

# **Strafrecht zonder vrije wil?**

Een aanzet tot een wetenschappelijk verantwoord strafrecht zonder vrije wil.



2015

Auteur:	Bas Roelen
Studentennummer:	27876
Opleiding:	Rechtsgeleerdheid
Onderwijsinstelling:	Universiteit Tilburg
Datum:	3 juli 2015
Eerste begeleider:	Mr. S.B.G. Kierkels

# Inhoudsopgave

Voorwoord .....	4
1 Onderzoeksopzet .....	5
2 De vrije wil bekeken vanuit de filosofie en de neurowetenschap .....	8
2.1 Inleiding .....	8
2.2 Vrije wil .....	8
2.2.1 Introductie van vrije wil .....	8
2.2.2 Kiezen impliceert een vrije wil .....	8
2.2.3 De Middenweg .....	9
2.2.4 Een derde definitie .....	9
2.2.5 Laatste optie .....	10
2.2.6 Gekozen definitie .....	10
2.3 De vrije wil en de gedetermineerde wereld .....	11
2.3.1 De filosofie en de vrije wil .....	11
2.3.2 Het harde determinisme .....	11
2.3.3 Libertarisme .....	12
2.3.4 Compatibilisme .....	12
2.4 Kritiek op de vrije wil .....	13
2.4.1 De neurowetenschap en de vrije wil .....	13
2.4.2 Bewustzijn stuurt handelen niet aan .....	13
2.4.3 De wil als veroorzaker is een illusie .....	15
2.4.4 Nederlandse neurowetenschappers tegen de vrije wil .....	15
2.4.5 Gebrek aan een oplossing .....	17
2.5 Tussenconclusie .....	18
3 De vrije wil in het strafrecht: de rol, de kritiek en de verdediging .....	20
3.1 Inleiding .....	20
3.2 De vrije wil binnen het strafrecht .....	20
3.2.1 Het strafbare feit .....	20
3.2.1.1 Wat is het strafbare feit .....	20
3.2.1.2 Menselijke gedraging .....	21
3.2.1.3 Binnen de delictsomschrijving .....	21
3.2.1.4 Wederrechtelijk .....	21
3.2.1.5 Aan schuld te wijten .....	22
3.2.2 Strafdoelen .....	22
3.2.2.1 Vergeldingstheorie .....	22
3.2.2.2 Preventietheorie .....	23
3.2.2.3 Verenigingstheorie .....	24
3.2.3 Opzet .....	25
3.2.4 Voorbedachte rade .....	27
3.2.5 Schuld .....	27
3.2.5.1 Schuld .....	27
3.2.5.2 Roekeloosheid .....	28
3.2.5.3 Vrije wil en culpa .....	29
3.2.6 Ontoerekenbaarheid .....	30
3.3 Wetenschappers over de vrije wil in het strafrecht .....	31
3.4 Juristen over vrije wil in het strafrecht .....	33
3.5 Tussenconclusie .....	34
4 Het nieuwe systeem .....	35
4.1 Inleiding .....	35

4.2	Keuze voor het nieuwe strafrecht .....	35
4.2.1	Grondslagen van het nieuwe strafrecht.....	35
4.2.2	Het sanctioneren van onschuldige burgers .....	36
4.2.3	Disproportioneel sanctioneren.....	37
4.3	Strafdoelen van het nieuwe strafrecht.....	38
4.3.1	De nieuwe strafdoelen .....	38
4.3.2	Generale preventie.....	40
4.3.3	Speciale preventie.....	41
4.4	Het strafbare feit.....	43
4.5	Andere bestanddelen .....	44
4.6	Risico in het nieuwe strafrecht.....	45
4.6.1	Verdachte die een risico vormt voor de maatschappij.....	45
4.6.2	Risico-uitsluitingsgronden .....	45
4.6.3	Verdachte die een risico in de toekomst vormt.....	49
4.7	Sanctioneren in het nieuwe systeem.....	50
4.7.1	Verschillen in sanctioneren .....	50
4.7.2	Hoe te sanctioneren. ....	51
4.8	Tussenconclusie.....	53
5	Is het nieuwe systeem een verbetering? .....	54
5.1	Inleiding.....	54
5.2	De strafdoelen .....	54
5.2.1	Verschillen tussen oude en nieuwe strafdoelen .....	54
5.2.2	Voordelen van de nieuwe strafdoelen .....	55
5.2.3	Nadelen van de nieuwe strafdoelen .....	56
5.3	Het strafbare feit.....	57
5.3.1	De verschillen.....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
5.3.1.1	De gewilde spierbeweging binnen de menselijke gedraging .....	57
5.3.2	Begrippen die samenhangen met het strafbare feit.....	58
5.3.2.1	De poging.....	58
5.3.2.2	Vorbereiding.....	60
5.4	Delictsomschrijving.....	61
5.4.1	Bestanddelen .....	61
5.4.2	Dood door schuld, doodslag en moord .....	61
5.5	De risico-uitsluitingsgronden .....	62
5.6	Sancties .....	63
5.6.1	Verschillen wat betreft sanctieoplegging .....	63
5.6.2	Voordelen van het nieuwe sanctioneren .....	63
5.6.3	Nadelen van het nieuwe sanctioneren .....	64
5.7	Tussenconclusie.....	65
6	Conclusie.....	67
	Literatuurlijst .....	69

## Voorwoord

Voor u ligt de scriptie welke ik geschreven heb ter afsluiting van mijn master Rechtsgeleerdheid accent strafrecht. Het onderwerp, strafrecht en de vrije wil, bleek uitdagend en in sommige gevallen zeer ingewikkeld. Ik hoop dat u net zoveel plezier heeft met het lezen van de scriptie, als dat ik had met het schrijven. Graag zou ik van de gelegenheid gebruik maken om eenieder te bedanken die bijgedragen heeft aan het voltooien van deze scriptie. Zonder anderen te kort te doen, wil ik in het bijzonder mijn begeleider, mevrouw Kierkels danken voor haar commentaar en aanvullingen. Zij heeft mij voor enkele lelijke strafrechtelijke uitglijders behoed. Naast haar ook mijn bijzondere dank aan Jolanda Roelen, die vele uren gelezen heeft in boeken die niet in braille beschikbaar waren, zodat ik ze toch in de scriptie kon verwerken. Mijn moeder, Els Roelen voor haar correcties waar nodig. En tenslotte de heer Rudolf Balk voor vijf jaar lang autorijden, waaraan deze scriptie een einde maakt. Nogmaals aan eenieder die de moeite neemt dit werk te lezen, veel leesplezier.

Bas Roelen

# 1 Onderzoeksopzet

De vrije wil wordt door veel mensen ervaren als een bestaand fenomeen. Als je als mens je hand optilt, dan doe je dat omdat jij dat wil en niet om een andere reden.<sup>1</sup> Deze vrije wil wordt zodanig sterk aanwezig gevoeld, dat het zelfs beschouwd kan worden als één van de meest belangrijke en intieme vrijheden die de mens bezit.<sup>2</sup> Toch is de vrije wil een schimmig begrip waarover al eeuwen lang controverse bestaat en discussie gevoerd wordt. Filosofen als Plato, Spinoza, Nietzsche, Descartes en Kant hebben zich allen aan deze discussie gewaagd. Kort omschreven zijn er drie hoofdstromingen: de harde deterministen, de compatibilisten en de libertariërs. Waarbij de filosofen binnen de eerste stroming fel tegenstander van de vrije wil zijn. Zij betogen dat deze niet kan bestaan omdat de wereld gebaseerd is, en gedomineerd wordt, door causale wetmatigheden die geen ruimte laten bestaan voor geestelijke vrijheid of toeval. Filosofen uit de tweede stroming, de libertariërs, betogen het radicaal tegenovergestelde en zeggen juist dat de vrije wil de basis van alles vormt, waardoor de wereld niet volledig gedetermineerd kan zijn. Behalve aanhangers van deze twee uitersten zijn er ook filosofen die een middenweg proberen te vinden. Zij vertegenwoordigen het compatibilisme. Wat inhoudt dat zij een gedetermineerde wereld proberen te verenigen met de vrije wil.

Niet alleen op filosofisch vlak, maar ook in de wetenschap is het thema van de vrije wil een belangrijk discussiepunt, zeker de laatste jaren.<sup>3</sup> Ook hier zijn er wetenschappers die betogen dat de vrije wil niet bestaat, zij sluiten zich daarmee het meest aan bij het harde determinisme. Zij die beweren dat de vrije wil wel bestaat en daarnaast bestaan er ook deskundigen die een middenweg proberen te vinden. Deskundigen die bepleiten dat de vrije wil niet aanwezig is, zijn onder andere Wegner, Libet, Lamme en Swaab.<sup>4</sup> Deze deskundigen voeren ter ondersteuning van hun standpunt aan dat neurowetenschappelijk is vastgesteld dat de vrije wil niet bestaat. Volgens andere deskundigen voert dit standpunt veel te ver.<sup>5</sup> De mens zou wel in staat zijn een eigen vrije keuze te maken. Er zijn ook deskundigen die pogen een middenweg te vinden.<sup>6</sup> Maar tot een conclusie is men niet gekomen, waardoor er nog altijd ruimte is voor verschil in opvattingen.

Wat heeft dit nu met het strafrecht van doen? Als de vrije wil niet bestaat, dan lijkt het voor de hand te liggen dat het hele Nederlandse strafrecht zal moeten worden gewijzigd, omdat dit strafrecht gebaseerd is op de vrije wil van de mens en de mogelijkheid de mens om die reden verantwoordelijk te houden. Illusterend in dit verband is de omschrijving van een handeling, binnen het begrip menselijke gedraging, als een gewilde spierbeweging.<sup>7</sup> Tevens kan gewezen worden op de mogelijkheid om iemand een TBS-maatregel op te leggen wanneer zijn vrije wil is aangetast door een ziekelijke stoornis van de geestvermogens.<sup>8</sup> Uit een dergelijke omschrijving kan worden afgeleid dat de vrije wil gezien wordt als een uitgangspunt. Pas als daarvan wordt afgeweken kan men, onder bepaalde omstandigheden, niet gestraft worden. Ook komt de vrije wil terug in de begrippen opzet en schuld. In het begrip schuld ziet men de vrije wil terug wanneer er gekeken wordt naar de verwijtbare,

---

<sup>1</sup> J. Greene & J.D. Cohen, *Justitiële verkenningen* 2008, p. 104.

<sup>2</sup> Mooij, 2004, p. 94, 139.

<sup>3</sup> Zie het redelijk recente en zeer invloedrijke boek van Wegner: *The Illusion of conscious will*, Cambridge MA: MIT Press 2002. Het boek van Libet: *Mind time: The temporal factor in consciousness*, Cambridge: Harvard University Press 2004. Het boek van Dennet: *Freedom evolves*, Londen: Penguin 2004. Het boek van Swaab: *Wij zijn ons brein. Van baarmoeder tot alzheimer*, Amsterdam/Antwerpen: Contact 2010. Het boek van Lamme: *De vrije wil bestaat niet. Over wie er echt de baas is in het brein*, Amsterdam: Bert Bakker 2010. Het boek van Slors: *Dat had je gedacht! Brein, bewustzijn en vrije wil in filosofisch perspectief*, Amsterdam: Boom 2012.

<sup>4</sup> Wegner 2002. Libet 2004. Swaab 2010. Lamme 2010.

<sup>5</sup> Kane 2005. Dennet 2004.

<sup>6</sup> Slors 2012.

<sup>7</sup> Van Hamel 1927, p. 187. de Hullu 2009, p. 159.

<sup>8</sup> Art. 37a Wetboek van Strafrecht.

aanmerkelijke onvoorzichtigheid, terwijl men dezelfde vrije wil ook ziet in het begrip opzet, wanneer er gesproken wordt over willens en wetens.<sup>9</sup> Valt de vrije wil weg, dan kan geen mens, zo lijkt het, meer veroordeeld worden op basis van bepalingen die van deze begrippen gebruik maken. Wat een groot probleem op zou kunnen leveren, omdat een enorme hoeveelheid strafbepalingen uitgaan van of opzet of schuld. Denk bijvoorbeeld aan diefstal, verkrachting, moord, doodslag, dood door schuld, inbraak en mishandeling. Kortom de discussie omtrent de vrije wil raakt de hoeksteen van het strafrecht en daarom dient er gereageerd te worden.

Reactie kwam er dan ook, maar misschien niet de reactie die verwacht werd. Echt geschrokken werd er niet in de juridische wereld. Veel juristen vinden dat het strafrecht niet drastisch gewijzigd hoeft te worden, de vrije wil dient volgens hen gezien te worden in het licht van het strafrecht. Wat de neurowetenschappers ook mogen zeggen, men is, binnen het strafrecht, wel degelijk verantwoordelijk te houden voor zijn of haar daden. Het doet er daarbij niet toe of deze vrije wil, volgens de wetenschap, wel of niet bestaat.<sup>10</sup> Andere juridische auteurs zien wel een probleem ontstaan met de vrije wil binnen het strafrecht en pogen dit strafrecht te hervormen zodat het bruikbaar blijft, ook wanneer er geen vrije wil in het systeem gebruikt mag worden. Met als recent voorbeeld een voorstel van Kwakman om het schuldstrafrecht te veranderen in een strafrecht dat gebaseerd is op bescherming tegen risico's.<sup>11</sup> Op die manier zou de problematiek rond de vrije wil, die het hele bestaan van het strafrecht ter discussie stelt, kunnen worden ontlopen. De dader wordt dan uit de samenleving genomen, wanneer hij een gevaar vormt voor de maatschappij. Er hoeft dan dus niet bewezen te worden dat hij opzettelijk heeft gehandeld, of dat hij verwijtbaar heeft gehandeld, op het moment van het begaan van het misdrijf. Voldoende is wanneer komt vast te staan dat de dader een risico vormt voor de maatschappij en derhalve gesanctioneerd dient te worden. Volgens Kwakman hoeft er niet eens zoveel te veranderen, om dit systeem goed werkend te krijgen.

Dit voorstel is, nadat het geponeerd werd in 2011, niet meer uitgebreid besproken, terwijl het een eventuele mogelijkheid biedt om de hierboven beschreven problemen, rond de vrije wil en het strafrecht, te verhelpen. Een nadere bespreking van de aangedragen oplossing lijkt dan ook relevant voor de discussie omtrent de eventuele herinrichting van het strafrecht. Deze relevantie leidt tot de volgende centrale onderzoeksvraag.

Op welke manier kan er overgeschakeld worden van een schuldstrafrecht naar een strafrecht dat probeert de maatschappij te beschermen tegen risico's, zonder daarbij gebruik te maken van de vrije wil en als dit het geval is, kan een overschakeling beschouwd worden als een verbetering.

Deze onderzoeksvraag zal beantwoord worden aan de hand van de volgende deelvragen:

1. Wat zijn de verschillende definities van de vrije wil en welke sluit aan bij de vrije wil zoals deze in het strafrecht gebruikt wordt?
2. Wat is de kritiek op deze vrije wil volgens de filosofie en de wetenschap?
3. Bij welke begrippen in het huidige strafrecht speelt de vrije wil een rol en hoe groot is deze functie?
4. Wat is de kritiek op het gebruik van deze begrippen?
5. Op welke manier kunnen de begrippen die bij deelvraag drie aan het licht zijn gekomen, worden ingekleed zodat de vrije wil daarin geen rol meer speelt?

---

<sup>9</sup> Zie voor de omschrijving van het bestanddeel culpa, waarmee de schuld van een verdachte kan worden bewezen: de Hullu 2009, p. 255. En tevens Mevis 2009, p. 692-694. Dat opzet inhoudt dat iemand willens en wetens handelt, blijkt onder meer uit: Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 61, 69. de Hullu 2009, p. 213.

<sup>10</sup> Zie bijvoorbeeld: Roef, Justitiële verkenningen 2013. Vincent, Justitiële verkenningen 2013. Buruma 2011.

<sup>11</sup> Kwakman, *Ars Aequi* 2011, p. 856-8588.

6. Kan het beschouwd worden als een verbetering om over te schakelen naar een strafrecht zonder vrije wil, waarin de samenleving wordt beschermd tegen risico's?

De eerste twee deelvragen zullen in het tweede hoofdstuk worden besproken en hebben tot doel te beschrijven wat de visies zijn op de vrije wil volgens de filosofie en de wetenschap en wat de kritiek is op ieder van deze mogelijkheden. De volgende twee deelvragen worden in het derde hoofdstuk besproken. Deze deelvragen hebben tot doel te beschrijven in welke begrippen, die in het strafrecht gebruikt worden, de vrije wil een rol speelt en wat de kritiek op deze begrippen is vanuit de neurowetenschap. De vijfde deelvraag komt aan bod in het vierde hoofdstuk. Hierin wordt besproken op welke manier er overgeschakeld kan worden naar een strafrecht waarin de vrije wil geen rol mag spelen. De deelvraag heeft tot doel bij te dragen aan een goed ontwerp van een nieuw systeem. De laatste deelvraag komt aan bod in het vijfde hoofdstuk en beoogt vast te stellen of het een verbetering is om over te schakelen naar het nieuwe systeem of niet. Deze deelvraag zal worden ingekaderd omdat verbetering een ruim begrip is. Er zal bezien worden of het nieuwe systeem voordelen heeft ten opzichte van het huidige systeem, of er nadelen zijn wanneer er wordt overgeschakeld naar het nieuwe systeem en of deze nadelen kunnen worden weggewerkt zonder dat daarbij gebruik gemaakt moet worden van de vrije wil. Het zesde hoofdstuk bestaat uit een algehele conclusie van de thesis.

## **2 De vrije wil bekeken vanuit de filosofie en de neurowetenschap**

### **2.1 Inleiding**

In dit hoofdstuk wordt eerst ingegaan op het begrip vrije wil. Wat houdt dit in? Is er een definitie te geven die in de praktijk gebruikt kan worden en lijkt aan te sluiten bij het strafrechtelijke begrip van vrije wil? Vervolgens zal de aandacht gericht worden op de filosofische achtergrond van de vrije wil. Wat is het verband met het determinisme en welke conclusies worden daaruit, in de filosofie, getrokken? Vervolgens zal besproken worden wat de neurowetenschap heeft aangevoerd ten opzichte van de vrije wil. Bestaat deze wel of niet?

### **2.2 Vrije wil**

#### **2.2.1 Introductie van vrije wil**

De vrije wil wordt door veel mensen ervaren als een bestaand fenomeen. Als je als mens je hand optilt, dan doe je dat omdat jij dat wil en niet om een andere reden. Er is daarom, voor de meeste mensen, over de realiteit van de vrije wil geen onderhandeling mogelijk.<sup>12</sup> Dit uitgangspunt is begrijpelijk omdat de vrije wil beschouwd kan worden als een van de meest intieme vrijheden die de mens bezit.<sup>13</sup> Logischerwijs onderhandel je niet graag over een van je meest intieme vrijheden. Toch is de vrije wil een schimmig begrip waarover door de eeuwen heen veel discussie is gevoerd.<sup>14</sup> Tot een definitief antwoord kwam men nooit en ook vandaag de dag is het nog steeds onduidelijk wat er precies onder vrije wil verstaan moet worden. Hieronder worden een aantal definities besproken, welke beschouwd kunnen worden als een goede weergave van verschillende filosofische stromingen en gedachtegangen. De definities zullen worden besproken op volgorde van het minst omvattende begrip van vrije wil naar een inhoudelijk veel omvattende definitie. Deze zullen worden aangeduid als zwakke en sterke omschrijvingen van het begrip vrije wil.

