van dit hoofdstuk terug.

De interventies van met name psychologen zijn in zoverre succesvol dat inmiddels het gebruik van meetinstrumenten als aanvulling op de beproefde klinische methodes ook binnen het Pieter Baan Centrum gemeengoed zijn, zowel met betrekking tot het vaststellen van stoornissen als het bepalen van het recidiverisico⁵⁶. Bovendien worden anders dan tot voor kort het geval was, door de rechter niet langer vrijwel automatisch en kritiekloos de voorstellen Pro Justitia vanuit het Pieter Baan Centrum overgenomen maar zijn discussies ter terechtzitting en rapporten van deskundigen aan wie om een *second opinion* is gevraagd,

⁵² De kritiek op de invloed van de psychoanalyse op de onderzoeksmethoden binnen het Pieter Baan Centrum leidde al enige decennia geleden tot een vlijmscherp betoog tegen onder meer “de mythe van de objectieve deskundige” (Derks, 1986).

⁵³ In de literatuur wordt op diverse plaatsen gesproken van een machtsstrijd tussen psychiaters en psychologen nadat de eersten decennialang een monopoliepositie hadden (bijv. Mackor, 2006, p. 18). Vgl. ook de opmerking van Antoine Mooij : “. dat een oordeel over een eventuele stoornis die de toerekeningsvatbaarheid raakt specifiek en exclusief een psychiatrisch oordeel is (en niet iets als een gedragskundig oordeel).”(Mooij, 1989, pp. 25-26).

⁵⁴ Onder meer De Ruiters (2000, pp. 10-14). Dat de inzet van testmateriaal en de interpretatie van de uitkomsten hiervan evenzeer tot verschil van mening en discussie aanleiding kunnen geven blijkt uit de polemiek naar aanleiding van de casus van de “Anjummer pensionmoorden” in het tijdschrift *Proces* (de Ruiters, 2007a, Barendregt c.s. 2008 en de Ruiters 2008). Vgl. ook: “.ook achter meetinstrumenten gaat een wereld van theorieën, keuzes en interpretaties schuil.” (Mackor, 2006, p. 22).

⁵⁵ Zie ook Van Koppen die erop wijst dat juristen (waaronder rechters) ten onrechte de indruk hebben dat bepaalde wetenschapsgebieden zodanig zijn “uitgekristalliseerd” dat verklaringen van deskundigen niet meer behoeven te worden bediscussieerd (Van Koppen, 2004, pp. 221-228) alsook Van Roermund die signaleert dat er van een behoorlijke “convergentie van de paradigma’s” (psychiatrie als natuurwetenschap versus hermeneutische psychiatrie HP) zodanig dat men van theorieën met verklarende adequaatheid kan spreken, nagenoeg geen sprake is (Van Roermund, 2003, p. 12).

⁵⁶ Zie voor de opsomming van een “uitgebreide batterij aan psychologische en psychiatrische meetinstrumenten” alsmede recidiverisicotaxatie-instrumenten die in het Pieter Baan Centrum worden gebruikt: Barendregt c.s. (Barendregt, 2008, p. 20 e.v.).

eerder regel dan uitzondering.⁵⁷ Echter, als het gaat om de doorwerking van de stoornis in het delict zijn er geen meetinstrumenten die kunnen worden ingezet en blijft in principe – behoudens gevallen waarin het misdrijf ondubbelzinnig uit de stoornis voortvloeit en daar als het ware een symptoom van is⁵⁸ - een klinische, individuele en hermeneutische benadering noodzakelijk. Dit geldt zeker als er uitspraken gedaan worden over de *mate* waarin iemand toerekeningsvatbaar is. Een dergelijke fijnmazige afweging kan uitsluitend door middel van een individualiserende benadering worden gemaakt. Voor Mooij is deze praktijk dan ook essentieel in zijn verdediging van de subjectiviteit. Ten slotte spitst de strijd tussen de gedragskundigen zich toe op het vaststellen van het recidiverisico. Mooij heeft hierover opgemerkt dat juist degenen die zich op het standpunt stellen dat retrospectief niet zinvol over de geestesgesteldheid van een verdachte kan worden gesproken, wel uitspraken menen te kunnen doen over toekomstig gevaarlijk gedrag op grond van persoonlijkheidskenmerken (2009, p. 25). Dit geschiedt dan op basis van allerlei risicotaxatie-instrumenten die volgens Mooij daarvoor ongeschikt zijn want gebaseerd op de “algemene mens” in plaats van op déze verdachte met déze specifieke psychische problematiek waaruit juist dit delict is voortgekomen.

Niettemin alle discussies worden meetinstrumenten inmiddels ook binnen de forensische psychiatrie op grote schaal ingezet en de vraag is waarom dat zo is. Mooij brengt dit in verband met de tijdgeest die in het teken staat van beheersing en zijn visie wordt gedeeld door de eerder genoemde filosofe Ruth Ann Mackor. In haar oratie “Te meten, of niet te meten: dat is de vraag” brengt zij naar voren dat een geprotocolleerde en kwantitatieve benadering moet worden begrepen in het licht van veranderende maatschappelijke en politieke opvattingen waarbij de mogelijkheid tot behandeling van de dader steeds meer in

⁵⁷ Hier doet zich dan wel het probleem voor dat de onenigheid door de rechter moet worden beslist waardoor men in een cirkel terecht komt omdat het deskundigenonderzoek nu juist gelast is omdat de rechter zichzelf niet in staat acht tussen de deskundigen te oordelen (Van Roermund, 2003, p. 12/13). Zie ook de zaak van de zogenaamde “Bijenkorfmoeder” waarin het Hof wijst op een onoverbrugbare kloof tussen de gedragskundigen: LJN: BN7345, Gerechtshof Amsterdam, 23-001706-09 d.d. 17 september 2010.