#### **2.2.2 Kiezen impliceert een vrije wil**

Een eerste definitie zou kunnen zijn dat de vrije wil inhoudt dat de mens keuzes kan maken. Dit lijkt geen afdoende definiëring omdat veel meer organismen in staat zijn om keuzes te maken.<sup>15</sup> Als voorbeeld van een kiezend dier kan een experiment van Frans de Waal gebruikt worden, waarin een aap mag kiezen of hij alleen zichzelf voedsel zal geven of ook een van zijn soortgenoten. De aap is in staat om verschil tussen de twee opties waar te nemen, de verschillen te begrijpen en om een keuze te maken.<sup>16</sup> Als deze definiëring gebruikt zou worden, zou dat dus inhouden dat de vrije wil ook bestaat bij andere organismen. Nu is dat misschien geen probleem, maar de vrije wil wordt toch vaak

---

<sup>12</sup> Greene & Cohen, Justitiële verkenningen 2008, p. 104.

<sup>13</sup> Mooij 2004, p. 94, 139.

<sup>14</sup> Greene & Cohen, Justitiële verkenningen 2008, p. 102. Enkele voorbeelden van filosofen zijn: Plato 427-347 v.Chr., Spinoza 1632-1677 en Nietzsche 1844-1900 geven alle drie aan dat er geen sprake is van een vrije wil. Enkele voorstanders van de vrije wil zijn Descartes 1596-1650 en Kant 1724-1804

<sup>15</sup> Swaab 2010, p. 379.

<sup>16</sup> Zie voor een korte omschrijving van dit experiment de Volkskrant, 25 maart 2013: De morele aap.



beschouwd als iets typisch menselijks.<sup>17</sup> Een veel groter probleem is de ruimte die gelaten wordt binnen deze definitie van de vrije wil. Het zou fijn zijn als één van onze meest intieme vrijheden meer zou behelzen dan de mogelijkheid om te kunnen kiezen. Want als de definitie van vrijheid en daarmee een vrije wil is, dat de mens in staat is om keuzes te maken, dan leidt dat tot situaties waarin men voor onmogelijke keuzes kan komen te staan en toch vrij is. Onder deze definitie zou je vrij zijn wanneer je gedwongen wordt te kiezen tussen het doden van onschuldige mensen of zelf gedood worden.<sup>18</sup> Nog los van de vraag of deze geboden mogelijkheid vrijheid impliceert, lijkt het niet wenselijk dat deze omschrijving alles is dat ons als mensen vrijheid verschafft. De omschrijving laat te veel mogelijkheden open, te veel ruimte voor interpretatie toe, is te ruim geformuleerd en daarom in de praktijk niet hanteerbaar.

### 2.2.3 De Middenweg

De volgende opvatting van de vrije wil is een gangbare omschrijving, als de filosofische debatten bekeken worden. Deze omschrijving van het begrip vrije wil vloeit voort uit de voor de mens unieke eigenschap dat deze kan reflecteren op zijn eigen wil.<sup>19</sup> De mens moet in staat worden geacht zichzelf terug te trekken uit een situatie, er afstand van te nemen en te reflecteren over zijn overtuigingen, verlangens en wensen.<sup>20</sup> De mens kan derhalve besluiten om iets wel of niet te doen, puur en alleen omdat hij dat zelf wil.

Bovenstaande leidt tot een vrije wil die gekenmerkt wordt door drie aspecten. In de eerste plaats is een handeling vrij wanneer iemand anders had kunnen handelen, wanneer hij alternatieven had. Bovendien moet iemand handelen uit begrijpelijke redenen; en moet jijzelf als persoon de bron zijn van je handelen, of in ieder geval moet je dat idee hebben.<sup>21</sup> Ook deze meer geaccepteerde omschrijving van de vrije wil wordt bekritiseerd. Zo geeft Swaab het voorbeeld van een hevige verliefdheid. Volgens hem heeft op dat moment niemand meer invloed op zijn of haar partnerkeuze. Je gevoelens dwingen je er toe om voor een bepaalde partner te kiezen, deze keuze maak je onbewust, waardoor je niet zelf de initiator van je eigen handelen bent.<sup>22</sup> Ook van Inwagen vindt het geen goede definitie van het begrip vrije wil. Hij erkent de kenmerken maar vindt dat je vrije wil niet op die manier zou moeten schetsen. Vrije wil is volgens van Inwagen datgene dat nodig is om voor verantwoordelijkheid te kunnen zorgen.<sup>23</sup>

### 2.2.4 Een derde definitie

Een andere opvatting over de vrije wil wordt gegeven door Kane “The power of agents to be the ultimate creators (or originators) and sustainers of their own ends or purposes”.<sup>24</sup> Deze definitie van de vrije wil is sterk omdat er vanuit gegaan wordt dat er geen enkele vorm van causaliteit bestaat tussen het gedrag dat voortvloeit uit de vrije wil en erfelijkheidsfactoren,

---

<sup>17</sup> De Jong, Justitiële verkenningen 2013, p. 10.

<sup>18</sup> Ontleend aan het bekende voorbeeld van Sartre waarmee hij aangeeft dat er sprake is van vrijheid. Je bent namelijk in staat om als mens uit deze twee opties te kiezen.

<sup>19</sup> De Jong, Justitiële verkenningen 2013, p. 10, 28. Roef, Justitiële verkenningen 2013, p. 44.

<sup>20</sup> Slors 2012, p. 123. en Mooij 2004, p. 116-118. en de Jong, Justitiële verkenningen 2013, p. 28.

<sup>21</sup> Swaab 2010, p. 380. Ook Walter noemt deze omschrijving van de vrije wil, zie: Walter 2001. En ook: Oomen 2013a, p. 8. en tevens Libet, Journal of Consciousness Studies 1999, p. 447. Zie ook den Boer 2003, p. 243.

<sup>22</sup> Swaab 2010, p. 123, 380.

<sup>23</sup> Zie voor zowel de erkenning van de begrippen als zijn omschrijving van de vrije wil van Inwagen, Journal of Ethics 2008, p. 329.

<sup>24</sup> Kane 1996, p. 4.

omgevingsfactoren, god of het lot.<sup>25</sup> Deze omschrijving van de vrije wil is zo sterk dat het moeilijk wordt om haar in de praktijk te hanteren. Nog afgezien van de vraag of god bestaat, wat zeer lastig te bewijzen valt, of dat erfelijkheidsfactoren een rol spelen bij gedragingen, zoals neurowetenschappers als Swaab en Lamme aanvoeren, lijkt het ondenkbaar dat omgevingsfactoren geen rol spelen bij het maken van een keuze.<sup>26</sup> Er zou dan een vreemd soort wil ontstaan. De wil zou, indien hij niet beïnvloed wordt door factoren die ons lichaam wel beïnvloeden, een wil worden die los staat van alles wat ons tot een bepaalde persoon maakt. In plaats van tot uitdrukking te brengen wat wij willen, zou het een wil worden die ons vanuit een causaal vacuüm overvalt.<sup>27</sup> Een dergelijke omschrijving lijkt niet prettig om te gebruiken in een praktische situatie. Zo lijken er problemen te ontstaan met het recht, hoe zou je iemand verantwoordelijk moeten stellen voor zijn daden, wanneer de wil uit een causaal vacuüm voortvloeit en niets te maken heeft met de persoon in kwestie?

### 2.2.5 Laatste optie

Een eveneens zeer sterke omschrijving van de vrije wil is de volgende: de mogelijkheid om te besluiten om iets wel of niet te doen, zonder interne of externe beperkingen die deze keuze bepalen.<sup>28</sup> Deze definitie lijkt ook onhoudbaar omdat er altijd wel factoren zijn die je keuzes kunnen beïnvloeden, soms intern, soms extern. Een interne factor zou bijvoorbeeld kunnen bestaan uit de normen en waarden die je dankzij de genoten opvoeding hebt meegekregen. Een voorbeeld van een externe factor is het kleurgebruik of de situering van een product dat je wel of niet kiest in een winkel.<sup>29</sup> Als bovenstaande definitie zou worden gevolgd, dan mogen deze aspecten geen invloed hebben op de keuze die je maakt. Wanneer de externe factor bekeken wordt, zou dat bijvoorbeeld inhouden dat de mens, wanneer hij een keuze maakt, volledig onafhankelijk kiest van reclames die op de televisie worden uitgezonden. Dat lijkt zeer onwaarschijnlijk waardoor ook deze omschrijving van de vrije wil niet of slechts zeer moeizaam verdedigbaar is in een praktische situatie.

### 2.2.6 Gekozen definitie

Toch zal voor het verdere verloop van deze thesis een omschrijving van vrije wil gekozen moeten worden, omdat er anders geen referentiekader beschikbaar is. Er zal daarom gebruik worden gemaakt van de tweede definitie van vrije wil, dit ondanks de kritiek die Swaab hierop heeft en de aanmerkingen van Van Inwagen. Dit omdat het de meest gangbare omschrijving is van de vrije wil en omdat het een middenweg vormt tussen de eerste, zwakkere omschrijving en de derde en vierde, zeer sterke omschrijvingen van het begrip vrije wil. Deze optie lijkt, naast dat het een middenweg vormt in de vrije wil problematiek, ook de meest geschikte optie om te gebruiken wanneer men het strafrecht wil benaderen. Omdat begrippen als reflectie, handelen terwijl er alternatieven beschikbaar waren en zelf de initiator zijn van je handelen, terugkeren in het strafrecht.<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> Nagtegaal, De Psycholoog 2004, p. 3.

<sup>26</sup> Bijvoorbeeld agressie zou in belangrijke mate genetisch bepaald zijn. Zie: Swaab 2010, p. 212-214, 458. Lamme 2010, p. 281.

<sup>27</sup> Leilich, Filosofie 2011, p. 9-10. Ook Bieri acht deze wil onwaarschijnlijk, zie: Bieri 2007, p. 212-215.

<sup>28</sup> Deze definitie van de vrije wil is gegeven door Joseph Price, een Amerikaans onderzoeker. Swaab refereert aan deze definitie, zie: Swaab 2010, p. 379. Ook Roef noemt deze definitie van vrije wil, zie: Roef, Justitiële verkenningen 2013, p. 41.

<sup>29</sup> Zie voor andere voorbeelden Oomen 2013b, p. 125-126.

<sup>30</sup> Zo is het voor verwijtbaarheid in het strafrecht van belang dat er alternatieven waren voor de verdachte. En komt het element van zelf de initiator van je handelen zijn terug bij verminderde toerekenbaarheid of ontoerekenbaarheid. Zie nader hoofdstuk 3 van de thesis.

## 2.3 De vrije wil en de gedetermineerde wereld

### 2.3.1 De filosofie en de vrije wil

Wanneer er gekeken wordt naar het filosofische debat betreffende de vrije wil, dan is het veruit meest besproken thema de vrije wil in combinatie met het determinisme. Meer specifiek of deze combinatie mogelijk is of niet?<sup>31</sup> Dit vraagstuk wordt ook wel aangeduid als het vraagstuk naar de compatibiliteit van de vrije wil en het determinisme.<sup>32/33</sup> Determinisme houdt, volgens een zeer eenvoudige omschrijving in, dat de toekomst vast ligt.<sup>34</sup> Deze toekomst werd door de eeuwen heen door verschillende factoren bepaald. Eerst was het god, die alwetend was en daardoor voor de wereld en de mensen die zich daarop bevonden had uitgedacht hoe de toekomst er uit zou zien.<sup>35</sup> Later, toen het religieuze beeld van de wereld werd ingeruild voor een meer mechanisch wereldbeeld, werden het de natuurwetten, die de toekomst beheersten en vandaag de dag lijken de neurowetenschappen, via het gebruik van de natuurwetten, een steeds grotere rol te spelen. De vraag luidt nu: hoe kan ik vrij zijn als alles in mijn hersenen bepaald wordt door de wetten van de natuur?<sup>36</sup> In het huidige, minder op god berustende en meer op het mechanische wereldbeeld steunende tijdperk, wordt met determinisme bedoeld dat alles in de toekomst, van te voren al vastgesteld is en dat de gebeurtenissen, binnen dit deterministisch kader, gebonden zijn aan de natuurwetten die van toepassing zijn op de betreffende processen. Alles wat er in het universum gebeurt, zou om die reden voorspelbaar moeten zijn, of met terugwerkende kracht herleidbaar moeten blijken.<sup>37</sup> In de filosofie worden drie belangrijke posities onderscheiden, welke hieronder in vogelvlucht zullen worden besproken.<sup>38</sup>

### 2.3.2 Het harde determinisme

Het harde determinisme is een stroming waarbinnen het standpunt gehuldigd wordt dat het, hierboven geschetste deterministische wereldbeeld, op waarheid berust. Waarmee de wereld dus volledig beheerst wordt door natuurwetten.<sup>39</sup> Ook segmenten die in principe niet tot de natuur behoren, zoals de menselijke gedragingen, vallen volgens de harde deterministen binnen het kader van de natuurwetten.<sup>40</sup> Zij verenigen daarmee de werkelijkheid tot een natuurwerkelijkheid. Door deze verenging zouden ook gedragingen van de mens gereduceerd kunnen worden tot wetmatigheden die voorspelbaar moeten zijn door de natuurwetten of achteraf te herleiden moeten zijn tot een proces dat gebaseerd is op natuurwetten.<sup>41</sup> Er is hierop geen enkele uitzondering mogelijk, waarmee niets ontkomt aan

<sup>31</sup> Meynen 2008, p. 271. en Meynen, Tijdschrift voor psychiatrie 2009, p. 874.

<sup>32</sup> Meynen 2008, p. 272. en Meynen, Tijdschrift voor psychiatrie 2009, p. 875.

<sup>33</sup> Wanneer er door mij, in paragraaf 2.3 gesproken wordt over de vrije wil, bedoel ik steeds de definitie van vrije wil die gekozen is in paragraaf 2.2.6. Tenzij ik expliciet anders aangeef.

<sup>34</sup> Zie: van Inwagen 1983. Zie ook: Oomen 2013b, p. 117.

<sup>35</sup> Meynen, Tijdschrift voor psychiatrie 2009, p. 274. Swaab verwijst hier ook naar zie: Swaab 2010, p. 381. Ook Vincent noemt dit kort zie: Vincent, Justitiële verkenningen 2013, p. 68.

<sup>36</sup> Meynen, Tijdschrift voor psychiatrie 2009, p. 874-875. Voor het deterministische aspect van de hersenen en de eventuele problematiek betreffende de vrije wil zie: den Boer 2003, p. 242.

<sup>37</sup> Van der Wal 2011, p. 615. Zie ook: Mooij 2004, p. 79-81. En tevens: Glas 2007, p. 222. Zie ook: Müller, van Miltenburg & Evers 2013, p. 143-144, 145. Tenslotte: Vedder, Justitiële verkenningen 2008, p. 62.

<sup>38</sup> Voor uitgebreidere omschrijvingen van de standpunten in de filosofie dan die ik hieronder zal bespreken, verwijs ik naar: Verplaetse 2011. Of Slors 2008. En tevens naar Meynen 2008, p. 266-298.

<sup>39</sup> De Jong, Justitiële verkenningen 2013, p. 13.

<sup>40</sup> Mooij 2004, p. 83-84.

<sup>41</sup> De Jong, justitiële verkenningen 2013, p. 14.

de voorspelbaarheid of de herleidbaarheid. Er is daarom geen ruimte voor enige vorm van geestelijke vrijheid voor de mens. De vrije wil is dan ook niet verenigbaar/compatibel met het deterministische wereldbeeld.<sup>42</sup> En omdat het determinisme reëel is, kan er geen ruimte zijn voor het bestaan van een vrije wil.<sup>43</sup>

### 2.3.3 Libertarisme

De libertariër is het eens met de harde determinist, wanneer deze stelt dat de vrije wil en het determinisme niet compatibel zijn. Echter, de conclusie die zij beiden aan dit standpunt verbinden is radicaal verschillend. Zoals uit paragraaf 2.3.2 bleek, beschouwen de harde deterministen de vrije wil als een onbestaanbaar concept en beschouwen zij het determinisme als een waarheid. Binnen het libertarisme heerst de opvatting dat de vrijheid een gegeven feit is. Er dient derhalve ruimte te zijn voor geestelijke vrijheid en dus bestaat de vrije wil. Aangezien dit in een volledig gedetermineerde wereld onmogelijk is, doordat de natuurwetten alles kunnen voorspellen of retrospectief kunnen herleiden, dient de conclusie te luiden dat de wereld niet volledig gedetermineerd kan zijn. De causale geslotenheid van de werkelijkheid moet dan ook verworpen worden. De libertariër is daarmee een indeterminist.<sup>44</sup>

### 2.3.4 Compatibilisme

Het compatibilisme wijkt af van de eerder besproken stromingen en neemt een unieke plaats in wat betreft de vraag naar de compatibiliteit. Alleen de compatibilist is van mening dat de vrije wil wel verzoenbaar is met het deterministische wereldbeeld.<sup>45</sup> Dit ondanks het gegeven dat de wereld, volgens de compatibilist, volledig gedetermineerd is.<sup>46</sup> Compatibilisten geven vaak toe dat door de gedetermineerde wereld, waarbinnen alles door vastliggende causale factoren wordt beheerst, er geen ruimte kan zijn voor een volledige vrije wil. Maar zij menen toch dat er voldoende ruimte overblijft om te kunnen spreken van vrijheid.<sup>47</sup> Zo kan een compatibilist een handeling als vrij beschouwen wanneer deze niet op beslissende wijze wordt beïnvloed door externe factoren. Denk hierbij aan opsluiting, waardoor je fysiek niet in staat bent om je handeling te verrichten of bedreiging, waardoor je gedwongen wordt iets te doen.<sup>48</sup>

Een ander bekend voorbeeld van vrijheid binnen het compatibilisme wordt geschapen door onderscheid te maken tussen eerste- en tweede ordewensen.<sup>49</sup> Een alcoholist kan om tien uur in de ochtend zeer veel trek hebben in een glas bier, dit is zijn eerste ordewens, maar ook het idee hebben dat hij dit niet moet drinken omdat hij van zijn verslaving af wil komen,

---

<sup>42</sup> Müller, van Miltenburg & Evers 2013, p. 146. En Greene & Cohen, Justitiële verkenningen 2008, p. 102.

<sup>43</sup> Dennett 2004, p. 97-98. En Mooij 2004, p. 80. Zie ook den Boer 2003, p. 249. Voor een verkorte omschrijving met dezelfde conclusie zie: Meynen, Tijdschrift voor psychiatrie 2009, p. 875.

<sup>44</sup> Meynen, Tijdschrift voor psychiatrie 2009, p. 875. en de Jong, Justitiële verkenningen 2013, p. 15. Ook van Inwagen geeft aan dat libertarisme leidt tot indeterminisme, zie: van Inwagen, Journal of Ethics 2008, p. 330. Zie ook: den Boer 2003, p. 249.

<sup>45</sup> Meynen, Tijdschrift voor psychiatrie 2009, p. 875. En Oomen 2013b, p. 117. En Müller van Miltenburg & Evers 2013, p. 146. Ook den Boer 2003, p. 250.

<sup>46</sup> De Jong, Justitiële verkenningen 2013, p. 15. En den Boer 2003, p. 250.

<sup>47</sup> Meynen, tijdschrift voor psychiatrie 2009, p. 875. En de Jong, justitiële verkenningen 2013, p. 15.

<sup>48</sup> Meynen, Tijdschrift voor psychiatrie 2009, p. 875. Ook Wolf geeft aan dat de vrije wil tot stand moet komen door een handeling die niet belemmerd wordt door beslissende externe factoren, alleen formuleert zij dit wat uitgebreider. Zie: S. Wolf 1990, p. 79-81.

<sup>49</sup> Frankfurt 1998, p. 1-10. Voor een nadere bespreking van zijn model zie: Frankfurt, Journal of Philosophy 1969, p. 829-839. En tevens: Frankfurt, Journal of Philosophy 1971, p. 5-20.

dit is zijn tweede ordewens. Indien de alcoholist zijn tweede ordewens kan laten prevaleren boven zijn eerste ordewens, wordt hij in deze zienswijze beschouwd als vrij. Is hij hier niet toe in staat, dan is hij niet vrij.<sup>50</sup> Op deze twee manieren wordt er bestaansrecht gegeven aan een herschreven definitie van vrijheid die verenigbaar is met het determinisme.<sup>51</sup>

## **2.4 Kritiek op de vrije wil**

### **2.4.1 De neurowetenschap en de vrije wil**

Alvorens te bespreken of één van de drie filosofische stromingen een mogelijke oplossing kan bieden voor het compatibiliteitsprobleem, zal eerst nader ingegaan worden op de, op het moment, grootste bedreiging voor de vrije wil. Deze komt uit wetenschappelijke hoek en wordt gevormd door de neurowetenschap. Verschillende neurowetenschappers hebben in recente boeken en artikelen betoogd dat de vrije wil niet kan bestaan vanwege het functioneren van onze hersenen.<sup>52</sup> Dit standpunt lijkt het harde determinisme te ondersteunen, in die zin dat de vrije wil ontkend wordt. Als het harde determinisme, of het hierboven gehuldigde standpunt in de neurowetenschap waar is, of in ieder geval geen afdoende tegenbewijs kan worden geleverd, noch uit filosofische hoek noch via andere wetenschappen, dan zou dit van grote invloed kunnen blijken op het recht en daarom ook voor de maatschappij een probleem op kunnen leveren.

### **2.4.2 Bewustzijn stuurt handelen niet aan**

De eerste neurowetenschappelijke ontdekking die de vrije wil aantastte, kwam van Libet. Hij vroeg mensen naar een zeer snel ronddraaiende klok te kijken, ongeveer 2,5 seconden per omwenteling, en hun pols te bewegen. Daarbij moesten zij aangeven wanneer zij zich bewust werden van hun daad. Er waren zowel groepen die dit van te voren mochten plannen, deze hadden dus van te voren bewust over hun daad kunnen denken, als groepen die spontaan hun pols moesten bewegen, deze mensen werd gevraagd hun pols te bewegen wanneer ze daartoe de aandrang voelde. Met elektroden die de hersenactiviteit konden waarnemen en elektroden die de spieraanspanning konden meten, werd dan vastgesteld wanneer de beweging werd aangestuurd, wanneer men zich bewust werd van de beweging en wanneer de daadwerkelijke beweging plaatsvond.<sup>53</sup> Uit dit experiment kwam naar voren dat er onbewust een voorbereidingspotentiaal ontstond. Dit houdt in dat de hersenen bezig zijn met het opstarten van de handeling. Nu was die constatering niet zo schokkend, maar de manier waarop het gebeurde, was wel zeer problematisch voor de vrije wil. Deze onbewust aangestuurde voorbereiding ontstond eerder dan de wilservaring van de mens.<sup>54</sup> Hoewel de getallen in de experimenten wat van elkaar afwijken, kon met zekerheid worden vastgesteld, dat het verschil tussen deze twee momenten, ontstaan van het potentiaal en de bewuste

---

<sup>50</sup> Zie voor een gelijkaardig voorbeeld, welke ook ontleend is aan de ordewensen van Frankfurt: den Boer 2003, p. 250-251.

<sup>51</sup> De Jong, Justitiële verkenningen 2013, p. 15.

<sup>52</sup> Zie bijvoorbeeld: Wegner 2002. Libet 2004. Lamme, Justitiële verkenningen 2008. Lamme 2010. Swaab 2010. Leoné 2013.

<sup>53</sup> Zie voor uitgebreidere beschrijvingen van dit experiment: Libet, Behavioral and Brain Sciences 1985, p. 530-536. En Libet, Journal of Consciousness Studies 1999, p. 448-452. En Haggard & Libet, Journal of Consciousness Studies 2001, p. 48-49. Zie ook Slors 2012, p. 46. En Tevens den Boer 2003, p. 245-246. Ook Lamme 2010, p. 211-213. En tenslotte Glas 2007, p. 237-238.

<sup>54</sup> Libet, Behavioral and Brain Sciences 1985. Libet, Journal of Consciousness Studies 1999. Libet, Journal of Consciousness Studies 2003. Lamme 2010, p. 211-213.

wilservaring, significant groot was, ongeveer een halve seconde.<sup>55</sup> Dit houdt in dat niet het bewustzijn, en daarmee de vrije wil, maar de onbewust plaatsvindende hersenprocessen de spierbeweging opstarten.<sup>56</sup> Toch hield dit niet in dat er geen ruimte meer zou bestaan voor de vrije wil. Libet betoogde dat de mens beschikt over een vetorecht. Dit recht houdt in dat de mens de onbewust opgestarte beweging, op het moment van het bewust worden, nog kan tegenhouden.<sup>57</sup> Op deze manier kan de mens toch op een bewuste manier zijn daden sturen. Hij kan dan ook verantwoordelijk worden gehouden voor hetgeen hij doet. Overigens verdient hierbij opmerking, dat andere neurowetenschappers de mogelijkheid tot veto in twijfel trekken. Als spierbewegingen onbewust worden aangestuurd, door onbewuste hersenprocessen, ver voordat men zich bewust wordt van de wil om te gaan handelen, dan kan dit ook gelden voor het vetorecht.<sup>58</sup> Op die manier zou ook dit vetorecht de mens worden ontnomen, en zou de rol van de vrije wil nog verder worden ingeperkt. Dit omdat de mens nu ook niet meer in staat moet worden geacht, de onbewust aangestuurde processen tot een stoppen te dwingen.

Libet erkent dat dit experiment zich vooral richt op spontane handelingen, of handelingen die slechts kort van te voren gepland konden worden. Hij sluit dan ook niet uit dat handelingen die lang van te voren gepland worden en dus ook meer bewust zijn overwogen, kunnen verschillen van de handelingen uit zijn experiment. Het zou dan zo kunnen zijn dat het bewustzijn, bij die handelingen, een grotere rol speelt.<sup>59</sup> Maar hoewel Libet dit niet wetenschappelijk kan bevestigen of uitsluiten, vermoedt hij dat ook bij die meer bewust voorbereide handelingen de spierbeweging door onbewuste hersenprocessen wordt aangestuurd. Deze zullen dan ook alleen gestopt kunnen worden door het vetorecht waarover de mens beschikt.<sup>60</sup> Ook bij deze handelingen speelt de vrije wil dan nog maar een beperkte rol.

Deze opvatting wordt door de meeste neurowetenschappers aanvaard, maar tegengeluiden zijn er ook. Zo stellen Damasio en Baumeister dat het bewustzijn een veel grotere rol speelt. Volgens Damasio worden de belangrijkste beslissingen lang voor de uitvoering ervan in de bewuste geest genomen.<sup>61</sup> Baumeister betoogt dat bewuste gedachten wel degelijk onze gedragingen beïnvloeden ook als deze in verbinding staan met continue onbewuste processen.<sup>62</sup> Zij kennen dan ook minder waarde toe aan de experimenten van Libet en waarderen de vrije wil hoger dan de meeste andere neurowetenschappers. Een andere kanttekening werd geplaatst bij de manier waarop men het experiment aanving. Er werd door Libet uitgegaan van een scheiding tussen de geest en het lichaam. Iemand zou eerst moeten overwegen wat hij van plan was en vervolgens zou het lichaam gehoorzamen.<sup>63</sup> Toen dit niet het geval bleek, luidde de constatering van Libet dat er geen sprake was van vrije wil, of althans slechts in een kleine rol in de vorm van een veto, terwijl de constatering had moeten

---

<sup>55</sup> Lamme 2010, p. 213. Swaab 2010, p. 386. Uit latere experimenten, welke in de boeken van Swaab en Lamme worden genoemd, bleek zelfs dat dit verschil nog kon oplopen tot 7 seconden: Zie Lamme 2010, p. 213. En Swaab 2010, p. 387. Swaab noemt zelfs de termijn van 7 tot 10 seconden.

<sup>56</sup> Libet, Behavioral and Brain Sciences 1985, p. 536. Libet Journal of Consciousness Studies 2003, p. 24. Slors 2012, p. 43. Zie ook: Glas 2007, p. 238.

<sup>57</sup> Libet, Behavioral and Brain Sciences 1985, p. 538-539. Libet, Journal of Consciousness Studies 1999, p. 447, 453-454. Zie ook Haggard & Libet, Journal of Consciousness Studies 2001, p. 56-61 waarin Libet dit standpunt verdedigt. Tenslotte Slors 2012, p. 54-55. Overigens verdient hier zeker ook opmerking dat deze conclusie ondersteund wordt door een ander experiment, namelijk dat van William Grey Walter. Waaruit tevens bleek dat de hersenen de handeling opstartten, voordat de wil ook maar iets gedaan had. Zie voor een omschrijving: den Boer 2003, p. 247-248.

<sup>58</sup> Zie: Slors 2012, p. 47. Ook den Boer 2003, p. 246. Swaab 2010, p. 387.

<sup>59</sup> Libet, Behavioral and Brain Sciences 1985, p. 536, 539. Roef, Justitiële Verkenningen 2013, p. 48. Hij geeft hierop aan dat de bewuste reflectie een belangrijke rol speelt bij het maken van een beslissing en kent daarom meer waarde toe aan de vrije wil.

<sup>60</sup> Libet, Behavioral and Brain Sciences 1985, p. 539.

<sup>61</sup> Damasio 2010, p. 310.

<sup>62</sup> Baumeister, Masicampo & Vohs, Annual Review of Psychology 2011, p. 331-361.

<sup>63</sup> Levy 2005, p. 71-75.

luiden dat dit een verkeerde manier was om de vrije wil op te sporen.<sup>64</sup> Maar ondanks deze kritiek bleven de experimenten van Libet zeer invloedrijk en zijn de standpunten die uit zijn experimenten voortvloeiden, nooit verworpen

### 2.4.3 De wil als veroorzaker is een illusie

Het probleem voor de wil als veroorzaker van het handelen werd nog groter. Wegner betoogde dat de wil als veroorzaker strikt gescheiden diende te worden van de wil die ons liet ervaren. Er diende eveneens een scheiding gemaakt te worden tussen de wil, het psychologische aspect dat de mens actorschap liet ervaren, en het objectieve, fysische proces dat een lichaam tot handelen aanzet. De handelingen werden veroorzaakt door onbewuste hersenprocessen, zoals Libet ook al aanvoerde, en de wil had daar niets mee van doen. Er was dus geen sprake van een wil die het lichaam kon aansturen tot handelen.<sup>65</sup> Er was wel een andere rol voor de wil weg gelegd. Deze rol hield in dat de mens achteraf een redenering verzong voor het handelen, zodat er een logische verklaring ontstond.<sup>66</sup> Verder was de wil bruikbaar omdat deze, via een trucje in de hersenen, de mens kon laten geloven dat hij zelf de actor van zijn handelen was. Dit trucje veroorzaakt dus het gevoel van veroorzakend actorschap. Dit laatste is handig omdat het anders lastig zou zijn om te verklaren waarom mensen zouden handelen. Nu dit trucje bestaat, hoeft de mens zich daar niet druk om te maken omdat hijzelf het gevoel heeft dat hij de handeling verricht. Voor de vrije wil is dit wel een groot probleem. Waar Libet nog een klein beetje ruimte over liet voor het bestaan van de vrije wil, en in ieder geval nog een vetorecht toekende aan de mens, laat Wegner daar niets van over en wordt de wil slechts een ervaring of een trucje. Dit onderzoek werd ook niet zomaar aanvaard. Kritiek kwam er bijvoorbeeld van Glas. Hij betoogt dat Wegner de wil heeft verengd. Je kan de wil niet zomaar beschouwen als iets fysisch, psychologisch of iets sociaals. "Het willen ontspringt aan een bestaanssfeer die aan het functionele perspectief vooraf gaat en die van doen heeft met fundamentele bestaansoriëntatie."<sup>67</sup> Deze verenging is mogelijk omdat er uitgegaan wordt van een verkeerd filosofisch kader. Hij stelt dan ook voor een ander filosofisch kader te kiezen bijvoorbeeld het kader van de reformatische wijsbegeerte omdat deze meer aandacht schenkt aan de diepste betekenis van vrijheid, de wetenschap beter laat inwerken op de algemene discussie over de vrije wil, uitgaat van een antidualistische insteek en beter rekening houdt met het feit dat verschijnselen worden gekenmerkt door kwalitatieve eigensoortigheid.<sup>68</sup>

### 2.4.4 Nederlandse neurowetenschappers tegen de vrije wil

Recentelijk verschenen er twee neurowetenschappelijke boeken van Nederlandse hand, respectievelijk de boeken van Swaab en Lamme. Uit deze boeken viel weinig troost te putten voor de aanhangers van de vrije wil. Beide auteurs betogen dat de vrije wil van kleine waarde is of zelfs niet bestaat.<sup>69</sup> Beiden maken onderscheid tussen het maken van keuzes en het opstarten van handelingen in de hersenen. Wanneer het gaat om het maken van keuzes, stellen de auteurs dat de mens daar niet vrij in is. Dit komt voornamelijk omdat de mens gestuurd wordt door erfelijke factoren, genetische factoren en de omstandigheden

---

<sup>64</sup> Slors 2011, p. 163.

<sup>65</sup> Wegner 2002. Wegner, *Behavioral and Brain Sciences* 2004. Zie ook Slors 2012, p. 74. En voor een experiment dat Wegner gebruikte om zijn stelling te bewijzen Slors 2012, p. 75.

<sup>66</sup> Wegner 2002. Wegner, *Behavioral and Brain Sciences* 2004.

<sup>67</sup> Glas 2007, p. 236.

<sup>68</sup> Glas 2007, p. 234-235. Zie voor een uitgebreidere uitwerking van zijn eisen Glas 2007, p. 322-233.

<sup>69</sup> Zie de titel van het boek van Lamme "De vrije wil bestaat niet. Over wie er echt de baas is in het brein".

waarin men zich bevindt. Vooral de erfelijke en genetische factoren zijn heel erg van belang bij het maken van keuzes.<sup>70</sup> Men is door deze erfelijke en genetische factoren zodanig gevormd en wordt door deze factoren zodanig beperkt, dat er niet gesproken kan worden van een vrije keuze.<sup>71</sup> Als de bewuste gedachte voor de mens zou moeten kiezen, dan zou het de geschiedenis van het brein moeten kennen, inclusief erfelijke en genetische factoren en dat is volgens de auteurs onmogelijk. Het is het brein dat voor ons kiest en dat doet het zonder dat wij daar invloed op hebben. Dit doet het door eenvoudigweg de sterkste geactiveerde module in het brein, of de stimulus-responskoppeling met het meeste gewicht te volgen.<sup>72</sup> De vrije wil komt slechts achteraf aan bod, wanneer men een rationele reden verzint, om te verklaren waarom men een bepaalde handeling heeft verricht.<sup>73</sup> Met deze opvatting wordt er aangesloten bij het oordeel dat Wegner ook al had. Wanneer de beide auteurs spreken over het aansturen tot handelen, schrijven zij nauwelijks een rol toe aan de vrije wil. Zowel Swaab als Lamme oordelen, net als Libet en Wegner voor hen, dat handelingen voorafgegaan worden door onbewuste hersenprocessen.<sup>74</sup> Maar er ontstaat wel verschil in opvatting, als er gekeken wordt naar wat dit precies inhoudt voor de vrije wil. Swaab oordeelt dat deze onbewuste hersenprocessen niet hoeven uit te sluiten dat men ook bewust kan handelen. Hij stelt dat men onbewust handelt doordat men zichzelf dat aanleert, maar wanneer een handeling afwijkt van het geleerde, bijvoorbeeld een enorm druk kruispunt waardoor men goed op moet letten tijdens het autorijden, kan men overschakelen naar bewust gedrag.<sup>75</sup> Lamme lijkt eerder andersom te redeneren. Ook beslissingen die men heel bewust lijkt te nemen, hij geeft het voorbeeld van het laten zinken van een vloot in de tweede wereldoorlog met honderden mensen die stierven als gevolg, zouden wel eens verklaard kunnen worden door genetische en erfelijke factoren en door hetgeen een persoon heeft meegemaakt in zijn leven, zonder dat de persoon zich daarvan bewust is.<sup>76</sup> Het lijkt er daarom op dat Swaab nog een heel klein beetje ruimte open laat voor het bestaan van een vrije wil, terwijl Lamme de deur definitief dicht lijkt te gooien. Ook deze conclusies werden niet door iedereen onderschreven. In paragraaf 2.2.3 werd aangegeven dat de mens beschikte over een mogelijkheid tot reflectie. Deze reflectie zou ook van nut kunnen zijn wanneer men volledig onbewust handelt. Dit komt omdat de mens

---

<sup>70</sup> Op de erfelijke en genetische factoren wordt hieronder nader ingegaan. Wat betreft de omstandigheden waarin men zich bevindt, verwijs ik graag naar enkele experimenten die deze stelling van de auteurs lijken te bevestigen. Zo valt te denken aan het bekende Stanford prison experiment, dat gehouden werd in 1971. Hierin werden studenten opgedeeld in een groep gevangenen en een groep bewakers. Men moest zich, gedurende dat experiment, ook als zodanig gedragen. Gevangenen waren mensen die alleen met nummers werden aangesproken en de bewakers moesten doen wat nodig was om de orde te handhaven. Gedurende dit experiment veranderde de bewakers in sadisten, die al het mogelijke deden om de gevangenen te laten gehoorzamen. Het experiment moest vanwege het vertoonde gedrag worden gestaakt. Lamme verwijst hier ook naar, zie: Lamme 2010, p. 218-219. In dit verband kan ook worden gewezen op het in 1961 gehouden experiment van Milgram. Hierin moest een persoon elektronische schokken toedienen aan een onzichtbare andere persoon, die vragen moest beantwoorden. Bij een fout antwoord kreeg de persoon een schok, naar mate er meer fouten antwoorden werden gegeven, werden de schokken verzwaard. Wanneer men door een persoon die als dokter verkleed was, werd aangespoord rustig door te gaan met schokken toedienen, waren de meeste mensen bereid zeer ver te gaan, en de onzichtbare persoon veel leed te berokkenen. Sheridan en King lieten dezelfde uitkomst zien in een ander experiment. Zij dachten dat men bij Milgram meedeed omdat er geen duidelijk waarneembaar slachtoffer was. Daarom introduceerden zij een hondje dat echt schokken kreeg. Dit veranderde echter niets.

<sup>71</sup> Swaab 2010, p. 380-381. Lamme 2010, p. 217.

<sup>72</sup> Lamme 2010, p. 216, 248, 277. Lamme, Justitiële verkenningen 2008, p. 82-83, 85.

<sup>73</sup> Lamme 2010, p. 220-222, 280. Swaab 2010, 385.

<sup>74</sup> Swaab 2010, p. 382-384. Lamme 2010, p. 280.

<sup>75</sup> Swaab 2010, p. 383-384.