⁵⁸ Vergelijk een recente uitspraak waarbij het oordeel is dat het delict onder meer voortvloeit uit de stoornis “hyperseksualiteit”. In het vonnis veroordeelt de Rechtbank een verdachte van onder meer zedenmisdrijven tot een gevangenisstraf van tien jaar en daarnaast, tot TBS met dwangverpleging. Het “opvallende” is dat de rechtbank hiermee het advies volgt van een forensisch psycholoog die tot het oordeel komt dat verdachte verminderd toerekeningsvatbaar is en behandeling behoeft, zonder dat deze de verdachte heeft gesproken of geobserveerd. De rechtbank overweegt uitdrukkelijk dat zij zich realiseert dat over de aanpak van de psycholoog op wiens onderzoek zij zich nu baseert – geen gesprekken en/of geen observaties - in Nederland geen brede consensus bestaat maar acht het op basis van ondermeer de deskundigheid en goede onderbouwing van de conclusies niettemin verantwoord de bevindingen over te nemen. (LJN:BN2525, Rechtbank Breda, 02/812580-09, datum uitspraak 27-07-2010).

twijfel wordt getrokken en waarbij bovendien de veiligheid van de samenleving voorop is komen te staan.⁵⁹ Terwijl bij de resocialiseringsgedachte een hermeneutische benadering goed aansloot, past de kwantificerende benadering veel beter bij het veiligheidsdenken waarbij het berekenen van veiligheidsrisico's centraal staat (Mackor, 2006, pp. 18-19).⁶⁰ Maar anders dan Mooij wijst Mackor het gebruik van meetinstrumenten bij gedragskundige adviezen niet af maar verkiest zij deze juist boven een klinische benadering. Als “zwaarwegende redenen” hiervoor noemt zij dat het feit dat een eenmaal gegeven advies niet te herroepen is – onderzoekers moeten werken volgens het “first time right principe” – en de grote gevolgen die het advies kan hebben. Dit maakt het absoluut noodzakelijk dit advies controleerbaar te maken en met strenge waarborgen te omkleden (Mackor, 2006, p. 22). Zij is dan ook van mening dat “zeker nu een rechtvaardige en humane rechtspleging opgeofferd dreigt te worden aan een tunnelvisie van veiligheidsdenken, niet een anti-reductionistische houding, maar integendeel juist de invoering van “evidence based” meetinstrumenten en protocollen bittere noodzaak is voor de versterking van de waarborgen rond tbs.” (Mackor, 2006, p. 23).

Een andere reden waarom zij de voorkeur geeft aan meetinstrumenten is het onvrijwillige karakter van de relatie tussen de verdachte en de onderzoeker (Mackor, 2006, p. 22) waarbij gezien het feit dat de behandeling zo naar de achtergrond is geraakt, nauwelijks valt vol te houden dat het de deskundige (psychiater) primair om de verdachte als patiënt gaat.⁶¹ In het voetspoor van Mackor kunnen we inderdaad stellen dat een onderzoekssituatie waarin de onderzoeker zoals Mooij stelt, afhankelijk is van de bereidheid van de verdachte “zich mee te delen, zich te laten kennen” (Mooij, 1998, p. 100) en die hem daartoe uitnodigt, zich niet verdraagt met een situatie als door haar geschetst.

⁵⁹ Voorbeelden hiervan zijn het beperken van verloven voor tbs-ers, de verlenging van de behandelingsduur in de afgelopen paar jaar van gemiddeld 5 naar 9 à 10 jaar en de verkapte levenslange straffen sinds de introductie van de longstayafdelingen.

⁶⁰ Zij voegt daaraan toe dat het succes mogelijk ook kan worden verklaard tegen de achtergrond van de machtsstrijd tussen forensisch psychiaters met hun afkeer van het “reductionistische en empiristische model” en psychologen die juist aan de wieg van dat model staan, die ten voordele van de laatsten is beslecht (Mackor, 2006, p. 18).

⁶¹ Vgl. de problematiek van de verhouding van de deskundige tot zichzelf: “Wie de deskundige vraagt slechts een oordeel te geven over de geestestoestand van een dader ten tijde van het delict zonder daarbij een therapeutische terugkoppeling te betrekken (*casu quo* de behandeling te beperken tot het inprenten van een aantal sociale condities) zou ook een pianist kunnen vragen zijn kunsten te tonen op een instrument waar de zangbodem uitgehaald is.” (Van Roermund, p. 13). Overigens is het “pikant” dat binnen het recht lange tijd juist werd uitgegaan van het beeld van de zich onvoorwaardelijk aan de zijde van de verdachte scharende begrijpende psychiater hetgeen Pompe destijds de uitspraak ontlokte “Als jurist heeft mij ook wel eens de gedachte bekropen, dat de psychiater erger is dan de misdadiger.” (Kelk, 2007, p. 100).

Ten slotte komen we bij de rol van de rechter. Idealiter zouden de gedragskundigen de gegevens moeten aanreiken op basis waarvan de rechters zelfstandig kunnen besluiten het ten laste gelegde al dan niet toe te rekenen. Maar in de praktijk zijn die rollen niet strikt gescheiden en zitten ze voortdurend in elkaars vaarwater: “de rechter bemoeit zich vanuit een normatieve invalshoek met feitelijke vaststellingen, de deskundige velt vanuit een empirische invalshoek normatieve oordelen.”(Van Roermund, 2003, p. 11). Echter, door de grote verschillen van mening onder de deskundigen, staat de rechter steeds vaker vrijwel volledig in de kou en moet hij bij de beantwoording van de vraag naar toerekeningsvatbaarheid, het initiatief geheel naar zich toe trekken. Dat is niet zonder risico. Een rechterlijk oordeel kan niet zomaar gelijk worden gesteld aan een wetenschappelijk oordeel. De rechter moet een *overtuiging* hebben en die overtuiging is een discretionaire bevoegdheid⁶², een persoonlijke waardering (Cleiren, 2008).⁶³ De rechter is niet een “soort wetenschapper in toga, die vrijelijk en ongehinderd gaat vaststellen wat er nu “werkelijk” is gebeurd (Loth, 2009). Dit kan door buitenstaanders gemakkelijk uit het oog worden verloren en tot onbegrip leiden. Dit neemt niet weg dat rechterlijke oordelen in voldoende mate dienen te voldoen aan buitenjuridische en wetenschappelijke eisen van betrouwbaarheid omdat anders hun legitimiteit wordt ondermijnd (Mackor, 2010, pp. 65-66). Het grote probleem ook als het gaat om de beantwoording van de vraag naar toerekeningsvatbaarheid, is evenwel, dat er op dit terrein geen wetenschappelijk breed gedragen en betrouwbare gegevens voorhanden zijn. Dit maakt de positie van de rechter uitermate kwetsbaar wat overigens niet wegneemt dat juist ten aanzien van een gevoelig onderwerp als toerekeningsvatbaarheid, het een uitdaging is om niet “mee te deinen” met de publieke opinie en de burgers juist te beschermen tegen wat Antoine Mooij de waan van de dag of een decennium noemt.⁶⁴

⁶² Anders Nijboer die stelt dat er geen discretionaire bevoegdheid is en dat de tegenstelling tussen rechterlijk en wetenschappelijk bewijs “ op niets ” rust (vgl. ook de filosoof Bruno Latour die stelt dat wetenschappers de waarheid niet zozeer ontdekken, maar veeleer construeren door discussie en onderhandeling) (Mackor, 2010, p. 57)

⁶³ Vgl. ook Paul Scholten, die erop wijst dat een rechterlijke beslissing geen wetenschappelijk oordeel is maar dat van hem een *daad* wordt verwacht, een beslissing die in laatste instantie wortelt in zijn geweten maar juist omdat het een gewetensbeslissing is, het voor hem de enig mogelijk beslissing is en in die zin vrij is van willekeur. “En het geweten kan dwalen... En zeker het subjectieve blijft. Doch men mene niet, dat het zuiver intellectuele werk groter zekerheid biedt. Het een en ander blijft mensenwerk, het is gebrekkig en feilbaar.” (Scholten, 1974).

⁶⁴ Vgl. “Het is helemaal niet de taak van de rechter om naar Wilder’s “miljoenen” te luisteren. De rechtsstaat is juist bedoeld om de burger te beschermen tegen de willekeur van politieke en publieke opinie. Daarom heeft de rechter “het recht om te mishagen” zoals de president van de Hoge Raad het zo mooi zei. Een rechter die meedeint met de publieke opinie is een schrikbeeld. Dan kunnen we burgers net zo goed laten vonnissen door een opiniepeiling van Maurice de Hond.” (Giesen, 2010).

Tot besluit

Antoine Mooij wil vermijden dat gedragskundigen met een beroep op “evidence based” wetenschap, door middel van rapportages Pro Justitia meewerken aan instrumentele criminele politiek terwijl deze rapportages daar nooit voor zijn bedoeld. (2009. p. 25). Zijn zorg lijkt legitiem gezien de politieke en maatschappelijke ontwikkelingen waarbij de belangen van het subject dreigen te worden opgeofferd aan irrationeel veiligheidsdenken. Ruth Ann Mackor deelt deze zorg maar vindt dat juist hierom meetinstrumenten moeten worden ingezet. Zij meent dat deze objectievere resultaten geven dan de hermeneutische en interpreterende methode maar zij beargumenteert niet waarom dat zo is. Op zijn beurt lijkt Antoine Mooij nauwelijks bereid mogelijke voordelen van de inzet van meetinstrumenten te doordenken. Het debat kenmerkt zich door een gebrek aan dialoog. Anders dan uit het betoog van Mooij mogelijk kan worden geconcludeerd, lijkt het echter een misvatting dat aanhangers van “evidence based” wetenschap per se een instrumenteel strafrecht voorstaan, althans, op die manier begrepen dat slechts de veiligheid van de samenleving centraal staat. Bij de kritiek die zij uiten gaat het ook hen om de persoon van de verdachte en meer in het bijzonder om aandacht voor de soms schrijnende situatie van de verdachte als persoon.⁶⁵ Zo wijst Corine de Ruiter er in haar oratie op dat de houding van de samenleving ten aanzien van externaliserend (antisociaal) probleemgedrag ten onrechte zo bestraffend is en in schril contrast staat met de zorgende houding waarmee internaliserende problematiek zoals depressies en angststoornissen worden benaderd (de Ruiter 2007, p. 11). Maar ook andere critici lijken in de eerste plaats een rechtvaardig en met rechtswaarborgen omkleed rechtssysteem na te streven.⁶⁶

Ten slotte zou ook de geschetste kwetsbare positie van de rechter voor Mooij en zijn opposenten reden moeten zijn zich voor het overbruggen van verschillen sterk te maken.

⁶⁵ Illustratief is dat Mooij als opdracht bij zijn oratie (1997) een gedicht van Gerrit Achterberg opvoert terwijl een van de grootste criticasters van het PBC, Willem Derks (Derks, 1986) dat eveneens doet. Gerrit Achterberg verzette zich destijds heftig tegen zijn terbeschikkingstelling en verpleging.

⁶⁶ De Ruiter “...ik maak me grote zorgen om de TBS in het bijzonder maar ook om het Nederlandse strafrechtklimaat in het algemeen...” “Het maatschappelijke klimaat ... is de afgelopen zeven jaar harder en repressiever geworden...” (de Ruiter, 2007, p. 5); “Zonder het rigide onderscheid tussen TBS en gevangenisstraf kan veel adequater gesproken worden over de beste behandeling van deze categorie (“knap gestoorde” HP) gedetineerden.” (Van Koppen, 2004, p. 227).

Hoofdstuk 6 – Mad or bad

We zagen dat bij ontoerekeningsvatbaarheid de vrije wil ontbreekt waardoor er geen sprake kan zijn van schuld en straf op die basis niet op zijn plaats is. Ook zagen we dat in Nederland een praktijk is waarbinnen gradaties in de mate van toerekeningsvatbaarheid zijn ontstaan en dat Mooij deze praktijk ondanks alle kritiek hierop⁶⁷ verdedigt vanwege de individualiserende benadering die hierbij is vereist. Voor een nadere uitleg en onderbouwing zoekt Mooij aansluiting bij Kant. Deze hanteert het uitgangspunt dat de mens in principe vrij is en verantwoordelijk voor zijn daden. Schuldigen dienen dan ook per se gestraft te worden⁶⁸ maar er is tevens een absoluut verbod op het straffen van mogelijk onschuldigen (Mooij, 1998 p. 189). De centrale positie die vrijheid bij Kant inneemt houdt namelijk in dat iemand tot vrijheid wel in staat moet zijn en voor zover dat niet het geval is, kan van schuld geen sprake zijn. Hieruit volgt de vraag naar de toerekening van de handeling – *Impubilität einer Handlung* – zoals ook wij die binnen het strafrecht kennen (Mooij, 1998). Kant erkent dat er stoornissen zijn die mogelijk aan die toerekening in de weg staan. Dit zijn de psychotische stoornissen omdat degenen die hieraan lijden geen deel hebben aan de sfeer van vrijheid⁶⁹. Het aangedane kwaad blijft bestaan maar het is niet verkozen, niet gewild in de “*freie Willkür*” en is daarom geen moreel kwaad in strikte zin meer zodat er geen schuld is en aan de vergelding de grondslag is ontvallen (Mooij, 2007, pp. 346-347).