<sup>76</sup> Lamme 2010, p. 226, 227-229.



zich deze onbewuste handelingen heeft aangeleerd.<sup>77</sup> Dit aanleren geschiedt via het adopteren van lange termijn intenties, bijvoorbeeld een vak leren of een auto leren te besturen. Om deze lange termijn visies te kunnen volbrengen, moeten een groot aantal andere, kleinere handelingen worden verricht.<sup>78</sup> Wanneer deze lange termijn intenties zijn volbracht en de mens de gedraging heeft geleerd, zal men de volgende keer dat een soortgelijke situatie zich voordoet onbewust kunnen handelen op de manier die men zichzelf heeft aangeleerd.<sup>79</sup> Op die manier heeft de lange termijn intentie dus invloed op geheel onbewuste gedragingen. Het is nodig dat de mens onbewust kan handelen omdat het vermogen tot zelfreflectie niet continu aan kan staan. Dat zou te veel tijd en moeite in beslag nemen. Maar dat neemt niet weg, dat zelfs wanneer men onbewust handelt, dus handelt in overeenstemming met de aangeleerde processen, de zelfreflectie opgeroepen kan worden en de mens op die manier zelf bewust kan besluiten of hij een handeling wel of niet wil verrichten.<sup>80</sup> Op deze manier zou er dus wel sprake zijn van een mogelijkheid tot vrije wil, zelfs op het moment dat men onbewust handelt.

## 2.4.5 Gebrek aan een oplossing

Zoals in paragraaf 2.4.1 beloofd was, wordt er nog teruggekomen op de filosofische achtergrond. De neurowetenschap sluit het meest aan bij de filosofische stroming van het harde determinisme. Hoewel er wetenschappelijke tegengeluiden te horen zijn, kunnen de standpunten van Libet, Wegner, Swaab en Lamme, door geen van deze tegengeluiden met zekerheid worden verworpen. Er kan niet onomstotelijk bewezen worden dat de neurowetenschap, of althans een groot deel van deze wetenschappers, ongelijk heeft, waardoor het harde determinisme aan kracht lijkt te winnen. Nu moet hierbij worden opgemerkt dat determinisme niet per se hetzelfde hoeft te zijn als neurowetenschap. De vraag of het determinisme de vrije wil en verantwoordelijkheid uitsluit, staat wel in verband met de vraag of de wil ons handelen aanstuurt, maar is toch niet hetzelfde.<sup>81</sup> Zo zou het kunnen dat de causale factoren, binnen het determinisme, via de bewust aangestuurde handelingen van de mens verlopen.<sup>82</sup> Maar omdat Wegner dit in een gezaghebbend boek uitsluit en niemand er tot op heden in is geslaagd om dit standpunt onomstotelijk te ontcrachten, wordt dit argument, in deze situatie, in de praktijk niet heel vaak gebruikt.<sup>83</sup> De neurowetenschap en het harde determinisme lijken daardoor goed bij elkaar aan te sluiten, waardoor er een wetenschappelijke versterking van de afwezigheid van de vrije wil aan het harde determinisme wordt toegevoegd. Aangezien de andere neurowetenschappers nog niet in staat zijn de positie van het harde determinisme te verzwakken, is het de vraag of de filosofische stromingen dat wel kunnen.

Wanneer het libertarisme wordt gevolgd, lijkt er geen bevredigende oplossing gevonden te kunnen worden voor het probleem omtrent de vrije wil. Als er inderdaad sprake is van indeterminisme, en de wereld gebaseerd is op toeval, hoe kunnen wij een beslissing of daad dan beschouwen als ons eigen handelen?<sup>84</sup> De handelingen en gebeurtenissen komen dan tot stand door louter toeval.<sup>85</sup> En toevalligheden lijken niet de oplossing voor een al zo lang slepend probleem. Zeker niet omdat het problematische situaties oproept. Als men uit louter

---

<sup>77</sup> Dat men zich deze handelingen heeft aangeleerd en daarom onbewust kan handelen, wordt in ieder geval door Swaab onderkent. Hij verbindt echter een andere conclusie aan het aangeleerde gedrag, zoals hierboven bleek.

<sup>78</sup> Voor een veel langere en uitgebreidere uitleg zie: Slors 2012, p. 100-141.

<sup>79</sup> De Jong, Justitiële verkenningen 2013, p. 31.

<sup>80</sup> De Jong, Justitiële verkenningen 2013, p. 31-32.

<sup>81</sup> Verplaetse 2011, p. 15.

<sup>82</sup> Roef, Justitiële verkenningen 2013, p. 42.

<sup>83</sup> Wegner 2002. Wegner, Behavioral and Brain Sciences 2004.

<sup>84</sup> Oomen 2013b, p. 118.

<sup>85</sup> Van Inwagen 2002, p. 167-168. En Greene & Cohen, Justitiële verkenningen 2008, p. 103.

toeval handelt, hoe kan men dan verantwoordelijk worden gehouden voor de gedragingen die men uitvoert? Deze vraag lijkt niet op een goede manier beantwoord te kunnen worden. Er doemt ook een ander probleem op, want de wetenschap ontkent toevalligheden in de hersenen. Op welke manier weet de vrije wil inbreuk te maken op de causale keten van wetmatigheden die de dienst uit lijken te maken in de hersenen?<sup>86</sup> Ook hierop moeten de libertariërs het antwoord schuldig blijven waardoor deze filosofische stroming geen mogelijkheid lijkt te bieden om het probleem omtrent de vrije wil op te lossen.<sup>87</sup>

Er kunnen ook kanttekeningen worden geplaatst bij het compatibilisme. Want hoewel de compatibilisten erin geslaagd zijn de vrije wil en het determinisme te verenigen, is er van de vrije wil niet veel meer overgebleven. Deze is uitgehold en ontmanteld. De omschrijving van de inhoud van de vrije wil, zoals beschreven en gekozen in paragraaf 2.2.6, is verdwenen. Wat daarvoor teruggekomen is, is een vrijheid die slechts een schim inhoudt van wat de definitie ooit was. Echt aanspraak op het belangrijke begrip “vrijheid” lijkt hetgeen wat er overblijft binnen het compatibilistische kader dan ook niet te kunnen maken.<sup>88</sup>

De filosofie en de neurowetenschappen hebben daarmee een probleem geschapen dat al eeuwen lang niet opgelost is en op korte termijn, onoplosbaar lijkt.<sup>89</sup> Het harde determinisme wordt, zo lijkt het, voor een groot gedeelte, door de wetenschap ondersteund. Noch de wetenschap, noch de filosofie heeft een afdoende weerlegging gevonden. Zonder oplossing zou het recht wel eens in groot gevaar kunnen verkeren. In het bijzonder het strafrecht, omdat dit meest ingrijpende rechtsgebied, immers alleen in het strafrecht wordt een persoon als dader veroordeeld en kan hem dat zijn vrijheid kosten, uitgaat van een normaal mensbeeld, waarbij de vrije wil een grote rol speelt. Hoe groot deze rol is en op welke manier de neurowetenschap het probleem binnen het strafrecht denkt te kunnen verhelpen, zal blijken uit het volgende hoofdstuk.

## **2.5 Tussenconclusie**

Tot nu toe is er vastgesteld dat het begrip vrije wil een schimmig begrip is. De definitie is zeker nog niet uitgekristalliseerd, dit ondanks de eeuwenlange discussie die er al over gevoerd is. In deze thesis is gekozen voor een definitie die bestaat uit drie aspecten:

1. de persoon die handelde, moet alternatieven voor zijn handelingen hebben gehad,
2. de persoon handelde met begrijpbare redenen,
3. de persoon moet zelf de initiator geweest zijn van zijn handelen, of althans het idee gehad hebben dat hij dat was.

Voor deze definitie werd gekozen omdat deze definitie een middenweg vormde tussen de andere opties die in het vrije wil debat beschikbaar zijn en omdat deze definitie het meest aan lijkt te sluiten bij het strafrecht in Nederland. Deze definitie is vervolgens meegenomen in de filosofische discussie, die gevoerd wordt over de vrije wil. In deze discussie is de centrale vraag of de vrije wil compatibel is met het determinisme? Determinisme houdt in dit verband in dat de toekomst vastligt en gebaseerd is op causale processen, die gedomineerd worden door de natuurwetten. Het antwoord luidt bevestigend volgens de compatibilisten. De libertariër en de harde determinist komen tot de conclusie dat deze twee niet te verenigen zijn. De harde determinist omdat hij het determinisme voorstaat en daarom de vrije wil ontkent. De libertariër omdat hij de vrije wil als een bestaand feit beschouwt en daarom het determinisme niet als waarheid ziet. De wetenschap lijkt zich het meest aan te sluiten bij het harde determinisme. Dit omdat de neurowetenschap betoogt dat de hersenprocessen

---

<sup>86</sup> Den Boer 2003, p. 249-50.

<sup>87</sup> Müller, van Miltenburg & Evers 2007, p. 148. Hier geven zij aan dat de libertariërs nog ver verwijderd zijn van een goed argument om het probleem omtrent de vrije wil op te kunnen lossen. Zie ook de Jong, Justitiële verkenningen 2013, p. 31.

<sup>88</sup> De Jong, Justitiële verkenningen 2013, p. 15.

<sup>89</sup> Searle 2007, p. 11. Vincent onderschrijft het eerste gedeelte van de zin, waarin wordt gesteld dat het probleem door de eeuwen heen niet is opgelost, zie: Vincent, Justitiële verkenningen 2013, p. 69.

verlopen via de natuurwetten en er daarom geen sprake lijkt te zijn van de vrije wil. Toonaangevend zijn de experimenten van Libet, het boek van Wegner en de daaropvolgende boeken van de Nederlandse neurowetenschappers Lamme en Swaab. De wetenschap is niet in staat om het deterministische standpunt onomstotelijk te weerleggen, hoewel dat wel geprobeerd is. Voorbeelden van namen in dit verband zijn: Damasio, Baumeister en Glas. Ook de filosofie slaagt hier niet in. Zowel aan het libertarisme als aan het compatibilisme kleven problemen, waardoor het strafrecht wel eens in groot gevaar zou kunnen zijn, omdat de fundering van het strafrecht wordt aangevallen

## **3 De vrije wil in het strafrecht: de rol, de kritiek en de verdediging**

### **3.1 Inleiding**

Uit het vorige hoofdstuk bleek dat de nieuwste problematiek voor het strafrecht wordt veroorzaakt door de neurowetenschap, die de vrije wil lijkt te ontkennen. Er werd toen ook geschreven dat deze problemen wel eens groot zouden kunnen zijn, omdat de vrije wil de fundering van het strafrecht vormt. In dit hoofdstuk zal ingegaan worden op de vrije wil in het strafrecht. Bij welke strafrechtelijke begrippen komt de vrije wil terug en hoe groot is de rol van de vrije wil binnen deze begrippen? Hiertoe zal eerst de aandacht gericht worden op het strafbare feit. Daaropvolgend zullen de theorieën worden besproken die ons strafrecht beïnvloeden. Vervolgens zullen de bestanddelen opzet, voorbedachte rade en culpa worden besproken. Dan zal de toerekenbaarheid onder de loep worden genomen. Daarna zal bekeken worden wat de filosofie en de neurowetenschap denken over de problematiek omtrent de vrije wil en het strafrecht. Moet het hele strafrecht worden afgeschaft omdat er geen vrije wil bestaat, of is er een alternatief strafrecht mogelijk? Dan komt de mening van de strafrechtjuristen aan bod, voelen zij zich bedreigd door de problemen die geschapen zijn door het determinisme en de neurowetenschap? Achten zij een verandering in het strafrecht noodzakelijk, of hebben de conclusies die voortkomen uit de neurowetenschap weinig tot geen invloed op het huidige strafrecht? Tenslotte volgt er een tussenconclusie.

### **3.2 De vrije wil binnen het strafrecht**

#### **3.2.1 Het strafbare feit**

##### **3.2.1.1 Wat is het strafbare feit**

Het Nederlandse strafrecht leunt zwaar op de strafbare feiten. Dit is vanzelfsprekend, want zonder strafbare feiten zou er geen reden zijn om het strafrecht te gebruiken. Er is sprake van een strafbaar feit wanneer een menselijke gedraging onder een daarvoor bestemde delictsomschrijving gebracht kan worden, als wederrechtelijk beschouwd kan worden en aan schuld te wijten was.<sup>90</sup> Binnen deze omschrijving kunnen vier afzonderlijke eisen worden onderscheiden, die allen vervuld moeten worden, wil er van een strafbaar feit gesproken kunnen worden, namelijk de menselijke gedraging, de delictsomschrijving, de wederrechtelijkheid en de schuld, welke hieronder zullen worden besproken. Opmerking verdient nog dat deze materiële eisen vertaald worden naar het formele strafrecht, waarbij de eisen ondergebracht worden in het beslissingsmodel van de rechter.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Enschedé & Bosch 2005, p. 29-30. Mevis 2009, p. 525. Knottenbelt, Toringa & Verheugt 1990, p. 343. Koopmans 2007, p. 49.

<sup>91</sup> Art. 350 WVSV. Zie ook Mevis 2009, p. 525. Zie ook: Groenhuijsen 1989, p. 43. Zie voor een zeer uitgebreide bespreking van art. 350 WVSV en de vragen die daarin staan: Koopmans 2007.

### 3.2.1.2 Menselijke gedraging

De menselijke gedraging houdt in dit verband een gewilde spierbeweging in.<sup>92</sup> Hiervoor is bewust gekozen omdat reflexen uitgesloten diende te worden. Dit omdat reflexen onbewuste spierbewegingen zijn waar de gewilde spierbeweging ziet op de bewuste handelingen.<sup>93</sup> Naast de gewilde spierbeweging kan ook het nalaten te handelen als een menselijke gedraging worden beschouwd.<sup>94</sup> Ook dit nalaten kan tot strafbare feiten leiden, indien de wetgever het nalaten te handelen strafbaar heeft gesteld.<sup>95</sup> De delicten die voortvloeien uit de gewilde spierbeweging worden de commissiedelicten genoemd, en de delicten die voortkomen uit een nalaten dat met straf bedreigd werd, noemt men omissiedelicten.<sup>96</sup> Hoewel deze omschrijving van de menselijke gedraging breed gedragen werd, kwam er ook al snel kritiek op. Want de omschrijving was wel zeer restrictief, alleen de dader die zelf een spierbeweging had gemaakt, kon veroordeeld worden. Hierdoor bleven opdrachtgevers buiten schot. Deze restrictieve benadering werd dan ook snel aangevuld, namelijk in het 'Melk en water-arrest', waarin een opdrachtgever werd veroordeeld als doen pleger.<sup>97</sup> Tegenwoordig wordt er niet meer gesproken van het doen laten plegen van een delict, maar kan een opdrachtgever veroordeeld worden als pleger van het delict.<sup>98</sup> Ondanks deze aanvulling kan gesteld worden dat de gewilde spierbeweging nog steeds een zeer grote rol speelt in het Nederlandse strafrecht, dit vanwege de enorme hoeveelheid strafbepalingen die uitgaan van een spierbeweging. De vrije wil is, via deze eis, dan ook een zeer belangrijke factor in het strafrecht. Zonder de vrije wil kan er geen sprake zijn van een "gewilde spierbeweging" en kan een verdachte niet worden veroordeeld, als deze spierbeweging een vereiste vormt voor het plegen van het delict.

### 3.2.1.3 Binnen de delictsomschrijving

De tweede eis van het strafbare feit betreft de delictsomschrijving. Deze vormt samen met de sanctienorm de strafbepaling. Een verdachte kan alleen worden veroordeeld wanneer de menselijke gedraging onder een daarvoor bestemde, vooraf wettelijk vastgestelde, delictsomschrijving gebracht kan worden.<sup>99</sup>

### 3.2.1.4 Wederrechtelijk

De derde eis betreft de wederrechtelijkheid van de menselijke gedraging die onder de delictsomschrijving gebracht kon worden. Een gedraging is in dit verband wederrechtelijk wanneer deze in strijd is met het geldende Nederlandse recht, en niet valt onder één van de rechtvaardigingsgronden.<sup>100</sup> De geschreven rechtvaardigingsgronden zijn overmacht door noodtoestand, noodweer, uitvoering van een wettelijk voorschrift en het uitvoeren van een

---

<sup>92</sup> Gewin 1907, p. 112. van Hamel 1927, p. 187. Zie ook: Stolwijk 2009, p. 26. En ook de Hullu 2009, p. 159. Jörg Kelk & Klip 2012, p. 91.

<sup>93</sup> Gewin 1907, p. 112. Hazewinkel-Suringa & Rummelink 1996, p. 160-161.

<sup>94</sup> Gewin 1907, p. 115. Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 73.

<sup>95</sup> Zie bijvoorbeeld de artikelen 135 WVSR, 136 WVSR, 184 WVSR, 192 WVSR, 255 WVSR, 444 WVSR en 450 WVSR. Uit deze opsomming blijkt dat de omissiedelicten uitzondering zijn, zie hierover: Hazewinkel-Suringa & Rummelink 1996, p. 169.

<sup>96</sup> Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 74.

<sup>97</sup> HR 4 februari 1916, *NJ* 1916, 681.

<sup>98</sup> HR 31 januari 1950, *NJ* 1950, 286. HR 23 februari 1954, *NJ* 1954, 378.

<sup>99</sup> Het gedeelte "vooraf wettelijk vastgesteld", heb ik toegevoegd vanwege art. 1 WVSR.

<sup>100</sup> De Hullu 2009, p. 67-68. Koopmans 2007, p. 88.

bevoegd gegeven ambtelijk bevel.<sup>101</sup> Naast deze geschreven gronden bestaat er ook een ongeschreven rechtvaardigingsgrond, namelijk het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid. Van deze rechtvaardigingsgrond is sprake wanneer de regel ook, of zelfs beter, nagestreefd kan worden door een handeling te verrichten die formeel wel in strijd is met het recht, maar materieel juist het recht eerbiedigt, waardoor men de letter van de wet wel overtreedt maar de geest van de wet naleeft.<sup>102</sup>

### 3.2.1.5 Aan schuld te wijten

De laatste eis betreft de schuld. De gedraging moet naast dat deze wederrechtelijk is, ook aan schuld, lees in dit verband verwijtbaar, te wijten zijn. Een menselijke gedraging voldoet hieraan wanneer deze niet onder een van de schulduitsluitingsgronden gebracht kan worden.<sup>103</sup> De geschreven, wettelijke schulduitsluitingsgronden bestaan uit ontoerekenbaarheid, psychische overmacht, noodweerexces en een te goeder trouw uitgevoerd, onbevoegd gegeven ambtelijk bevel.<sup>104</sup> Naast de geschreven schulduitsluitingsgronden is er ook een schulduitsluitingsgrond die door de jurisprudentie is ontwikkeld. Men noemt deze afwezigheid van alle schuld.<sup>105</sup> Men kan een beroep doen op deze schulduitsluitingsgrond wanneer men verontschuldigbaar feitelijk heeft gedwaald, verontschuldigbaar heeft gedwaald ten opzichte van het recht (rechtsdwaling), wanneer voornoemde dwalingen gecombineerd tot een verontschuldigbare dwaling leiden, wanneer men kan aantonen dat men aan alle zorgvuldigheidseisen heeft voldaan of wanneer men een beroep kan doen op verontschuldigbare onmacht.<sup>106</sup>

Pas wanneer aan alle bovenstaande eisen is voldaan en gesproken kan worden van een menselijke gedraging die valt onder een delictsomschrijving die wederrechtelijk is en aan schuld te wijten, kan er gesproken worden van een strafbaar feit en kan een verdachte veroordeeld worden.