Voor de stoornissen met een neurotische inhoud ligt dit anders. Het is niet zo dat de vrije wil ontbreekt maar deze is zwak. “De vrijheid is zelf “gebroken”. Dat komt omdat de mens zelf breekbaar is.” (Mooij, 2007 p. 344). Verlangens kunnen ontaarden en er kan een neiging tot zuchten (“*Leidenschaften*”) ontstaan maar ondanks dat de vrijheid beperkt is, blijft de vatbaarheid voor het appel van de rede bestaan (Mooij, 2007, p. 345). Juist omdat het appel van de rede blijft bestaan zijn zuchten moreel verwerpelijk omdat de zuchtige ervoor kiest

⁶⁷ Met als resultaat de “*Conceptrichtlijn Psychiatrisch Onderzoek en Rapportage in Strafzaken (“Pro Justitia”)*” (2009) waarin wordt geconstateerd dat een gradering in vijf schalen vanuit de huidige stand van de medische wetenschap niet kan worden onderbouwd.

⁶⁸ Daarbij geldt dat het kwaad niet alleen het slachtoffer is aangedaan, maar dat diens leed onderdeel is van een breder letsel. Het letsel moet als “*crimen publicum*” jegens het recht zelf (*das gemeine Wesen*) vergolden worden (Mooij, 2007, pp. 345-346).

⁶⁹ Anders verwoord: zij hebben geen deel aan de *sensus communis* (“*Gemeinsinn*”) – het kritische en juiste gebruik van de kenvermogens, dat alle mensen delen – maar hebben een *sensus privatus* (Mooij, 1998, pp. 191-192).

maar – althans volgens Mooij - voor een deel niet moreel slecht, omdat de zuchtige er niet in vrijheid voor kiest (Mooij, 2007, p. 345). Zo zouden "Leidenschaften" als bezitszucht en eerzucht die inhoudelijk min of meer overeenkomen met de borderline stoornis en de narcistische stoornis, "slechts" tot verminderde toerekeningsvatbaarheid leiden.

Er zijn echter goede gronden om te betwijfelen of Kant de "Leidenschaften" wel als relevante stoornissen bij de vraag naar toerekeningsvatbaarheid zou hebben erkend.⁷⁰ Voor Kant is doorslaggevend dat aan geestesziekten die toerekening in de weg staan, een endogene dan wel erfelijke oorzaak ten grondslag ligt en dat is bij "Leidenschaften" niet het geval. Voor zover "Leidenschaften" worden ingezet onder een intentie die moreel verwerpelijk is, is er sprake van een moreel "Böse". In geval van een misdrijf is degene die deze heeft begaan niet gedeeltelijk te verontschuldigen maar draagt hij hiervoor de volle verantwoordelijkheid. Kant hanteert hier een moreel rigorisme – toerekeningsvatbaar of niet toerekeningsvatbaar - en het lijkt waarschijnlijk dat hij over verminderde toerekeningsvatbaarheid niet spreekt omdat hij die niet erkent.

Ook overigens zijn kanttelingen te plaatsen bij de gradaties die Mooij verdedigt. Het is principieel niet goed denkbaar dat men op een en hetzelfde ondeelbare moment zowel vrij als niet vrij is. Het feit dat een stoornis wisselend van invloed is op vrijheid doet er niet aan af dat op het beslissende moment van het misdrijf een keuze wordt gemaakt. Deze keuze is wel of niet in vrijheid gemaakt.

Ten slotte is het opmerkelijk dat Mooij een onderscheid maakt tussen persoonlijkheidsstoornissen – juist die stoornissen die tot verminderde toerekeningsvatbaarheid leiden – en "gewone" verslavingen zoals die aan alcohol en drugs. Terwijl hij de eerste min of meer verontschuldigt, rekent hij de laatste wel volledig als karakterfout aan de betrokkene toe. Het is niet duidelijk waarop Mooij dit onderscheid baseert temeer daar hij met een beroep op Kant een persoonlijkheidsstoornis definieert als een verlangen dat tot zuchten is verworden. De stoornis is daarmee niet zozeer een stoornis maar een verslaving en om die reden – althans als Mooij consequent zou zijn – niet tot ontoerekeningsvatbaarheid leiden. Dit brengt ons op de vraag hoe Antoine Mooij nu precies het onderscheid denkt tussen gestoord gedrag en slecht gedrag, in de literatuur bekend als de "mad or bad" problematiek.

⁷⁰ Met dank aan Prof. dr. Donald Loose, UvT Tilburg, voor zijn reactie op mijn twijfels hierover.

Het feit dat mensen misdrijven plegen impliceert voor Mooij allerm minst dat in dat geval *per se* sprake is van ziekte of een stoornis. Gegeven het feit dat mensen vrij zijn, kunnen ze er namelijk voor kiezen (opnieuw) een delict te plegen, want dit behoort nu eenmaal tot de menselijke mogelijkheid waartoe het mens-zijn wellicht ook uitnodigt (Mooij, 1989, p. 25).⁷¹ Alhoewel hierop wel het een en ander kan worden afgedongen – algemeen wordt erkend dat de gevangnissen worden bevolkt door mensen met soms zeer ernstige psychische stoornissen⁷² - lijkt dit standpunt vanuit het door Mooij verdedigde mensbeeld echter plausibel. Toch wordt in het geval van een ernstig of bizar misdrijf onderzocht of er sprake is van een stoornis. Dit is in overeenstemming is met onze intuïtie en onze neiging om te denken dat mensen wel ziek moeten zijn om zoiets te doen. Voor zover echter niet komt vast te staan dat aan het misdrijf een stoornis ten grondslag ligt en het gedrag dus niet als “mad” kan worden bestempeld, dringt de vraag zich op van waar het kwaad dat kennelijk gewild is, dan komt. Zo is het onderwerp toerekeningsvatbaarheid verbonden met de vraag naar het kwaad maar moeten we wat Antoine Mooij betreft hiervoor te rade gaan bij zijn gelijknamige publicatie (2007). Hierin licht hij het mensbeeld waarin het kwaad als “keuze voor het kwaad” geplaatst kan worden nader toe.

Vanuit de christelijke traditie wordt het kwaad niet langer gedefinieerd als iets dat met de schepping is gegeven maar wordt het kwaad aan de kant van de mens geplaatst. De vraag “Vanwaar het kwaad?” maakt plaats voor de vraag “Waarom doet de mens kwaad?” (Mooij, 2007, p. 339). In de lijn van Augustinus ontstaat een “morele visie op de wereld” waarbij behoudens het fysische kwaad van het leed, elk kwaad wordt gezien als een morele misstap (misdaad) of als een vergelding daarvoor (straf). Leibniz onderscheidt naast het fysische en morele kwaad, het metafysische kwaad van de onvolmaaktheid dat is gegeven met onze wereld die weliswaar de “best mogelijke wereld” is maar ook een wereld met beperkingen. Terwijl het fysische kwaad – het leed – daarbij een gevolg is van deze onvolmaaktheid, is het morele kwaad een uitvloeisel van de keuzevrijheid die de mens tot mens maakt en als zodanig

⁷¹ Vgl. de woorden van de moordenaar van Theo van Gogh, Mohammed B. “En u mag al uw psychologen, al uw psychiaters, al uw deskundigen op mij afsturen, maar ik zeg u, u zult dat nooit begrijpen, u kunt het niet begrijpen en ik zeg u, als ik de mogelijkheid had, ik zou vrijkomen en ik had de mogelijkheid om het nóg een keer te doen wat ik op 2 november heb gedaan, dan zeg ik Wallah, ik zal het precies hetzelfde hebben gedaan.” (p. 47), geciteerd door G. Glas in een artikel waarin ook tot uitdrukking komt hoe moeilijk het soms is – in dit geval bij een overtuigingsdader - vast te stellen of er sprake is van psychopathologie in engere zin of eerder van “psychopathologie van alledag” (p. 45) met andere woorden: de grens tussen normaliteit en psychopathologie ligt niet bij voorbaat vast (Glas, 2006).

⁷² Zo ook De Ruiter die stelt dat in gevangnissen overwegend psychisch gestoorde en verslaafde patiënten verblijven en geen “inherent slechte mensen” die verantwoordelijkheid kunnen dragen en het onderscheid *bad versus mad* al heel lang niet goed meer werkt (de Ruiter, 2007, p. 7/8).

door God in de schepping van deze wereld is gewild (Mooij, 2007, p. 340). Hiertegenover staat de visie waarbij het goede en het kwade slechts als een zienswijze worden beschouwd en puur subjectief zijn. Een representant van deze stroming is Spinoza die bovendien het determinisme aanhangt en wilsvrijheid als niet anders dan een illusie beschouwt (Mooij, 2007, p. 340).

Niet Spinoza maar Kant heeft onze visie op het kwaad en de oorsprong ervan gevoed. Kant introduceert naast de wereld van de natuurcausaliteit een wereld van de vrijheid met de morele/zedelijke wet die ons laat zien dat er vrijheid is: “Du kannst, denn du sollst.” (Mooij, 2007, p. 341). Het uitgangspunt is dat de mens weliswaar niet van nature goed is maar wel een aanleg tot het goede heeft hetgeen blijkt uit de aanwezigheid van de vrije wil (“Freie Willkür”). Daarnaast heeft de mens ook een “hang naar het kwade”. Dit laatste komt niet voort uit de “zuigkracht van de natuur” maar uit de vrijheid zelf en daarom kan hem die ook moreel worden aangerekend (Mooij, 2007, pp. 341-342). Juist omdat de mens vrij is, is hij in staat tot het kwaad – het kwaad is “de demonische zijde van de vrijheid” – en dat geldt ieder van ons (Mooij, 2007, p. 343). Bovendien heet de hang naar het kwaad “radicaal” omdat deze zowel aan de oorsprong van de wil ligt (de wilsdaad) alsook aan de oorsprong van het uiterlijke resultaat (de gewilde daad) (Mooij, 2007, p. 343).⁷³ Naast het radicale kwaad als de bron van elk kwaad, wijst Kant drie deelbronnen van het morele kwaad aan waaronder de breekbaarheid (*fragilitas*) (Mooij, 2007, p. 343). De breekbaarheid als bron van het kwaad hangt samen met het feit dat de mens zelf breekbaar is. Volgens Ricoeur die deze gedachte van Kant nader heeft uitgewerkt, is de menselijke fragiliteit het gevolg van het feit dat de mens gebonden is aan de beperkingen van de natuur en daarmee een wezen van eindigheid is (de zintuigen), maar aan de andere kant de natuur kan overschrijden en daarmee tevens een wezen van oneindigheid is (de rede). Hierin dient de mens als “homo duplex” een middenpositie in te nemen én te bewaken, een positie die echter kwetsbaar is en waarbij de wil gemakkelijk kan “breken” met als gevolg dat redelijke en getemperde verlangens tot onredelijk zuchten verworden (Mooij, 2007, p. 344).

Het kwaad wordt zoals we zagen, niet aan de mens toegerekend voor zover dit niet in vrijheid is gewild. Zo bewerkstelligt de wilsvrijheid sinds Kant de verinnerlijking van het morele

⁷³ “Wenn nun ein Hang dazu in der menschlichen Natur liegt, so ist im Menschen ein natürlicher Hang zum Bösen; und dieser Hang selber, weil er am Ende doch in einer freien Willkür gesucht werden muss, mithin zugerechnet werden kan, is moralisch böse. Dieses Böse ist *radikal*, weil es den Grund aller Maximen verdirbt.”, I. Kant, geciteerd op pag. 343 (Mooij, 2007).

kwaad: het gaat niet langer om de conceptie van het morele kwaad als “het kwaad dat wij doen” maar als “het kwaad dat wij in vrijheid willen” (Mooij, 2007, p. 348) Inmiddels wordt wilsvrijheid meer formeel begrepen als het vermogen tot overleg of het vermogen anders te kiezen. Keuzevrijheid impliceert dan dat men kan kiezen voor iets goeds of iets kwaads. “De mogelijkheid van de keuze komt aan de mens als zodanig toe, in zoverre het hem mogelijk is afstand te nemen van de situatie waarin hij zich bevindt, om die te overdenken en gevoelsmatig te verwerken. Als zodanig is de mogelijkheid van het kwaad, in de zin van de keuze van het kwaad, gegeven met de *condition humaine*” (Mooij, 2007, p. 350) en bedoelt Kant uiteindelijk met het “radicale kwaad” het kwaad waartoe ieder mens in staat is en dat zijn grond heeft in de menselijke vrijheid (Mooij, 2007, pp. 350-351).