## 3.2.2 Strafdooelen

### 3.2.2.1 Vergeldingstheorie

In de karakterisering van de straf als een proces waarin de dader leed wordt toegevoegd, ligt het oudste strafdoel verborgen. Dit strafdoel wordt gekenmerkt als vergelding.<sup>107</sup> De hierop gebaseerde theorie wordt dan ook de vergeldingstheorie genoemd en kan aangeduid worden als een retributivistische theorie, men moet de straf daadwerkelijk verdienen.<sup>108</sup> Deze theorie houdt in dat de dader leed wordt toegevoegd omdat hij de maatschappelijke normen

---

<sup>101</sup> Respectievelijk art. 40 WVSR. art 41 lid 1 WVSR. Art. 42 WVSR. art. 43 lid 1 WVSR. Opmerking verdient hier dat overmacht door noodtoestand niet als zodanig in artikel 40 WVSR staat gecodificeerd, maar dat de Hoge Raad dit begrip in dit artikel heeft gelezen, zie: HR 15 oktober 1923, *NJ* 1923, 1329.

<sup>102</sup> HR 20 februari 1933, *NJ* 1933, 918.

<sup>103</sup> De Hullu 2009, p. 67-68. Koopmans 2007, p. 88.

<sup>104</sup> Respectievelijk art. 39 WVSR. art. 40 WVSR. art. 41 lid 2 WVSR. en art. 43 lid 2 WVSR.

<sup>105</sup> Voor het eerst aangenomen in HR 4 februari 1916, *NJ* 1916, 681.

<sup>106</sup> Zie voor de aanname van de verontschuldigbare dwaling HR 4 februari 1916, *NJ* 1916, 681. Voor de rechtsdwaling HR 22 november 1949, *NJ* 1950, 180. Voor de zorgvuldigheidsnorm HR 2 februari 1993, *NJ* 1993, 476. En voor de verontschuldigbare onmacht HR 1 juni 2004, *NJ* 2005, 252.

<sup>107</sup> Mevis 2009, p. 150. de Hullu 2009, p. 5. Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 4, 326. Hoe oud vergelding daadwerkelijk is blijkt uit: Broers 2012, p. 17.

<sup>108</sup> Greene & Cohen, Justitiële verkenningen 2008, p. 101. Zie ook de Hullu 2009, p. 6. Lamme 2010, p. 277. Jonkers 1999, p. 165.

heeft overtreden, immers de maatschappij heeft afgesproken dat men zich aan de regels van het recht zal houden. Omdat de dader de vrijheid heeft genomen zich aan deze afspraak te onttrekken en zich schuldig te maken aan het plegen van een, door die regels van het recht, gesteld delict, heeft de rest van de maatschappij recht op de berechting van de dader. Zodat kan worden vergolden wat hij heeft gedaan.<sup>109</sup> Er kan niet alleen worden vergolden, er moet worden vergolden. Dat is het hele doel van de vergeldingstheorie, of de dader er nu beter of slechter van wordt, hij heeft de straf verdiend en dus zal hij deze ontvangen.<sup>110</sup> De dader verdient zijn straf dus doordat hij zich schuldig heeft gemaakt aan het plegen van een delict, vandaar het retribuvistische element. Het is niet vreemd dat deze theorie hier vanuit gaat, want het schuldbeginnsel kan gezien worden als het belangrijkste beginnsel binnen het strafrecht.<sup>111</sup>

In deze redenering schuilt ook een beperking, de verdachte mag niet zwaarder of harder gestraft worden dan de ernst van het delict en de mate van zijn schuld rechtvaardigt.<sup>112</sup> Daarmee legt deze theorie sterk de nadruk op de vrije wil van de mens, pas wanneer je schuld hebt, kan je gestraft worden.<sup>113</sup> Het omgekeerde geldt dus ook, zonder schuld kan er geen verwijt worden gemaakt aan de persoon en kan er dus geen straf worden toegekend aan de dader.<sup>114</sup> Hierin schuilt direct het probleem van de vergeldingstheorie, want mogen toevallige ernstige gedragingen, waaraan men geen schuld heeft dan niet vergolden worden? En wat houdt het begrip schuld precies in?<sup>115</sup> Omdat op deze vragen geen passend antwoord kan worden geformuleerd, is het niet raadzaam om een strafrecht alleen te baseren op de vergeldingstheorie. Daarom werd er gekeken of er een oplossing gevonden kon worden voor dit probleem. Dit leidde tot de ontwikkeling van de preventietheorie.

### 3.2.2.2 Preventietheorie

De preventietheorie gaat uit van de normale mens, die vrij is en in redelijkheid denkt.<sup>116</sup> Straf wordt, in deze theorie, alleen opgelegd wanneer het nuttig is, dit wordt aangeduid met het begrip utilitarisme.<sup>117</sup> De straf heeft nut wanneer hij er voor zorgt dat zowel de dader als de maatschappij wordt afgeschrikt, zodat bij een volgende gelegenheid, in een gelijkaardige situatie, mensen niet nogmaals een strafbaar feit zullen begaan.<sup>118</sup> Om dit te bereiken, is het van cruciaal belang dat er ook daadwerkelijk gestraft wordt, wanneer geconstateerd wordt dat de regels zijn overtreden. Anders zal er een minder afschrikwekkende dreiging uitgaan van het strafrecht en kan het doel van preventie minder goed worden nagestreefd.<sup>119</sup> De straf die opgelegd wordt, is daarom ook afhankelijk van het doel en bevat geen grenzen.<sup>120</sup> Pas wanneer het doel bereikt is, kan de straf worden stopgezet. Op dat moment heeft de preventie immers haar werk gedaan en is er het minste risico dat de dader, of een lid uit de samenleving, het strafbare feit nogmaals zal plegen.

De hierboven beschreven preventiedoelen worden door twee verschillende manieren van preventie nagejaagd. De afschrikking van de maatschappij, ter voorkoming van het plegen van strafbare feiten en de normstelling die daarmee gepaard gaat, vloeit voort uit de

---

<sup>109</sup> Mevis 2009, p. 150. Zie voor een soortgelijke omschrijving: Claessen, Justitiële verkenningen 2013, p. 124-125. Zie ook: Greene & Cohen, Justitiële verkenningen 2008, p. 101.

<sup>110</sup> Jörg, Kelk & Klip, 2012, p. 326.

<sup>111</sup> Groenhuijsen 1989, p. 48. Verplaetse 2011, p. 147.

<sup>112</sup> Mevis 2009, p. 150.

<sup>113</sup> Bean 1981, p. 43.

<sup>114</sup> Mevis 2009, p. 150. Jonkers 1999, p. 166.

<sup>115</sup> De Hullu 2009, p. 5-6.

<sup>116</sup> Ten Voorde, Justitiële verkenningen 2008, p. 60. Mevis 2009, p. 151.

<sup>117</sup> Greene & Cohen, Justitiële verkenningen 2008, p. 100. Lamme 2010, p. 277.

<sup>118</sup> Ten Voorde, Justitiële verkenningen 2008, p. 57, 59-60.

<sup>119</sup> Mevis 2009, p. 151.

<sup>120</sup> De Hullu 2009, p. 6.

generale preventie.<sup>121</sup> Afschrikking geschiedt door het opleggen van straf, wanneer er een regel wordt overtreden en het verhogen van de mogelijkheid dat de dader ontdekt wordt. Bij een normstelling kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het verbieden van discriminatie in de wet, als men maar vaak genoeg ziet dat er gestraft wordt en de pakkans bij discrimineren hoog genoeg is, dan zal men, zo luidt het idee, in de maatschappij minder discrimineren. Er is dan niet zozeer sprake van afschrikking als wel van het onbewust naleven van een regel die gesteld is in de wet. De preventieve werking voor de dader en zijn resocialisatie wordt nagestreefd door de speciale preventie.<sup>122</sup> Binnen dit gedeelte van de preventietheorie wordt dus beoogd de persoon om te vormen, zodat hij in de toekomst een soortgelijke gedraging niet meer zal uitvoeren. Tevens wordt er beoogd hem als een beter mens terug de samenleving in te sturen. Op die manier kan hij dan als voorbeeld voor de maatschappij dienen. Wat er precies nodig is om de persoon om te vormen tot een beter mens, hangt helemaal van de persoon zelf af. Omdat het een doelgericht strafrecht is, mag dan ook binnen de speciale preventie alles gedaan worden om de persoon om te vormen tot een beter mens. Dus ook hier geldt dat er geen grenzen zijn aan de mogelijkheden, als het doel maar bereikt wordt.

Zoals uit het voorgaande blijkt, wordt ook in deze theorie de nadruk gelegd op de vrije wil van de mens. Het uitgangspunt is immers dat de mens vrij is en rationeel nadenkt over het feit dat er straf wordt toegekend. Hierin schuilt één van de zwaktes van de preventietheorie. Mensen denken namelijk in de meeste gevallen helemaal niet rationeel na over de eventuele afschrikwekkende werking van een straf. Delicten worden veelal gepleegd onder invloed van emoties of impulsen.<sup>123</sup> Het is daarom maar de vraag of het doel wel bereikt kan worden. De mens zal, wanneer hij rationeel is, de gedraging niet nog een keer uitvoeren, maar wat weerhoudt hem ervan om een strafbaar feit te plegen wanneer hij weer een hevige emotie ervaart? Ook doet er zich een probleem voor wanneer de nadruk te veel gelegd wordt op het utilitaristische aspect van de straf, met betrekking tot het preventieve karakter dat daar vanuit dient te gaan. Zo is het in theorie mogelijk dat er disproportioneel gestraft wordt, omdat dat een heilzame werking zou hebben, of dat onschuldige burgers gestraft worden, omdat dat zinvol is ter preventie van strafbare feiten.<sup>124</sup> Dit zou in de meest extreme situatie kunnen leiden tot de doodstraf omdat dat de beste mogelijkheid biedt om gevaarlijke, onverbeterlijke individuen definitief uit de samenleving te verwijderen. Daarom lijkt ook hier de conclusie gerechtvaardigd dat een strafrecht, dat uitsluitend gebaseerd is op een preventieve theorie, niet per definitie wenselijk is. In Nederland kent men dan ook een mengvorm, waarin gepoogd wordt het beste uit alle twee de stelsels met elkaar te combineren en te verenigen.

### 3.2.2.3 Verenigingstheorie

In Nederland geldt de verenigingstheorie. Dat houdt in dat het strafrecht niet alleen gekenmerkt wordt door het recht op vergelding en evenmin aan te duiden valt als een preventief strafrecht.<sup>125</sup> Deze twee theorieën worden gecombineerd en er worden andere doelen, zoals genoegdoening van het slachtoffer, binnen het strafrecht toegevoegd.<sup>126</sup> Wel kan gesteld worden dat het Nederlandse strafrecht nog steeds gebaseerd is op de vrije wil

---

<sup>121</sup> Berghuis, Justitiële verkenningen 2008, p. 11, 12-13. Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 326. Claessen, Justitiële verkenningen 2013, p. 125.

<sup>122</sup> Jörg, kelk & Klip 2012, p. 326. Zie ook: ten Voorde, Justitiële verkenningen 2008, p. 60. Mevis 2009, p. 151.

<sup>123</sup> Mevis 2009, p. 151.

<sup>124</sup> Greene & Cohen, Justitiële verkenningen 2008, p. 100. Zij noemen deze argumenten maar voor de volledigheid moet hier worden opgemerkt dat zij het met de argumenten oneens zijn. de Hullu 2009, p. 6.

<sup>125</sup> De Hullu 2009, p. 6. Claessen, Justitiële verkenningen 2013, p. 126. Mevis 2009, p. 151.

<sup>126</sup> De Hullu 2009, p. 5. Mevis 2009, p. 151-152. Zie voor de doelen van het Nederlandse strafrecht ook: kamerstukken II 2001/2, 27 834, nr. 2, p. 15, 16.



omdat het gaat over de normale mens, die in redelijkheid kan denken en handelen, zoals ook nog uitgebreid behandeld zal worden in paragraaf 3.2.6. Dit is ook niet zo vreemd omdat de twee theorieën dit met elkaar gemeen hadden. Gesteld kan ook worden dat er een groot gedeelte van de vergeldingstheorie is overgenomen. Zo mag er in Nederland alleen gestraft worden wanneer onomstotelijk, wettelijk bewezen kan worden dat iemand met schuld of opzet heeft gehandeld en de rechter daar persoonlijk van overtuigd is geraakt.<sup>127</sup> Een ander aspect dat uit de vergeldingstheorie is overgenomen, is dat er maximumstraffen zijn die opgelegd mogen worden.<sup>128</sup>

Op die manier wordt in de meeste gevallen ondervangen dat het mogelijke probleem, dat zich voordeed bij een te utilitaristische insteek van het strafrecht, zich ook in Nederland voordoet. Ook uit de preventietheorie zijn een aantal elementen overgenomen. Zo beoogt het Nederlandse strafrecht de maatschappij te beïnvloeden door normen te stellen, en beoogt het tevens generale en speciale preventie te bereiken. Zo bestaat de mogelijkheid mensen die onverbeterlijk en te gevaarlijk zijn levenslang op te sluiten ter beveiliging van de maatschappij.<sup>129</sup> En kunnen mensen die niet te genezen zijn van een stoornis ook levenslang worden verwijderd.<sup>130</sup> De speciale preventie komt tevens terug bij de taakstraf waarmee gepoogd wordt de persoon te verbeteren. Ze kan ook worden herkend in de dagprogramma's die men in detentie moet afwerken, om te proberen de persoon te laten resocialiseren.

### 3.2.3 Opzet

Zoals uit de vorige paragraaf bleek vormt de vrije wil de basis van het Nederlandse strafrecht. Maar de vrije wil is meer dan dat, het vormt niet alleen de fundering van het strafrecht, het speelt ook een grote rol wanneer er gekeken wordt naar het materiële aspect ervan. Zo bevinden zich in het Wetboek van Strafrecht zeer veel bepalingen die uitgaan van het bestanddeel opzet.<sup>131</sup> Pas wanneer onomstotelijk, wettelijk bewezen kan worden dat de verdachte opzet had op de omschreven gedraging en de rechter hiervan persoonlijk overtuigd is geraakt, kan de verdachte als dader veroordeeld worden. Bij het bewijzen van het bestanddeel opzet is de vrije wil essentieel. Dit omdat opzet betekent dat iemand willens en wetens, bewust handelt of nalat.<sup>132</sup> Dit schept wel een probleem, want op welke manier kun je de subjectieve wil van de verdachte vaststellen, hoe valt er te bewijzen wat de intenties van de verdachte waren op het moment van het handelen of nalaten? Dit zou alleen mogelijk zijn wanneer de verdachte bekent en het overige bewijs zijn bekentenis ondersteunt.<sup>133</sup> Uiteraard komt dit zelden tot nooit voor, er diende dan ook gezocht te worden naar een alternatieve oplossing. Deze oplossing werd gevonden in het objectiveren van het bestanddeel opzet. In het strafrecht is men niet op zoek naar de subjectieve wil van de verdachte, maar zet men de gedraging af tegen hetgeen verwacht kan worden binnen normaal verkeer in de maatschappij.<sup>134</sup> Het best is dit te illustreren aan de hand van het

---

<sup>127</sup> Zo blijkt uit art. 338 WVSV. Wanneer dit het geval is volgt art. 351 WVSV. Is dit niet het geval dan volgt art. 352 WVSV.

<sup>128</sup> Opmerking verdient wel dat die gemaximeerde straffen levenslang kunnen duren, waardoor de grens niet altijd effect heeft, omdat in Nederland levenslang ook daadwerkelijk levenslang is.

<sup>129</sup> Zie voor een delict waarvoor men levenslang opgesloten kan worden het artikel dat betrekking heeft op moord: art. 289 WVSR.

<sup>130</sup> Art. 38d WVSR.

<sup>131</sup> Enkele voorbeelden zijn: art. 287 WVSR. art. 289 WVSR. art. 310 WVSR. art. 242 WVSR. Zie ook de Hullu 2009, p. 202, 204. Waarop hij aangeeft dat opzet een centrale rol inneemt in het Nederlandse strafrecht.

<sup>132</sup> Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 61, 99. Mevis 2009, p. 281, 682, 683. Zie ook de Hullu 2009, p. 213. Buruma 2013, p. 196, 198. Hazewinkel-Suringa & Rummelink 1996, p. 202.

<sup>133</sup> Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 99.

<sup>134</sup> Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 61.

voorwaardelijk opzet.<sup>135</sup> Dit is de lichtste vorm van opzet en derhalve het minimum dat nodig is om van opzet bij een verdachte te kunnen spreken. Het bewijs verloopt hier inmiddels via het volgende stramien: de verdachte moet bewust de aanmerkelijke kans aanvaard en voor lief genomen hebben dat het schadelijke gevolg zou intreden.<sup>136</sup> In de vorige zin is bewust het woordje inmiddels gebruikt, omdat voorwaardelijk opzet in vroegere tijden ook werd aangenomen, alleen dan zonder het stramien dat zojuist genoemd werd.<sup>137</sup> Maar toch blijft, ook in deze manier van bewijzen, de vrije wil belangrijk. Als maar uit de gedragingen van de verdachte valt af te leiden dat hij het ingetreden gevolg niet gewild of bewust aanvaard heeft. Een bekend voorbeeld is het Porsche-arrest, waarin een verdachte zo ongeveer elke verkeersregel aan zijn laars lapte en inhaalde op levensgevaarlijke manieren. Toch brak hij steeds tijdig zijn inhaalmanoeuvres af, wanneer hij bemerkte dat het echt onhaalbaar was. Toen dat uiteindelijk toch verkeerd ging en er enkele mensen overleden, hijzelf overleefde het wel, werd hij aangeklaagd voor doodslag. De Hoge Raad sprak de verdachte hiervan vrij omdat hij niet bewust aanvaard had dat de mensen zouden sterven, immers hij zat zelf ook in de auto en dan zou hij bewust zijn eigen dood hebben moeten aanvaarden. Uit zijn afbreken van de inhaalmanoeuvres bleek, aldus de Hoge Raad, dat dit niet het geval was en daarom kon hij niet worden veroordeeld.<sup>138</sup> Niet alleen de bewuste aanvaarding, en daarmee de vrije wil, is van cruciaal belang. Ook de aanmerkelijke kans dat het gevolg zou intreden, moet bij voorwaardelijk opzet aanwezig zijn. Dit zal verder buiten beschouwing worden gelaten, omdat dit hoofdstuk de vrije wil binnen het opzet bespreekt, maar omwille van de volledigheid verwijs ik naar enkele belanghebbende arresten en daarbij verschenen literatuur over dit onderwerp.<sup>139</sup>

Ook bij de andere vormen van opzet, oogmerk, weten dat of woorden waarin het woord opzet ingelezen dient te worden, speelt steeds de vrije wil een cruciale rol. Zo dient iemand bij het begrip oogmerk, opzet gehad te hebben op de hele omschrijving van het delict, bijvoorbeeld “het zich wederrechtelijk toe te eigenen”, alleen wegnemen van het goed is dan niet voldoende.<sup>140</sup> Ook het oogmerk mag naar analogie van het voorwaardelijk opzet worden bewezen.<sup>141</sup> Uit de handeling van de verdachte moet dus blijken dat hij de wil heeft om zich de goederen toe te eigenen. Zonder deze wil kan de delictsomschrijving niet worden bewezen en zal de verdachte ook niet worden veroordeeld. Ten slotte dan nog de vorm van opzet, waarin niet letterlijk over opzet wordt gesproken, maar waarbij het delict alleen gepleegd kan worden indien men opzettelijk handelt. Het meest bekende voorbeeld is waarschijnlijk verkrachting.<sup>142</sup> In de delictsomschrijving staat niets over opzettelijk handelen, maar uit het woordje dwingen blijkt dat er daadwerkelijk sprake moet zijn van opzet. Immers, het is niet voor te stellen dat je zonder opzet iemand dwingt seksuele handelingen te ondergaan. Dus in deze delictsomschrijvingen komt eveneens de vrije wil van de verdachte terug. Derhalve kan dan ook gesteld worden dat in iedere vorm van opzet een vrije wil van de verdachte aanwezig is, waarmee een heel groot gedeelte van het materiële strafrecht gebaseerd is op de vrije wil. Een heel groot gedeelte van het strafrecht bestaat immers uit delictsomschrijvingen waarin een vorm van opzet terugkeert.