Tot besluit

Het bovenstaande laat goed zien hoezeer Mooij door Kant is beïnvloed als het gaat om de constatering dat mensen de mogelijkheid hebben voor het kwaad te kiezen. Het doen van kwaad of het plegen van misdrijven betekent dus geenszins dat mensen ziek of gestoord zijn. Toch zal ook binnen deze visie niemand betwisten dat misdrijven soms wel samenhangen met een stoornis. Misdrijven gepleegd onder invloed van waandenkbeelden is daarvan het meest sprekende voorbeeld. Waarom Mooij anders dan Kant echter ook persoonlijkheidsstoornissen hiertoe rekent blijft onhelder net zoals overigens waarom hij “gewone” verslavingen die van persoonlijkheidsstoornissen niet principieel afwijken, juist uitsluit. Mogelijk is de reden dat Mooij in zijn hoedanigheid als psychiater anders dan Kant geconfronteerd is met een werkelijkheid van patiënten en delinquenten met lijden en noden die ver verwijderd is van het abstracte denken hierover en om deze reden een genuanceerder standpunt inneemt. Dat “gewone” verslaafden op minder empathie kunnen rekenen zou dan te begrijpen zijn vanuit het gegeven dat de psychiatrie tot voor kort de neiging had deze verslavingen niet aan psychopathologie te willen koppelen.

Wat zich eveneens moeilijk laat verklaren is hoe Mooij vanuit zijn achtergrond als psychoanalyticus het uitgangspunt van Kant kan onderschrijven dat de mens vrij is en ten principale verantwoordelijk is voor wat hij doet. Immers, de psychoanalytische theorie van Freud met de nadruk op het onbewuste, legt juist bloot dat de mens zich slechts tot op zekere hoogte bewust kan zijn van waarom hij doet wat hij doet en in die zin juist niet vrij is. Omdat dit in strijd was met de idee die sinds de Verlichting had postgevat dat de mens een autonoom wezen is, werd dit door velen niet alleen als een krenking maar ook als een breuk met het tot

dan toe vigerende mensbeeld ervaren. Bij Mooij vinden we over de invloed van de psychoanalytische theorie op het mensbeeld echter niets terug. De mogelijkheid dat mensen met behulp van psychoanalyse als *therapie* alsnog toegang kunnen krijgen tot het onbewuste doet niet af aan het feit dat zij tot dát moment in alle redelijkheid niet, althans niet geheel, verantwoordelijk gehouden kunnen worden voor hun daden.

Het onderscheid tussen *mad or bad* is slechts relevant vanuit de aanname dat de mens vrij is om voor het begaan van misdrijven te kiezen. Naarmate wetenschappelijke onderzoeken aantonen dat genetische aanleg of defecten hieraan ten grondslag liggen, zal dit onderscheid meer en meer aan belang inboeten. Mogelijk zal op den duur het uitgangspunt niet langer zijn dat de “normale” mens verantwoordelijk is voor de delicten die hij pleegt maar omgekeerd, dat delicten de “normale” mens niet kunnen worden toegerekend. Overigens hoeft dit niet te betekenen dat de aansprakelijkheid daarvoor wordt losgelaten. Binnen het recht is er vaker sprake van aansprakelijkheid zonder dat de schuldvraag gesteld wordt, de zogenaamde risicoaansprakelijkheid. De aansprakelijkheid voor misdrijven zou gekoppeld kunnen worden aan het gevaar dat het mens-zijn met zich meebrengt, iets wat in feite, zij het via een omweg, ook nu al gebeurt. Dat de sanctie die we hieraan koppelen niet straf maar behandeling zou moeten zijn, bespraken we al in het hoofdstuk over de vrije wil.

Conclusie

Filosofen houden zich veelal niet bezig met actuele maatschappelijke of politieke vraagstukken. Het is ook niet zonder risico dat wel te doen. Afgezien van het feit dat het kan afleiden van het abstracte en zuivere denken, vergt het gezien de complexiteit van veel onderwerpen binnen onze hedendaagse samenleving, ook kennis van zaken om hierover zinvolle uitspraken te kunnen doen. Volgens Michel Foucault kan een filosoof zich ook pas uitspreken nadat hij zich eerst grondig in de materie heeft verdiept. Welnu, als het gaat over toerekeningsvatbaarheid, dan heeft Antoine Mooij dat als geen ander gedaan. We hebben gezien dat hij met zijn boek over toerekeningsvatbaarheid het begrip op wellicht onnavolgbare wijze heeft geanalyseerd en verhelderd. We hebben tevens gezien hoe hij het belang van de subjectiviteit verdedigt in een tijd dat het instrumentele denken steeds meer ingang vindt. Ook in het strafrecht, ook in de psychiatrie, en zeker ook in de forensische psychiatrie als het gaat om de vraag naar toerekeningsvatbaarheid en de gevolgen die het antwoord op die vraag voor de dader heeft. Niet toerekeningsvatbaar zijn betekent niet langer dat de patiënt – want ook dat is hij - vanzelfsprekend kan rekenen op onze zorg, het betekent dat we er binnen onze huidige samenleving vooral op gericht zijn hem zo lang als mogelijk is buiten te sluiten.

Antoine Mooij signaleert dat de toenemende instrumentaliteit samenhangt met de tendens dat wetenschap slechts die naam verdient als zij ‘evidence based’ is. De bewijsgestuurde benadering heeft zoals hij zegt, onmiskenbaar veel voordelen gebracht maar er zijn gebieden waar niet deze benadering maar alleen een hermeneutische en interpreterende benadering ons verder brengt. Toerekeningsvatbaarheid is zo’n gebied. Als de vraag moet worden beantwoord of iemand een stoornis heeft en die stoornis heeft doorgewerkt in het delict dat hij heeft begaan, dan kan het niet anders dan dat het antwoord op een interpreterende en individualiserende wijze tot stand komt. Ondanks dat dit antwoord niet de status heeft van “hard bewijs” en dat ook niet kan hebben, is het niettemin van waarde want het is aannemelijk dat het zo was en niet anders. Dit “geesteswetenschappelijk perspectief” zoals Antoine Mooij dat noemt, verdedigt hij te vuur en te zwaard. En met betrekking tot toerekeningsvatbaarheid, draagt hij hiervoor meer dan voldoende argumenten aan. Zijn boek over het onderwerp getuigt ervan. Maar.....

dát de vraag naar toerekeningsvatbaarheid alleen via de hermeneutische methode beantwoord kan worden betekent niet dat vertegenwoordigers van de “evidence based” benadering er niets

te zoeken hebben. En wat blijkt, ze zoeken er niet alleen, soms vinden ze ook iets. Ze vinden dan belangwekkende gegevens over stoornissen en waar deze terug te vinden zijn in ons brein of hoe deze kunnen worden gerelateerd aan onze genen. Ze classificeren en meten en weten. Ze weten mogelijk datgene wat voor de rechter van belang kan zijn, naast het verhaal van de verdachte waarom hij iets heeft gedaan, wat zijn beweegredenen waren, zijn motieven, wat hij dacht, wat hij voelde.....