---

<sup>135</sup> Dat dit de lichtste vorm van opzet is, blijkt onder meer uit de Hullu 2009, p. 226.

<sup>136</sup> Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 102. Kooijmans, *Ars Aequi* 2014, p. 119. Enkele zaken waarin dit stramien tot uitdrukking komt zijn: HR 9 mei 1995, *NJ* 1995, 501. HR 10 oktober 2000, *NJ* 2001, 4. HR 24 februari 2004, *NJ* 2004, 375.

<sup>137</sup> Zie bijvoorbeeld: HR 19 juni 1911, *W* 9203. en HR 9 november 1954, *NJ* 1954, 55.

<sup>138</sup> HR 15 oktober 1996, *NJ* 1997, 199.

<sup>139</sup> HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552. HR 24 juni 2003, *NJ* 2003, 555. HR 18 januari 2005, *NJ* 2005, 154. HR 20 februari 2007, *NJ* 2007, 313. Zie ook de noten bij deze arresten van respectievelijk: Buruma, Buruma de Jong en Buruma. Zie ook de Hullu 2009, p. 239 en verder. Waarop hij de HIV-zaken bespreekt.

<sup>140</sup> Art. 310 WVSR.

<sup>141</sup> Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 106. zie ook: HR 14 oktober 1940, *NJ* 1941, 684. En HR 5 januari 1982, *NJ* 1982, 232. Waarin de Hoge Raad deze bewering bevestigt.

<sup>142</sup> Art. 242 WVSR.

### 3.2.4 Voorbedachte rade

Voorbedachte rade is een heel specifiek bestanddeel dat slechts terugkeert bij een aantal artikelen in het Wetboek van Strafrecht.<sup>143</sup> Bij voorbedachte rade is de vrije wil van doorslaggevend belang. Men kan alleen veroordeeld worden indien vastgesteld is dat de verdachte na kalm beraad en rustig overleg heeft gehandeld.<sup>144</sup> Dit is het meest duidelijke voorbeeld waarin de wil tot uitdrukking komt, de verdachte heeft immers langer de tijd gehad om over de handeling na te denken. Wanneer een verdachte dan nog besluit om een zeer ernstig misdrijf te plegen, dan moet hij dat écht gewild hebben.<sup>145</sup>

Het is daarom ook niet verwonderlijk dat op misdrijven, waarvoor de voorbedachte rade is vereist, een hoge strafbedreiging staat, soms zelfs de hoogste.<sup>146</sup> Immers alleen bij deze delicten, alleen bij dit bestanddeel, is het juridisch van belang dat de verdachte de tijd heeft gehad om over zijn handelen na te denken, te reflecteren of zijn bedoeling wel de juiste was en daarna heeft hij, ondanks de kwade bedoeling, toch gehandeld. Opmerking verdient hier wel dat niet iedereen het eens is met de hierboven geponeerde stelling. Lamme vindt dat juist de impulsdelicten zwaarder bestraft zouden moeten worden, niet de delicten die uitgaan van voorbedachte rade.<sup>147</sup>

### 3.2.5 Schuld, roekeloosheid en culpa

#### 3.2.5.1 Schuld

Het gedeelte van de misdrijven dat niet gebaseerd is op het bestanddeel opzet, wordt gekenmerkt door het feit dat ze het bestanddeel schuld in zich herbergen.<sup>148</sup> Schuld als bestanddeel wordt aangeduid als culpa.<sup>149</sup> Het bestanddeel culpa wordt beoordeeld aan de hand van het volgende stramen: iemand handelt culpoos wanneer hij verwijtbaar, aanmerkelijk onvoorzichtig heeft gehandeld.<sup>150</sup> Om een verdachte te kunnen veroordelen voor het plegen van een culpoos delict, moet er vastgesteld kunnen worden dat de verdachte grove schuld treft, een lichte vorm van schuld is niet toereikend.<sup>151</sup> Deze grove schuld komt tot uitdrukking in de onvoorzichtigheid, welke het eerst vastgesteld wordt. Wanneer aangetoond kan worden dat de verdachte in aanmerkelijke mate onvoorzichtig heeft gehandeld, leidt dat tot grove onvoorzichtigheid, daarna kan daaruit de verwijtbaarheid worden afgeleid. Deze manier van werken leidt tot een aantal causale verbanden die moeten bestaan om culpa te kunnen bewijzen. Er moet, wil culpa bewezen kunnen worden, een causaal verband bestaan tussen de nalatigheid en het ingetreden gevolg en ook tussen de nalatigheid en de voorzienbaarheid dat het gevolg zich zou voordoen.<sup>152</sup> Kan aan een van

---

<sup>143</sup> Zie op volgorde waarin zij in het Wetboek van Strafrecht zijn opgenomen: art. 108 WVSR, art. 115 WVSR, art. 117 WVSR, art. 289 WVSR, art. 301 WVSR en art. 303 WVSR.

<sup>144</sup> Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 107.

<sup>145</sup> Hierbij verdient opmerking dat het niet uitmaakt of de verdachte daadwerkelijk over de handeling heeft nagedacht in de tijd die hem geboden werd. Het gaat om de tijd en de gelegenheid die hij kreeg om te denken. De Hullu 2009, p. 251. Zie ook: HR 27 juni 2000, NJ 2000, 605. HR 22 februari 2005, LJV AR5714.

<sup>146</sup> Levenslange gevangenisstraf is mogelijk bij: art. 108 lid 2 WVSR, art. 115 lid 2 WVSR, art. 117 lid 2 WVSR en art. 289 WVSR. Zware straffen zijn mogelijk bij: art. 301 WVSR, maximaal 9 jaren, zo blijkt uit het derde lid. En art. 303 WVSR, maximaal 15 jaren, zo blijkt uit het tweede lid.

<sup>147</sup> Lamme 2010, p. 283. Lamme, Justitiële verkenningen 2008, p. 86.

<sup>148</sup> Zie bijvoorbeeld art. 307 WVSR en art. 308 WVSR.

<sup>149</sup> De Hullu 2009, p. 252. Mevis 2009, p. 689.

<sup>150</sup> De Hullu 2009, p. 255. Mevis 2009, p. 692-694. Kooijmans, *Ars Aequi* 2014, p. 118.

<sup>151</sup> Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 109. Zie ook de Hullu 2009, p. 253, 255.

<sup>152</sup> Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 114.

deze eisen niet worden voldaan, dan kan een verdachte dus ook niet veroordeeld worden voor het plegen van een culpoos delict. Verwijtbaarheid houdt in dit verband in dat de verdachte anders had moeten handelen dan dat hij deed en dus ook dat hij alternatieven had.<sup>153</sup> Het risico dat een verdachte mag nemen, hangt af van de omstandigheden van de situatie waarin de casus zich afspeelt en van de persoon van de verdachte. Zo mag er minder risico worden genomen wanneer het gevolg dat kan intreden zeer ernstig is.<sup>154</sup> Ook de verdachte speelt een rol bij het bepalen van het risico dat hij mag nemen. In beginsel wordt uitgegaan van het standpunt dat hij niet anders had mogen handelen dan een soortgelijk mens, met soortgelijke capaciteiten als hij, zou hebben gedaan in de gegeven situatie.<sup>155</sup> Echter, dit kan veranderen wanneer de verdachte een bepaalde functie vervult. Zo mag er van iemand in een specifiek beroep meer verwacht worden dan van een willekeurige andere burger en mag bijvoorbeeld van een vrachtwagenchauffeur verwacht worden dat hij extra goed oplet omdat hij een professional is die met een vrachtwagen rijdt.<sup>156</sup>

### 3.2.5.2 Roekeloosheid

De sterkste vorm van culpa is de roekeloosheid. De wetgever heeft voor deze sterkste vorm van culpa speciale eisen het levenslicht doen zien. De verdachte moet, wil hij veroordeeld kunnen worden voor roekeloosheid, zich bewust geweest zijn van het risico dat het gevolg zou kunnen intreden. Met deze wetenschap heeft verdachte weinig tot niets gedaan, hij is er lichtvaardig vanuit gegaan dat het gevolg zich niet voor zou doen.<sup>157</sup> Bij de beoordeling van deze eisen moeten alle omstandigheden in aanmerking worden genomen. Zo kan bijvoorbeeld het drinken van alcohol voorafgaand aan het rijden bijdragen aan de roekeloosheid van de handeling.<sup>158</sup> Ook het lezen van een kaart terwijl men rijdt kan in speciale gevallen bijdragen aan de roekeloosheid, hetzelfde geldt voor het niet verlenen van voorrang, het rijden in een niet deugdelijk voertuig of spookrijden.<sup>159</sup> Deze wettelijke eisen werden al snel bekritiseerd omdat er weinig duidelijkheid uit voortvloeide. Zo was het onduidelijk wat precies de grens was tussen roekeloosheid en opzet.<sup>160</sup> Ook bleek de Hoge Raad niet veel met de omschrijving van de wetgever te kunnen aanvangen. Er werd telkens gecasseerd wanneer de feitenrechter, in een zaak met belachelijk rijgedrag, roekeloosheid had aangenomen.<sup>161</sup> De eisen van de wetgever zijn daarom inmiddels wat gewijzigd door de Hoge Raad, althans daar lijkt het sterk op.<sup>162</sup> Een verdachte moet, wil hij veroordeeld kunnen worden voor roekeloosheid in het verkeer, voldoen aan drie materiële eisen en één formele eis, welke in samenhang met elkaar vervuld moeten worden. Deze houden het volgende in:

1. Er moet sprake zijn van een buitengewoon onvoorzichtige gedraging van de verdachte,
2. De betreffende gedraging moet een zeer ernstig gevaar in het leven hebben geroepen,
3. Verdachte dient zich ervan bewust te zijn dat zijn gedraging een zeer ernstig gevaar in het leven zou roepen, althans hij behoorde zich hiervan bewust te zijn,

---

<sup>153</sup> De Hullu 2009, p. 255. Verplaetse 2011, p. 149, 152.

<sup>154</sup> De Hullu 2009, p. 255-256.

<sup>155</sup> Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 109. En ook de Hullu 2009, p. 253.

<sup>156</sup> Dit wordt aangeduid met het begrip *Garantenstellung*. Zie: de Hullu 2009, p. 256. En ook Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 110.

<sup>157</sup> De Hullu 2009, p. 254. Zie ook: kamerstukken II 2001/2, 28 484, nr. 3, p. 10, 12.

<sup>158</sup> Kamerstukken II 2001/2, 28 484, nr. 3, p. 12.

<sup>159</sup> Kamerstukken II 2001/2, 28 484, nr. 3, p. 10, 11, 12.

<sup>160</sup> Bleichrodt merkt dit op in zijn noot onder HR 3 juli 2012, *NJ* 2012, 489.

<sup>161</sup> Enkele voorbeelden zijn: HR 22 mei 2012, *NJ* 2012, 488. HR 3 juli 2012, *NJ* 2012, 489. HR 4 december 2012, *NJ* 2013, 16. HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:960. HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:962. En tenslotte HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:964.

<sup>162</sup> HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:959.

4. De feitenrechter moet gebruik maken van een nadere motivering die recht doet aan het bijzondere karakter van roekeloosheid.<sup>163</sup>

Overigens moet hierbij opgemerkt worden dat deze eisen niet alleen gelden in het verkeer, maar ook bij gewone strafbare feiten waarbij roekeloosheid een rol kan spelen.<sup>164</sup> Echter, wanneer deze eisen vervuld zijn, houdt dat niet per definitie in dat er sprake is van roekeloosheid. De eisen zijn noodzakelijk om aan roekeloosheid te voldoen maar de Hoge Raad kan onder omstandigheden meer verlangen.<sup>165</sup>

### 3.2.5.3 Vrije wil en culpa

Nu vastgesteld is aan welke eisen een verdachte moet voldoen om culpoos of roekeloos te handelen, kan de aandacht weer gevestigd worden op de vrije wil. Bij roekeloosheid speelt de vrije wil een grote rol. Zo blijkt uit de eisen die de Hoge Raad heeft geformuleerd. Een verdachte moet zich bewust zijn, of had zich bewust moeten zijn, van de gedraging die hij pleegde en het ernstige gevaar dat daaruit ontstond. Een verdachte wist, of behoorde te weten, wat de gevaren waren en is daar niet op de juiste manier mee omgegaan, omdat hij dat niet wilde. Hij heeft de buitengewoon gevaarlijke gedraging toch doorgezet terwijl hij ook anders had kunnen handelen.<sup>166</sup> Valt de vrije wil weg, dan kan men moeilijk volhouden dat de verdachte anders had kunnen handelen en dus kan de verdachte niet worden veroordeeld voor roekeloosheid.

Een gelijkaardig standpunt kan ook worden gehuldigd wanneer het gaat om bewuste schuld. Wil hier sprake van zijn dan moet een verdachte het misplaatste, bewuste idee gehad hebben dat het allemaal wel goed zou komen.<sup>167</sup> Hoewel deze definitie minder sterk is dan bij roekeloosheid, geldt nog steeds dat de verdachte zich bewust moest zijn van wat er gaande was en dat hij derhalve de mogelijkheid had om anders te handelen. Dat hij niet anders handelde was te wijten aan de wil van de verdachte, die dacht dat het allemaal wel los zou lopen. Hij heeft dus nagelaten iets goeds met zijn wetenschap te doen en dus kan hij worden veroordeeld. Ook hier kan dus worden gesteld, dat als de vrije wil wegvalt, het niet meer mogelijk is om iemand op basis van bewuste schuld te veroordelen. Wanneer gekeken wordt naar de onbewuste schuld, geldt een soortgelijke redenering. Men kan veroordeeld worden op basis van onbewuste schuld wanneer een verdachte de misplaatste onachtzaamheid heeft gehad.<sup>168</sup> Dit houdt in dat de verdachte verwijtbaar onvoorzichtig geweest is. Hij is zich niet bewust geweest van de risico's en de eventuele gevolgen die zich zouden kunnen voordoen, waar hij dat wel had moeten zijn. Omdat hem dit aangerekend kan worden, is de onbewuste verdachte net zo strafbaar als een bewuste verdachte, onbewuste schuld is dus net zo strafbaar als bewuste schuld.<sup>169</sup> Waar de vrije wil van de verdachte bij de roekeloosheid en de bewuste schuld terugkeerde in de bewustheid van de verdachte en de handeling die uit die bewustheid voortvloeide, kan de vrije wil hier worden teruggevonden in de afwezigheid van die bewustheid. De verdachte had zich bewust moeten zijn van de gevaren en de risico's, hij had bijvoorbeeld extra informatie moeten inwinnen of had beter op moeten letten. Dat hij dit niet deed, heeft hijzelf gewild, er waren opnieuw alternatieven mogelijk, waardoor ook hier de vrije wil een rol speelt. Valt deze vrije wil weg, dan kan men

---

<sup>163</sup> HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013,459, RO. 3.3 t/m 3.5. Kooijmans, *Ars Aequi* 2014, p. 123-124. Kooijmans, *Ars Aequi* 2015, p. 130. Deze eisen werden bevestigd in HR 3 december 2013, *NJ* 2014, 30. en HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:1014:3620.

<sup>164</sup> Zie de bespreking van Kooijmans, *Ars Aequi* 2015, p. 132-135.

<sup>165</sup> Kooijmans, *Ars Aequi* 2015, p. 131.

<sup>166</sup> Het anders kunnen handelen is een element dat goed aansluit bij de definitie van de vrije wil die in het eerste hoofdstuk werd gekozen. Omdat daar een van de eisen was dat er alternatieven bestonden voor hetgeen je hebt gedaan.

<sup>167</sup> De Hullu 2009, p. 256.

<sup>168</sup> De Hullu 2009, p. 256.

<sup>169</sup> Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 101.

ook niet veroordeeld worden op basis van onbewuste schuld. De conclusie is dus gerechtvaardigd dat in alle vormen van schuld een vrije wil te bespeuren is, waardoor de schuld niet meer gebruikt zal kunnen worden, wanneer de vrije wil niet blijkt te bestaan.

### 3.2.6 Ontoerekenbaarheid

Het Nederlandse strafrecht richt zich in eerste instantie tot de gewone mens. Dit houdt in dat er in het strafrecht vanuit wordt gegaan dat de mens vrij is, normaal is, verantwoordelijk is voor hetgeen hij doet en daardoor schuld kan dragen voor hetgeen hij uitvoert.<sup>170</sup> Deze vrijheid kan ook nader aangeduid worden als dat de mens kan beschikken over zijn vrije wil en dat hij zich bewust is van wat hij in een gegeven situatie doet.<sup>171</sup> Het is voor het beschikken over de vrije wil van belang dat je keuzes had, dat er alternatieve opties waren voor de handeling die je hebt verricht.<sup>172</sup> Immers indien deze niet aanwezig waren, was het voor de normale mens onmogelijk om zijn vrije wil te effectueren. Dit idee lijkt terug te komen bij het begrip noodweer omdat daar specifiek wordt aangegeven dat de mens niet strafbaar is wanneer hij uit noodzaak handelde en dus geen alternatieven had.<sup>173</sup> Het uitgangspunt dat de mens normaal is, is zeer sterk verankerd in het strafrecht. Pas wanneer er duidelijk sprake is van iemand die niet uit vrije wil handelde, kan er afgezien worden van dit principe. Echter, dit is een zeer uitzonderlijke situatie.<sup>174</sup> Deze situatie komt voor wanneer men ontoerekenbaar wordt verklaard. Dit gebeurt alleen wanneer verdachte aan onderstaande eisen voldoet.

1. Er bestaat een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens,
2. Er bestaat een causaal verband tussen de psychische toestand en de daad,
3. De psychische toestand staat toerekening aan de verdachte in de weg.<sup>175</sup>

Het is niet eenvoudig om aan deze eisen te voldoen, men wordt maar zelden ontoerekenbaar verklaard.<sup>176</sup> Dit komt omdat er zeer streng gekeken wordt naar de eisen waaraan voldaan moet worden. Zo hebben affectie, hevige gemoedstoestand, angst, woede en radeloosheid geen enkele invloed op de toerekenbaarheid. Hetzelfde geldt voor gewone ziektes, deze zullen bijna nooit onder de noemer ontoerekenbaarheid worden gebracht, en als ze dat toch worden dan leggen ze weinig, tot geen gewicht in de schaal.<sup>177</sup> Zelfs wanneer er voldoende aanleiding lijkt om een verdachte ontoerekenbaar te verklaren, is het nog niet zeker dat dit ook daadwerkelijk zal gebeuren. Dit omdat er op de rechter geen verplichting rust ontoerekenbaarheid aan te nemen. Een rechter zal, nadat hij alle omstandigheden in de voor hem liggende casus heeft bekeken en heeft afgewogen, beslissen over het lot van de verdachte. Maar het blijft een juridisch oordeel, dus als de rechter besluit de verdachte toerekenbaar en daarmee strafwaardig te verklaren dan is hij dat, ongeacht de tekenen die zouden kunnen wijzen op de ontoerekenbaarheid van de verdachte.<sup>178</sup> Maar ook wanneer de rechter besluit om een verdachte ontoerekenbaar te verklaren, houdt dat niet in dat de verdachte niet gestraft kan worden. Dit is zo omdat opzet bij de eerste materiële vraag van artikel 350 Wetboek van Strafvordering moet worden bewezen, terwijl de schulditsluitingsgrond van de ontoerekenbaarheid pas bij de derde materiële vraag van

---

<sup>170</sup> De Jong, *Justitiële verkenningen* 2013, p. 11. en Pompe 1959, p. 6-10, 301-305. Zie ook Vincent *Justitiële verkenningen* 2013, p. 70. En tevens: Stevens & Prins, *Expertise en Recht* 2013, p. 113.