De zorg van Antoine Mooij over de toenemende instrumentaliteit die ten koste gaat van de subjectiviteit is een reële zorg, we zien het voortdurend en op alle niveaus om ons heen. Ook binnen de forensische psychiatrie zijn er duidelijke tekenen die in deze richting wijzen. Mooij signaleert dit dus terecht. Maar het zou een ernstige misvatting zijn als we ontwikkelingen vanuit de ‘evidence based’ benadering slechts met instrumentaliteit in verband zouden brengen. Daar is ook geen reden toe, integendeel. We hebben geconstateerd dat het debat over de vrije wil het academische niveau overstijgt nu tal van ontwikkelingen in de neurowetenschappen en de genetica, hieraan nieuwe impulsen geven. We zagen ook dat in het kader van de toerekeningsvatbaarheid fel over de vrije wil en de invloed van stoornissen wordt gediscussieerd maar dat deze kwesties nog onvoldoende zijn uitgekristalliseerd. Met betrekking tot de onderzoeksmethoden constateerden we dat de methodes weliswaar verschillen naar gelang het onderzoek door “evidence-based gedragskundigen” dan wel door “hermeneutische gedragskundigen” wordt uitgevoerd, maar dat allen eenzelfde belang nastreven en dat is het belang van de persoon van de verdachte en de verdachte als persoon. Dit belang “schreeuwt” om een dialoog. Het totale gebrek aan samenwerking is buitengewoon schadelijk, niet alleen voor de verdachte maar ook voor de rechter wiens positie kwetsbaarder wordt naarmate hij het moet stellen zonder gedragskundige informatie die breed gedragen wordt. Ten slotte constateerden we met betrekking tot de *bad* versus *mad* problematiek, dat ontwikkelingen vanuit de natuurwetenschappen bijdragen tot een relativering van het onderscheid slecht of ziek. Mogelijk zal dit onderscheid op den duur zelfs geheel komen te vervallen in de zin dat komt vast te staan, dat als iemand slechte dingen doet dit per definitie betekent dat hij ziek is.

Als we het geheel overzien kunnen we op de centrale vraag of de argumenten van Antoine Mooij eigenlijk voldoen om bij de vraag naar toerekeningsvatbaarheid onverkort vast te houden aan het traditionele mensbeeld, antwoorden dat dit niet het geval is. De ontwikkelingen geven geen aanleiding om dit mensbeeld geheel los te laten of te vervangen

door een naturalistisch mensbeeld, maar het heeft zoals we zagen, inmiddels wel enige nuancering daar waar het gaat om de invloed van de genen en zijn hersenen op ons handelen.

Ten slotte kan nog het volgende worden opgemerkt:

Antoine Mooij spreekt de vrees uit dat de vraag naar toerekeningsvatbaarheid in het huidige klimaat zal sneuvelen. Zolang daaraan geen zwaarwegende redenen ten grondslag liggen – en die liggen er (nog) niet – zou dit inderdaad te betreuren zijn. Het is problematischer als Mooij aan de vraag naar toerekeningsvatbaarheid wenst vast te houden omdat zij een tegenwicht biedt aan het heersende determinisme en een begrenzende werking heeft op een te instrumenteel overheidsoptreden zoals hij recent betoogde (Mooij, 2010, p. 15). Het lijkt er op dat moment op dat Mooij toerekeningsvatbaarheid gebruikt als een middel ten behoeve van een hoger doel. Daarmee treedt de paradox op dat Mooij het instrumentalisme wil bestrijden met toerekeningsvatbaarheid als instrument. Want hoe legitiem zijn verdediging van de hermeneutische benadering en de subjectiviteit ook mag zijn, als ten behoeve hiervan aan de belangen van de individuele mens voorbij wordt gegaan, dreigt subjectiviteit te verworden tot een leeg begrip.

Antoine Mooij heeft baanbrekend werk verricht door als filosoof en psychiater, het begrip van toerekeningsvatbaarheid te verhelderen. Hij kan tot voorbeeld dienen voor met name filosofen die minder snel de bereidheid hebben hun ivoren toren te verlaten. Zijn betrokkenheid of zijn buitengewoon heldere wijze van argumenteren staan niet ter discussie. Het probleem is eerder dat er belangrijke zaken zijn die hij onbesproken laat. Hij is van harte uitgenodigd daarop alsnog te reageren.

Bibliografie

- Barendregt, M & Rijnders, R & Ranitz de, A 2008, 'Rapporteren bij ontkennende verdachten? Een reactie op De Ruiters', *Proces*, nr. 1, pp. 20-26.
- Blansjaar, BA 2006, 'Psychopathologie en toerekeningsvatbaarheid', in TI Oei & MS Groenhuijsen (red.), *Capita Selecta van de Forensische Psychiatrie anno 2006*, Kluwer, Deventer.
- Brand, E & Mackor, AR 2004, 'Naar een professionele oordeel inzake tbs-verlengingen. Analyse van een casus', *Proces*, nr. 4, pp. 167-174.
- Cleiren, T 2008, 'De rechter stelt geen diagnose als arts', *NRC Handelsblad*, 28 juni, p. 39.
- Crone, E 2008, *Het puberende brein*, Bert Bakker, Amsterdam.
- Derks, W 1986, *Zo waarlijk helpe mij Freud almachtig: de invloed van de psychoanalyse op het strafrecht*, Balans, Amsterdam.
- Giesen, P 2010, 'Rechter', *De Volkskrant*, 26 oktober, p. 48.
- Glas, G 2006, 'De overtuigingsdader. Tussen overtuiging en psychopathologie', *Ontmoetingen. Voordrachtenreeks van het Lutje Psychiatrisch-Juridisch Gezelschap*, nr. 12, pp. 33-48.
- Hazewinkel-Suringa, D 1984, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Samson H. D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn.
- Hielkema, J 2005, 'Prof. dr. P.J. van Koppen, 'Paradoxen van deskundigen: Over de rol van experts in strafzaken'', *Rechtsgeleers Magazijn THEMIS*, nr. 1, pp. 40-43.
- Jensma, F 2009, 'Het waren mijn genen, edelachtbare, niet ik', *NRC Handelsblad*, 5 november, p. 8 wetenschap.
- Kelk, C 2007, 'Honderd jaar debat over (straf)recht en psychiatrie', in F Koenraadt & C Kelk & J. Vijselaar (red.), *Tussen behandeling en straf: Rechtsbescherming en veiligheid in de twintigste eeuw*, Kluwer, Deventer.