<sup>171</sup> De Hullu 2009, p. 201.

<sup>172</sup> De Hullu 2009, p. 336. Dit sluit ook aan bij de vrije wil die in hoofdstuk 1 gekozen werd, daar was een van de eisen dat er een keuze bestond, dat er alternatieven waren.

<sup>173</sup> Art. 41 lid 1 WVSR.

<sup>174</sup> De Hullu, 2009 p. 338, 344. Stevens & Prins, *Expertise en recht* 2013, p. 113.

<sup>175</sup> Volgt uit art. 39 WVSR. Zie ook: Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 137. Zie tevens: de Hullu 2009, p. 337.

<sup>176</sup> Stevens & Prins, *Expertise en recht* 2013, p. 113. En ook de Hullu 2009, p. 344.

<sup>177</sup> De Hullu 2009, p. 338.

<sup>178</sup> De Hullu 2009, p. 337. Mevis 2009", p. 339-340.

hetzelfde artikel aan bod komt.<sup>179</sup> Wanneer het opzet kan worden bewezen, houdt dat niet in dat de verdachte straf moet worden opgelegd, maar dit kan wel.<sup>180</sup> De rechter kan er voor kiezen om de verdachte, ondanks zijn opzettelijk handelen, geen straf op te leggen vanwege de stoornis die zijn gedrag beïnvloedde. Ook wanneer dit gebeurt, wordt de verdachte, bij wie opzet kan worden bewezen, geen uitvlucht geboden uit het strafrecht. Door gebruik te maken van de maatregelen die het Nederlandse strafrecht biedt, kan de rechter de verdachte in een psychiatrisch ziekenhuis plaatsen of, indien de voorwaarden kunnen worden vervuld, een TBS-maatregel opleggen.<sup>181</sup> Alleen wanneer opzet niet kan worden bewezen, zal de verdachte worden vrijgesproken.<sup>182</sup> Ontbreken van opzet zal slechts bij hoge uitzondering worden aangenomen. Dit gebeurt alleen wanneer aangetoond kan worden dat ten tijde van het handelen van de verdachte ieder inzicht in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen heeft ontbroken.<sup>183</sup> Derhalve kan dus gesteld worden dat de vrije wil een belangrijke rol speelt bij het al dan niet strafwaardig oordelen van de verdachte. Eerst zal de wil aangetast moeten worden om ontoerekenbaar verklaard te worden en vervolgens zal nog eens extra getest worden of de wil zodanig was aangetast dat er geen opzet kan worden bewezen, alleen in dat geval zal de verdachte worden vrijgesproken. In de andere gevallen, waarbij er wel opzet wordt bewezen, maar waarbij de verdachte het opzet niet wordt aangerekend, of verminderd wordt aangerekend, kan de verdachte straf worden opgelegd en kan hem tevens een maatregel worden opgelegd. Daarmee wordt de rol van de vrije wil nog wat uitgebreid. Hij speelt niet alleen een rol bij de strafbare feiten en de bestanddelen, maar ook bij de strafuitsluitingsgronden, in dit geval een schuldsluitingsgrond.

### **3.3 Wetenschappers over de vrije wil in het strafrecht**

De vrije wil speelt dus een cruciale rol in het gehele Nederlandse strafrecht. Dat levert direct een vraag op, want werd deze vrije wil nu juist niet ontkent door het harde determinisme en de neurowetenschap? Dat is inderdaad het geval en dus vinden veel wetenschappers ook dat het strafrecht gewijzigd dient te worden. Het is van belang dat er gesproken wordt over het wijzigen van en niet over het afschaffen van het strafrecht. Deze wetenschappers streven niet naar de afschaffing van het strafrecht, hoewel dit gevolg misschien wel verbonden zou kunnen worden aan een volledig gedetermineerde wereld. Indien alles van te voren is vastgesteld door de natuurwetenschappen, zou betoogd kunnen worden dat het volkomen zinloos is om straf op te leggen, omdat duizenden jaren geleden al was vastgelegd dat de betreffende gebeurtenis op de betreffende plaats op het betreffende tijdstip zou plaatsvinden. Echter, een dergelijke opstelling in het dagelijkse, praktische leven zou tot een onmogelijke situatie leiden. Wat je hersenen ook voor je beslissen, ze bevinden zich in de verdachte zijn hoofd, in de verdachte zijn lichaam en daarom zal de verdachte bestraft moeten worden, wanneer hij de in de wet neergelegde regels overtreedt. Alleen de hersens straffen gaat nu eenmaal niet.<sup>184</sup> Wel stellen de meeste van deze wetenschappers dat we af moeten van de retributieve elementen in het strafrecht. Immers, hoe kan men schuldig zijn of opzettelijk een handeling verrichten wanneer mijn niet eens de macht heeft om in vrijheid een beslissing

---

<sup>179</sup> Zie: Koopmans 2007, p. 55.

<sup>180</sup> Dit valt af te leiden uit art. 37a lid 2 WVSR. Waarin duidelijk de optie wordt opengelaten om een verdachte te straffen en onafhankelijk daarvan een TBS-maatregel op te leggen.

<sup>181</sup> Zie voor het plaatsen in een psychiatrisch ziekenhuis art. 37 WVSR. De materiële eisen zijn opgenomen in het eerste lid, terwijl de formele eis staat opgenomen in lid 2 van artikel 37 WVSR. Indien de rechter een TBS-maatregel op wil leggen, moet er voldaan zijn aan de eisen die blijken uit art. 37a lid 1 en 3 WVSR.

<sup>182</sup> Art. 352 lid 1 WVSV. Zie ook Buruma 2013, p. 205.

<sup>183</sup> HR 4 november 1998, *NJ* 1999, 156. HR 14 december 2004, *NJ* 2006, 448. HR 9 december 2008, *NJ* 2009, 157. Zie ook Roef, Justitiële verkenningen 2013, p. 45.

<sup>184</sup> Lamme 2010, p. 280. Zie ook Greene & Cohen, Justitiële verkenningen 2008, p. 108.

te nemen.<sup>185</sup> Dan zou straffen vanwege schuld hetzelfde zijn als mensen straffen die rood haar hebben.<sup>186</sup> Deze opvatting wordt door Greene en Cohen met een voorbeeld weergegeven. De mens ziet de wereld soms anders dan hij in werkelijkheid is, zo stellen zij. Natuurwetenschappen hebben ons laten zien dat het heelal gekromd is, maar in het dagelijkse leven ervaren wij de wereld als plat. Dat is ook prima, want wanneer men door de gangpaden van een supermarkt wandelt, heeft het geen enkele zin om erbij stil te staan dat het heelal gekromd is. Maar wanneer men een ruimteschip wil lanceren, krijgt dat ineens wel zin. Hetzelfde geldt voor de vrije wil, denken dat je een vrije wil hebt, is geen enkel probleem. Misschien is het voor de mens zelfs wel handig, maar wanneer er iets wetenschappelijks moet gebeuren, het ontwerpen van een strafrechtssysteem in dit geval, dan moet men niet uitgaan van aannames en gevoelens, maar van wetenschappelijk aangetoonde feiten. Dit leidt tot een utilitaristisch strafrecht en niet tot een strafrecht dat gebaseerd is op retribuvistische aannames en gevoelens.<sup>187</sup> Wanneer deze retribuvistische elementen zijn afgeschaft, kan er meer aandacht besteed worden aan de elementen die het strafrecht nuttig maken, zoals de beveiliging van de maatschappij tegen gevaarlijke individuen, zodat het strafrecht praktisch nut heeft en geen morele oordelen velt. Het strafrecht moet dan ook mogelijk maken dat deze individuen uit de maatschappij worden verwijderd.<sup>188</sup> Wel dient er dan voor gezorgd te worden dat er zorg gedragen wordt voor de genezing van deze mensen, anders zal het probleem van het utilitaristische strafrecht de kop opsteken en zal men verdachten eeuwig moeten opsluiten of zelfs moeten doden en dat is niet de bedoeling.<sup>189</sup> Maar hoe dit precies opgelost dient te worden, is dan niet helemaal duidelijk. Lamme stelt dat per individu gezocht moet worden naar de meest afschrikwekkende straf, zodat per individu kan worden gezorgd dat de persoon het delict niet meer pleegt, terwijl Swaab nu juist stelt dat we meer naar de groep van alle mensen moeten kijken en dan wetenschappelijk de beste straf per groep mensen zouden moeten zoeken, net zoals in de geneeskunde gebeurt.<sup>190</sup> Daarmee ontstaat wel een concreet probleem, want als de neurowetenschappers het al niet eens zijn over hoe het strafrecht ingericht moet worden, hoe zouden juristen het dan moeten weten. Immers, het zijn de neurowetenschappers die kritiek leveren op het huidige strafrechtstelsel. Lamme stelt tevens dat het strafrecht zou moeten veranderen op het gebied van de lengte van de straf. Niet de lange termijn intenties zouden zwaar gestraft moeten worden, maar de reflexen, de onbewuste handelingen. Daaraan zie je pas wat waarlijk het karakter van een verdachte is.<sup>191</sup> Voorts betoogt Lamme dat er minder geld besteed zou moeten worden aan de mensen die het meest geestelijk gestoord zijn, door middel van langdurige TBS-behandelingen, deze mensen zijn zeer moeilijk te verbeteren en kosten het meeste geld. Er zou meer ingezet moeten worden op gedragsverandering bij de "gewone" crimineel. Die zijn vaak nog relatief eenvoudig om te vormen.<sup>192</sup> Dit zou moeten gebeuren door de stimulus-responskoppelingen in de hersenen te veranderen, wanneer de verdachte niet meer in gaat op zijn onbewuste verlangens, zal hij ook geen criminele activiteiten meer ontplooiën.<sup>193</sup> Kortom, het strafrecht moet meer de kant op van het utilitarisme, maar wel op zo'n manier

---

<sup>185</sup> Swaab 2010, p. 219, 458. Lamme 2010, p. 280. Sapolsky, *Philosophical Transactions of the Royal Society* 2004, p. 1794. Greene & Cohen, *Justitiële verkenningen* 2008, p. 107, 117. Ook Dawkins deelt dit standpunt zie: NRC. *Handelsblad* 14 januari 2006. Naar aanleiding van zijn in 2006 verschenen artikel: let's all stop beating Basil's car. En tenslotte Mooij 2004, p. 86.

<sup>186</sup> Verplaetse 2011, p. 129.

<sup>187</sup> Greene & Cohen, *Justitiële verkenningen* 2008, p. 127.

<sup>188</sup> Lamme 2010, p. 280, 281-282. Zie ook Greene & Cohen, *Justitiële verkenningen* 2008, p. 107, 117. Waarop zij dit niet zo hard stellen als Lamme dat doet, maar wel betogen dat de neurowetenschap het recht meer naar een preventief strafrecht zal sturen. Ook Verplaetse 2011, p. 131, 142, 174. Hij acht preventie het belangrijkste element in het strafrecht

<sup>189</sup> Lamme 2010, p. 281-282.

<sup>190</sup> Zie voor deze onenigheid: Lamme 2010, p. 281-282. En Swaab 2010, p. 220, 459.

<sup>191</sup> Lamme 2010, p. 283. Lamme, *Justitiële verkenningen* 2008, p. 86.

<sup>192</sup> Lamme 2010, p. 286. Lamme, *Justitiële verkenningen* 2008, p. 86, 87.

<sup>193</sup> Lamme 2010, p. 285-286.



dat er niet buitensporig hard en zwaar gestraft wordt. Dat lijkt dan toch weer een retribuvistisch element.

### **3.4 Juristen over vrije wil in het strafrecht**

De juristen lijken zich, in de meeste gevallen, niet heel erg druk te maken over de aanval van de neurowetenschap op het strafrecht. In eerste instantie omdat de discussie omtrent het determinisme en de vrije wil al zeer lang speelt. De neurowetenschap ondersteunt het determinisme maar verandert niet wezenlijk iets aan het gehuldigde standpunt. Al vanaf het moment dat de discussie aanving, bestaat het strafrecht. Het determinisme heeft er in al die tijd nooit voor kunnen zorgen dat het strafrecht is verdwenen, of heeft moeten wijzigen van vorm.<sup>194</sup> Het zou daarom passend zijn als er wat meer bescheidenheid getoond zou worden door de neurowetenschap in plaats van de vrije wil binnen het strafrecht dood te verklaren, zo stelt Vincent.<sup>195</sup>

Meer inhoudelijk betogen de juristen dat de vrije wil binnen het strafrecht afwijkt van hetgeen de neurowetenschappers als vrije wil beschouwen.<sup>196</sup> De voor de neurowetenschappen relevante vrije wil is gebaseerd op een theoretische rede, terwijl de vrije wil in het strafrecht gebaseerd is op een praktische rede waardoor de neurowetenschappers met een verkeerde basis beginnen om de vrije wil in het strafrecht te beoordelen.<sup>197</sup> Daarbij komt dat de vrije wil in het strafrecht geen empirisch te weerleggen fenomeen is maar een sociale constructie die gehanteerd wordt om een rechts-politieke gemeenschap op grond van vrijheid, zelf-beschikking en verantwoordelijkheid mogelijk te maken.<sup>198</sup> Deze constructie neemt genoeg met een wat meer bescheiden vorm van de vrije wil. Namelijk een vrije wil die inhoudt dat er sprake is van capaciteitsverantwoordelijkheid, welke gebaseerd is op reflectie en rationaliteit.<sup>199</sup> Deze wil hoeft niet onafhankelijk te zijn, zoals de neurowetenschappers veronderstellen, het is afdoende wanneer de mens beschikt over concrete geestelijke capaciteiten, en omdat de meeste mensen hierover beschikken ontstaat er geen probleem.<sup>200</sup> Er wordt pas afgeweken van het standpunt dat de mens over concrete geestelijke capaciteiten beschikt, wanneer daar zeer goede redenen voor zijn.<sup>201</sup> Deze goede redenen kunnen bijvoorbeeld bestaan uit ontoerekenbaarheid van de verdachte, wat onder omstandigheden kan leiden tot het niet opleggen van straf, zoals bleek uit paragraaf 3.2.6. Maar zonder deze zeer goede redenen kan men verantwoordelijk worden gesteld voor de handelingen die men heeft verricht, dit vanwege de reflectie waarover de mens dient te beschikken. Wanneer men heeft gereflecteerd over de mogelijkheden en een optie heeft gekozen en daar naar handelt, kan men achteraf gevraagd worden uitleg te geven over deze handeling. Waarom heeft men gekozen voor de verrichte gedraging en niet voor een alternatief? Op grond van de handeling en de uitleg die daarover wordt gegeven, wordt beoordeeld of men op de juiste manier is omgesprongen met de verantwoordelijkheden. Is dat niet het geval dan kan men in potentie schuld dragen voor de handeling.<sup>202</sup> Omdat deze vorm van vrije wil niet te falsificeren is door de wetenschap, vinden veel juristen dat er gestreefd moet worden naar het samengaan van de capaciteitsverantwoordelijkheid en de neurowetenschap. Zo zou de neurowetenschap een nuttige bijdrage kunnen leveren bij het

---

<sup>194</sup> Roef, *Justitiële verkenningen* 2013, p. 41.

<sup>195</sup> Vincent, *Justitiële verkenningen* 2013, p. 68-69.

<sup>196</sup> Greene & Cohen, *Justitiële verkenningen* 2008, p. 106.

<sup>197</sup> Mackor, *Journal of Legal Philosophy* 2010, p. 7.

<sup>198</sup><sup>198</sup> Roef, *Justitiële verkenningen* 2013, p. 41. Prakken 2011, p. 60. Vincent, *Justitiële verkenningen* 2013, p. 70. Buruma 2011. En tenslotte Buruma 2013, p. 196.

<sup>199</sup> Roef, *Justitiële verkenningen* 2013, p. 41, 43, 44. Dworkin 2011, p. 227-231.

<sup>200</sup> Morse, *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* 2008, p. 20-25. Zie ook Greene & Cohen, *Justitiële verkenningen* 2008, p. 105. Waarop zij een dergelijke redenering laten zien.

<sup>201</sup> De Jong, *Justitiële verkenningen* 2013, p. 32.

<sup>202</sup> De Jong, *Justitiële verkenningen* 2013, p. 31-32.

psychologische en psychiatrische onderzoek, want dat is vandaag de dag nog wat aan de subjectieve kant.<sup>203</sup>

Toch zijn er ook andere geluiden waarneembaar binnen de juridische wereld. Zo stelt van Walsum dat wanneer onomstotelijk komt vast te staan dat de vrije wil niet bestaat, er afstand gedaan moet worden van de retribuvistische elementen binnen het strafrecht. Hoewel hij hiervan de voordelen ziet, omdat er dan geen ruimte meer is voor vergelding of wraakgevoelens, vreest hij ook voor een zuiver utilitaristisch strafrecht. Dit omdat een zuiver utilitaristisch strafrecht gericht is op de controle van de samenleving.<sup>204</sup> Ook Kwakman laat een tegengeluid horen, hij gooit een knuppel in het hoenderhok en vraagt zich af of we niet af moeten van het huidige Nederlandse strafrecht en niet meer toe moeten naar een strafrecht waarin er gestreefd wordt naar risicobestrijding?<sup>205</sup>

### **3.5 Tussenconclusie**

De vrije wil speelt in het strafrecht een uiterst belangrijke rol. Hij komt terug bij zowel het strafbare feit, voornamelijk in de menselijke gedraging, meer specifiek wanneer het de gewilde spierbeweging betreft, bij de strafdoelen die er in Nederland worden nagestreefd, bij de bestanddelen die gebruikt worden binnen de strafbepalingen, vooral bij opzet, schuld en voorbedachte rade en ten slotte ook bij de strafuitsluitingsgronden, het meest duidelijk bij de ontoerekenbaarheid. Maar over wat deze vrije wil precies inhoudt bestaat discussie. Het harde determinisme, gesteund door de neurowetenschap, ontkent een onafhankelijke vrije wil van de mens en stelt daarom dat het strafrecht gewijzigd dient te worden, nogmaals gewijzigd, niet afgeschaft. Er zou afstand gedaan moeten worden van de retribuvistische elementen van het strafrecht en er zou gestreefd moeten worden naar een utilitaristische aanpak van criminaliteit. Maar binnen dit utilitaristische strafrecht mag niet buitensporig zwaar gestraft worden. Hoe dit precies bereikt moet worden, is onduidelijk, omdat er onenigheid bestaat tussen de neurowetenschappers. Zo wil Lamme een individualistische aanpak introduceren, waarbij beoogd wordt de meest afschrikwekkende straf voor de verdachte te vinden, terwijl Swaab een meer groepsgewijze aanpak nastreeft, waarin op wetenschappelijke basis wordt gestraft en zo het procentueel grootste succes behaald zal worden. De meeste juristen betogen dat er binnen het strafrecht geen sprake is van een onafhankelijke vrije wil. Het strafrecht is gebaseerd op een sociale constructie die genoeg neemt met een bescheiden vorm van vrije wil, namelijk de capaciteitsverantwoordelijkheid. Deze kan niet worden weerlegd door de neurowetenschap en evenmin door het harde determinisme. Drastische wijzigingen binnen het strafrecht zijn derhalve niet noodzakelijk. Maar ook binnen de juridische wereld bestaat onenigheid omdat sommige juristen de vraag hebben gesteld of er toch niet gekeken moet worden naar een mogelijkheid om een strafrecht te creëren dat minder of zelfs niet gefundeerd is op de vrije wil. Deze juristen zijn nog niet in staat om de mening van de overgrote meerderheid van hun collega's te doen omgaan, maar zij geven wel een aanzet om nader te beschouwen welke mogelijkheden er zijn om het strafrecht om te vormen. Dit laatste zal dan ook in het volgende hoofdstuk worden gedaan.