- Koppen, PJ van 2004, 'Weg van de toerekeningsvatbaarheid. Over rapportages over de verdachte.', Special, Deskundigen in het rechterlijk proces, *Trema*, pp. 221-228.
- Loth, MA 2009, 'Slapende rechters of dwalende deskundigen?', *Nederlandsch Juristenblad*, vol. 84, nr. 18, pp. 1142-1147.
- Meijer-Wichman, C 1930, *Misdaad, straf en maatschappij*, Erven J. Bijleveld, Utrecht.
- Mackor, AR & Brand, E 2004, 'Naar een professionele oordeel inzake tbs-verlengingen. Analyse van een casus, *Proces*, nr. 4, pp. 167-174.
- Mackor, AR 2006, *Te meten, of niet te meten: dat is de vraag*, SWP, Amsterdam.
- Mackor, AR 2008, 'Wat hebben neurowetenschappen over verantwoordelijkheid te zeggen?', in JA den Boer, G Glas & A. Mooij (red.), *Kernproblemen van de psychiatrie*, Boom, Amsterdam.
- Mackor, AR 2010, 'Wat is waarheid? De rol van deskundigen bij waarheidsvinding in de strafrechtspraak', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie*, vol. 39, nr. 1, pp. 52-66.
- Mackor, AR 2010a, 'Strafrecht en neurowetenschappen. Hoop, huiver of hype?' *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie*, vol. 39, nr. 1, pp. 3-8.
- Marle, H van 2004, 'Antoine Mooij, Toerekeningsvatbaarheid. Over handelingsvrijheid', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, vol. 6, pp. 309-311.
- Marle, H van 2009, 'Het neuronaturalisme en de forensische psychiatrische rapportage', in F. Koenraadt & I. Weijers (red.), *Vrijheid en Verlangen: liber amicorum prof. dr. Antoine Mooij*, Boom, Den Haag,
- Meynen, G 2008, 'Vrije wil en neurowetenschap', in JA den Boer, G Glas & A. Mooij (red.), *Kernproblemen van de psychiatrie*, Boom, Amsterdam.
- Meynen, G 2009, 'Vrije wil en toerekeningsvatbaarheid', in T.I. Oei & M.S. Groenhuijsen (red.), *Forensische psychiatrie en haar grensgebieden – actualiteit, geschiedenis en toekomst*.
- Meynen, G 2009a, 'De vrije wil in de forensische psychiatrie', *Tijdschrift voor psychiatrie*, vo. 51, nr. 12, pp. 873-881.

- Mooij, A 1988, *De psychiatrische realiteit. Psychiatrie als geesteswetenschap*, 3^e druk, Boom, Amsterdam.
- Mooij, AWM 1989, *Op het grensvlak van psychiatrie en recht*, Gouda Quint bv, Arnhem.
- Mooij, AWM 1997, *Schuld in strafrecht en psychiatrie*, Gouda Quint, Deventer.
- Mooij, A 1998, *Psychiatrie, recht en de menselijke maat. Over verantwoordelijkheid*, Boom, Amsterdam Meppel.
- Mooij, A 2004, *Toerekeningsvatbaarheid. Over handelingsvrijheid*, Boom, Amsterdam.
- Mooij, AWM 2007, 'Toerekeningsvatbaarheid en de vraag naar het kwaad', in BF Keulen, G Knigge & HD Wolswijk (red.), *Pet af, Liber amicorum D.H. de Jong*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen.
- Mooij, A 2009, *Prudentie en evidentie*, Boom, Den Haag.
- Mooij, A 2010, 'Vrije wil en toerekeningsvatbaarheid', *Wijsgerig perspectief*, vol. 50, no. 1, pp. 8-15.
- Roermund, GCGJ van 2003, 'Koning van zichzelf. Over toerekenbaarheid, aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in het strafrecht', in TI Oei, MS Groenhuijsen (red.), *Actuele ontwikkelingen in de forensische psychiatrie*, Kluwer, Deventer.
- Ruiter, C de 2000, *Voor verbetering vatbaar*, Vossiuspers AUP, Amsterdam.
- Ruiter, C de 2007, *Ik heb niets beters te doen*, Universiteit Maastricht.
- Ruiter, C de 2007a, 'Een dubieuze gedragskundige rapportage bij een ontkennende verdachte. De casus van de Anjummer pensionmoorden', *Proces*, nr. 4, pp. 136-145.
- Ruiter, C de 2008, 'Paradigmashift in het strafrecht: Einde van de toerekeningsvatbaarheid?', in TI Oei, LHWM Kaiser (red.), *Forensische psychiatrie onderweg – in de spiegel kijken naar het verleden en koersen naar de toekomst*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen.
- Ruiter, C de 2008a, 'Rapporteren bij ontkennende verdachten: niet zo onschuldig als het lijkt. Een reactie op Barendregt, Rijnders en De Ranitz', *Proces*, nr. 2, pp. 55-56.

- Scholten, P 1974, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Algemeen Deel*, 3^e druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle.
- Verplaetse, J 2010, 'Niemand kan verantwoordelijk zijn', *Trouw*, 30 oktober, pp. 36-37.

Jurisprudentie

- LJN: BN2525, Rechtbank Breda, 02/812580-09 d.d. 27 juli 2010.
- LJN: BN7345, Gerechtshof Amsterdam, 23-001706-09 d.d. 17 september 2010.
- LJN: BQ4981, Gerechtshof Arnhem, 21-004515-09 d.d. 18 mei 2011.

Internet

- <http://www.mednet.nl/actueel/eerste-versie-dsm-v-online-beschikbaar-voor-commentaar-51100.html>.
- [http://www.nwo.nl/files/nsf/pages/NWOA_77FCRY/\\$file/Folder%20-%20def%20\(FldJustitiCognitieK1409\).pdf](http://www.nwo.nl/files/nsf/pages/NWOA_77FCRY/$file/Folder%20-%20def%20(FldJustitiCognitieK1409).pdf).
- http://www.kenniscentrum-kjp.nl/files/FILES/conceptrichtlijn_pro_justitia_rapportage_nvvp.pdf.