---

<sup>203</sup> Vincent, *Justitiële verkenningen* 2013, p. 72. Buruma 2013, p. 208, 209. Buruma merkte al eerder op dat juristen en wetenschappers samen dienden te werken, zie: Buruma 2003, p. 7-8.

<sup>204</sup> Zie voor een uitgebreidere uitleg van Walsum 2007.

<sup>205</sup> Kwakman, *Ars Aequi* 2011, p. 856-858.

## **4 Het nieuwe systeem**

### **4.1 Inleiding**

Uit het vorige hoofdstuk bleek dat er controversie bestond over het thans in Nederland geldende strafrecht. Veel van de neurowetenschappers en sommige juristen betoogden dat het strafrecht gewijzigd diende te worden, omdat de vrije wil een te grote en te belangrijke rol innam in het nu geldende strafrecht, terwijl de meeste juristen van oordeel zijn dat het strafrecht niet gewijzigd hoefde te worden. In dit hoofdstuk zal uitgegaan worden van de situatie waarin het strafrecht daadwerkelijk gewijzigd zou moeten worden. Wat inhoudt dat er getracht zal worden om aan de kritiek van de neurowetenschap en de kritische juristen gehoor te geven door te bezien of er een alternatief strafrecht te ontwikkelen is waarbij de vrije wil een zeer kleine, of geen rol speelt. Er is te weinig ruimte in deze thesis om het hele strafrecht om te vormen en met alle delictsomschrijvingen en eventuele complicaties rekening te houden. Daarom zal er uitsluitend gekeken worden naar een aantal fundamentele aspecten van het strafrecht die gewijzigd zullen moeten worden om een dergelijk nieuw strafrecht te kunnen scheppen. Eerst zal de keuze voor het nieuwe strafrecht uiteen worden gezet en worden toegelicht. Dan zal er gekeken worden naar de strafdoelen die voor het nieuwe strafrecht van belang zijn. Vervolgens zal er ingegaan worden op het strafbare feit en zal beschouwd worden hoe dit, zonder de verwijtbaarheid en de gewilde spierbeweging kan worden vormgegeven. Daarna komen de alternatieven voor de bestanddelen aan bod. Vervolgens zal worden ingegaan op het element risico voor de maatschappij, wat in dit nieuwe systeem hetzelfde zal betekenen als gevaar voor de maatschappij. Als één na laatste onderwerp zal de manier van sanctioneren worden besproken, waarbij er voornamelijk aandacht besteed zal worden aan de mogelijkheden die het maatregelenrecht kan bieden, en of de maatregelen substantieel afwijken van de methode van strafoplegging die nu gebruikt wordt. Als sluitstuk van dit hoofdstuk zal een tussenconclusie geformuleerd worden.

### **4.2 Keuze voor het nieuwe strafrecht**

#### **4.2.1 Grondslagen van het nieuwe strafrecht**

Het nieuwe strafrecht zal op zo'n manier moeten worden vorm gegeven dat er rekening gehouden wordt met de kritiek van de neurowetenschap. Het idee van Kwakman om het schuldstrafrecht in te ruilen voor een strafrecht dat gebaseerd is op beveiliging van personen en de maatschappij tegen risico's, lijkt daartoe een mogelijkheid. Daarom zal dit idee verder worden uitgewerkt. Dit nieuwe strafrecht zal net als het oude strafrecht publiek recht zijn, waarmee beoogd wordt zoveel mogelijk aansluiting te vinden bij het huidige strafrecht. Dit publieke recht houdt in dat er naar wordt gestreefd om private factoren uit het strafrecht te houden, waardoor het strafrecht een eigen, autonoom rechtsgebied blijft.<sup>206</sup> In dit strafrecht

---

<sup>206</sup> Door het strafrecht op deze manier vorm te geven, sluit ik mij aan bij de klassieke omschrijving van het strafrecht. Hierdoor wijk ik af van stromingen die meer private factoren in het strafrecht willen. Zo'n stroming is bijvoorbeeld het herstelrecht, zie voor informatie: Blad, Journal of Law and Conflict Resolution 2010. Blad 2011. Blad 2013. van Swaaningen, Justitiële verkenningen 1999. En wijk ik ook af van auteurs die vinden dat het hele strafrecht moet worden afgeschaft, zie: Blad 1996. Waarin hij de opvattingen van Hulsman bespreekt, die in zijn late periode het abolitionisme aanhing.

zal de staat het monopolie tot straffen hebben, net zoals dit het geval is in het huidige strafrecht. Wanneer er een regel wordt overtreden, wordt er een inbreuk gemaakt op de rechtsorde, waardoor het aan de staat is om in te grijpen en de rechtsorde te herstellen.<sup>207</sup> Op deze manier kan worden voorkomen dat de private wraakneming de kop op zal steken, wat zou kunnen leiden tot mateloosheid en onverzadigbaarheid.<sup>208</sup> Omdat de staat een monopoliepositie heeft op sanctioneren, dient ook het nieuwe strafrecht een instrumentele zijde te hebben, maar zeker ook een rechtsbeschermende functie, welke gezamenlijk en in harmonie dienen te opereren.<sup>209</sup>

Zoals hierboven werd aangegeven, is het bezwaar van de neurowetenschap en de kritische juristen tegen het huidige strafrecht, dat de rol van de vrije wil te groot is. Dit gecombineerd met de keuze om het strafrecht publiek recht te laten blijven en de bescherming die van het strafrecht uit moet gaan, tegen risico's voor de maatschappij, leidt tot strafrecht dat een utilitaristische grondslag krijgt. Een strafrecht met een utilitaristische grondslag kan namelijk publiek recht blijven, kan de maatschappij tegen risico's proberen te beschermen zonder retributieve strafdoelen en hoeft voor het opleggen van sancties ook geen gebruik te maken van retributieve bestanddelen. Alvorens dit nader uit te werken zal eerst worden ingegaan op fundamentele kritiek, die op een strafrecht dat een dergelijke grondslag heeft, wordt gegeven. Want kritiek is er, zo bleek uit de paragrafen 3.2.2.2 en 3.3. Het gevaar dat onschuldige burgers gesanctioneerd zouden worden of dat er disproportionele sancties zouden worden opgelegd, zou te zeer aanwezig zijn.<sup>210</sup> Hoewel deze kritiek zeer serieus genomen moet worden, lijkt het niet direct het einde van het nieuwe strafrecht te hoeven betekenen. In het navolgende zal omschreven worden op welke manier de weerstand weggenomen lijkt te kunnen worden.

#### 4.2.2 Het sanctioneren van onschuldige burgers

Een van de belangrijkste argumenten tegen een utilitaristisch strafrecht, waarbinnen alleen een sanctie wordt opgelegd wanneer het nuttig is om een gevoel van tevredenheid in de maatschappij te scheppen en in dit specifieke strafrecht om risico's voor de samenleving te verhelpen, houdt in dat het voor de maatschappij goed zou kunnen zijn om onschuldige burgers te sanctioneren.<sup>211</sup> Zo is een bekend voorbeeld de casus waarin een vrouw wordt verkracht en het bekend is dat een donkere man het delict gepleegd heeft. De sheriff van de betreffende stad waarin de verkrachting plaatsvond, wordt voor de keuze gesteld, of een onschuldige donkere man veroordelen en de maatschappij tevreden houden, of de onschuldige man vrij laten en de woede van de blanke mensen op de donkere mensen laten losbarsten, met het risico dat daardoor levens verloren zullen gaan. Vanuit een zuiver utilitaristisch standpunt, zo wordt betoogd, is het dan het beste om de onschuldige man te veroordelen.<sup>212</sup> Dit zou moeten omdat er met het bestraffen van de onschuldige meer kwaad

---

<sup>207</sup> Gutwirth & de Hert, *Delikt en Delinkwent* 2001, p. 1067, 1069. Zie tevens Watkin 1999, p. 397-398. Hiermee wijk ik af van auteurs die vinden dat de staat niet het monopolie op straffen zou moeten hebben. Zie bijvoorbeeld van Swaaningen, *Justitiële verkenningen* 1999, p. 47.

<sup>208</sup> 't Hart 1997, p. 115. Zie ook Langemeijer 1975, p. 17. En Jonkers 1999, p. 170.

<sup>209</sup> De rechtsbeschermende functie houdt in deze in dat de wet de burger beschermt tegen opleggen van straf, men kan alleen gestraft worden voor hetgeen in de wet vermeld staat. De instrumentele functie houdt in dat strafrecht ingezet kan worden om de strafdoelen te bereiken. Dat deze in harmonie moeten werken blijkt uit: Focué & 't Hart 1990, p. 180, 330. Zie voor de functie van rechtsbescherming ook Knottenbelt, Toringa & Verheugt 1990, p. 340.

<sup>210</sup> Greene & Cohen, *Justitiële verkenningen* 2008, p. 100. Bean 1981, p. 43, 44.

<sup>211</sup> Dat er alleen straf wordt opgelegd indien dit nut heeft voor de tevredenheid in de maatschappij blijkt uit Rawls, *Philosophical Review* 1955, p. 5. Zie ook Cavardino & Dignan 1992, p. 33. En tevens *Blad* 1996, p. 4. Dat dit kan leiden tot het straffen van onschuldige mensen wordt genoemd in: Easton & Piper 2005, p. 121. Bean 1981, p. 43.

<sup>212</sup> McCloskey, *Philosophical Review* 1957, p. 468-469.

wordt voorkomen dan dat er gedaan wordt.<sup>213</sup> Overigens is dit niet het enige voorbeeld, er zijn meer gelijkaardige casusposities bedacht.<sup>214</sup> Het antwoord van de utilitaristen luidt meestal dat een dergelijke situatie zich inderdaad voor zou kunnen doen, in theorie, maar dat het in de praktijk nooit zal gebeuren.<sup>215</sup> Hoewel dit antwoord op waarheid zou kunnen berusten, is het wat onbevredigend om een strafrecht te funderen op een bewering dat het in de praktijk nooit zal voorkomen. Een uitgebreidere respons op het argument van tegenstanders van het utilitarisme leek derhalve noodzakelijk om het nieuwe strafrecht een kans van slagen te geven. Een beter onderbouwd tegenargument kan gevonden worden in de werken van Bentham, één van de grondleggers van het utilitarisme. Hij stelt dat het nooit de bedoeling is om onschuldige burgers te sanctioneren, alleen de personen die regels overtreden moeten hun sanctie ondergaan.<sup>216</sup> Om te voorkomen dat er onschuldige mensen gestraft worden is het noodzakelijk dat rechterlijke uitspraken in het openbaar plaatsvinden. Op die manier kan de maatschappij zien wat er gebeurt. Een onschuldige burger zou, indien het utilitaristische systeem hem wilde vervolgen, dan publiekelijk veroordeeld moeten worden. Het zou dan onvermijdelijk zijn dat de maatschappij zou merken dat er onschuldige burgers veroordeeld worden. Dat zou dermate veel opschudding veroorzaken dat het nut van de sanctie volledig zou wegvallen. De mensen zouden zo verontwaardigd zijn dat er onschuldige burgers veroordeeld worden en zouden zo in angst moeten leven omdat zij zich af moesten vragen of zij niet de volgende onschuldigen zouden zijn die naar het schavot zouden worden geleid, dat een enkele veroordeling van een onschuldige daar niet tegenop kan wegen.<sup>217</sup> Om te voorkomen dat rechters hun eigen belang boven het belang van de maatschappij zouden stellen, en daardoor toch een onschuldige burger zouden veroordelen, ondanks de ontevredenheid en angst die dit op zou leveren, is het van belang dat er toezicht wordt gehouden op de instantie die sancties oplegt.<sup>218</sup> Op die manier kan bij de rechtsbescherming, die binnen het strafrecht zeer belangrijk is, worden aangesloten en kunnen de meeste fouten uit het strafrecht worden gefilterd. Natuurlijk kan er geen volledige garantie worden gegeven dat er nooit onschuldige burgers gesanctioneerd zullen worden. Het zou kunnen dat binnen een utilitaristisch systeem van strafrecht onschuldige burgers veroordeeld worden. Dit zou kunnen wanneer een rechter een verschrikkelijke fout begaat en bij vergissing en onterecht een onschuldig persoon straft. Maar dat kan in ieder strafrechtelijk systeem gebeuren, dat is niet iets dat per definitie tegengeworpen kan worden aan het utilitarisme.<sup>219</sup> Bovenstaande zou moeten leiden tot de conclusie dat het utilitarisme het sanctioneren van onschuldige burgers afwijst, niet toestaat, en daarmee zou één van de belangrijkste punten van weerstand tegen dit systeem ongegrond zijn, waardoor het nieuwe systeem niet vanwege dit argument zou moeten worden verworpen.

### 4.2.3 Disproportioneel sanctioneren

Een tweede en laatste argument tegen een strafrecht met een utilitaristische grondslag, is dat het toe zou staan, of zelfs aan zou moedigen dat er extreem streng gesanctioneerd wordt om de maatschappij tevreden te houden of te beveiligen.<sup>220</sup> Alvorens op dit argument in te

---

<sup>213</sup> Dit is het standpunt van straffen in een utilitaristisch systeem, om de maatschappij tevreden te houden mag er alleen gestraft worden wanneer dit meer leed voorkomt dan dat het doet. zie: van Dijk 2008, p. 106.

<sup>214</sup> Zie bijvoorbeeld McCloskey, Inquiry, p. 49, 53. En tevens Carritt 1947, p. 66.

<sup>215</sup> Greene & Cohen, Justitiële verkenningen 2008, p. 101.

<sup>216</sup> Bentham 1962, p. 475-476.

<sup>217</sup> Goodin 1995, p. 70-71. Binder, Buffalo Criminal Law Journal 2001, p. 325-326.

<sup>218</sup> Beccaria 1986, p. 78.

<sup>219</sup> Twining 1985, p. 96. Zie voor voorbeelden van onterechte veroordeling in het huidige strafrecht bijvoorbeeld: Hof Leeuwarden 24 april 2002, LJN AE1877. Hof Arnhem 14 april 2010, NJ 2010, 363. En tenslotte Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2010, LJN BN9444.

<sup>220</sup> Greene & Cohen, Justitiële verkenningen 2008, p. 100. Easton & Piper 2005, p. 121.

gaan, is het vermeldenswaardig dat ook in het huidige strafrecht, boven de mate van schuld van de verdachte gestraft mag worden omdat nergens is gecodificeerd dat een dergelijke straf verboden is.<sup>221</sup> Dus of een dergelijk argument specifiek tegengeworpen kan worden aan een utilitaristisch strafrecht is vatbaar voor discussie. Maar deze constatering neemt het argument niet weg. De extreem strenge sancties, die naar verluid het utilitaristische systeem kenmerken, zouden er, in theorie, zelfs toe kunnen leiden dat voor kleine vergrijpen de doodstraf wordt opgelegd, als dit de maatschappij zou beveiligen.<sup>222</sup> Onder het huidige Nederlandse strafrecht is het verboden om de doodstraf op te leggen.<sup>223</sup> Uit niets blijkt dat men in Nederland de doodstraf terug zou willen of tot een dergelijke sanctie aan zou moedigen, dus ook het nieuwe strafrecht zal de doodstraf niet toe moeten passen. Dit zou tot zoveel weerstand kunnen leiden dat het nieuwe strafrecht al direct geen kans meer zou krijgen. Daarom zal men, ook in het nieuwe strafrecht, niet hoeven te vrezen voor de doodstraf. Voorts kan gesteld worden dat hoewel het inderdaad mogelijk is dat er strenge sancties worden opgelegd binnen het utilitaristische systeem, dit niet stelselmatig disproportioneel zal gebeuren. Beccaria, een andere, zeer belangrijke utilitarist, geeft hierover aan dat het van belang is om met zekerheid te sanctioneren. Alleen op die manier weten de burgers waar ze aan toe zijn.<sup>224</sup> Het strafrecht diende mild en regelmatig te zijn, dus niet extreem streng.<sup>225</sup> Wanneer er stelselmatig disproportioneel gesanctioneerd zou worden zou dit ertoe kunnen leiden dat burgers de wet niet meer als legitiem gaan beschouwen en dat zij zich niet meer aan de regels zouden gaan houden of zich zelfs tegen deze wet zouden keren.<sup>226</sup> Dit gecombineerd met de permanente angst waarin de burgers zouden moeten leven, immers bij iedere uitspraak van de rechter ontstaat de vraag welke sanctie er opgelegd wordt bij welke normoverschrijding, kan niet anders dan leiden tot ontevredenheid binnen de maatschappij.<sup>227</sup> Deze tevredenheid is binnen het utilitaristische systeem van strafrecht uiterst belangrijk, waardoor er niet disproportioneel gesanctioneerd zal worden. Dat zou eerder averechts werken dan goed voor de maatschappij zijn. Bovenstaande zou derhalve moeten leiden tot de conclusie dat het utilitaristische strafrecht proportionele sancties nastreeft, om op die manier de tevredenheid binnen de maatschappij zo groot mogelijk te krijgen. Voor extreme, disproportionele sancties hoeft men dan ook geen angst te hebben. Derhalve lijkt ook dit argument niet de vroegtijdige ondergang van het nieuwe strafrecht in te hoeven luiden.

### **4.3 Strafdelen van het nieuwe strafrecht**

#### **4.3.1 De nieuw strafdoelen**

Nu de fundamentele bezwaren tegen een op utilitarisme gebaseerd strafrecht zijn besproken, kan de aandacht worden verlegd naar de manieren waarop een dergelijk systeem, zonder gebruik te maken van de vrije wil, probeert de maatschappij te beschermen tegen daders die een risico voor de samenleving vormen. Daartoe zullen eerst de strafdoelen worden besproken. Het huidige Nederlandse strafrecht kent bijna geen in de wet

---

<sup>221</sup> HR 10 september 1957, *NJ* 1958, 5.

<sup>222</sup> Greene & Cohen, *Justitiële verkenningen* 2008, p. 100.

<sup>223</sup> In het gewone strafrecht is de doodstraf in 1870 geschrapt. Zie de wet van 17 september 1870 STB. 162. En tevens Broers 2012, p. 122.

<sup>224</sup> Beccaria 1986, p. 46. Deze zekerheid van straffen zorgt zowel voor een instrumentele zijde als een rechtsbeschermende zijde. Iedereen, hoe hoog ook in de maatschappij, kan gesanctioneerd worden wanneer men de regels schendt, maar men kan niet gesanctioneerd worden voor hetgeen niet in de wet staat. Zie van Dellen 1987, p. 102.

<sup>225</sup> Beccaria 1986, p. 80.

<sup>226</sup> Beccaria 1986, p. 51-52.

<sup>227</sup> Greene & Cohen, *Justitiële verkenningen* 2008, p. 101, 124.

gecodificeerde strafdoelen.<sup>228</sup> De wetgever en de rechter wordt de ruimte gelaten om voor het strafdoel te kiezen dat volgens hen het meest toepasselijk is.<sup>229</sup> Uit paragraaf 3.2.2.3 bleek dat enkele strafdoelen, waarvoor de wetgever en de rechter kunnen kiezen, retribuvistisch van aard zijn, waardoor zij in het nieuwe strafrecht geen plaats kunnen krijgen. Indien deze doelen wel in het nieuwe strafrecht geplaatst zouden worden, zou de sanctie, die op het strafdoel gebaseerd is, blijk geven van morele afwijzing van de daad, en dat zou een vrije wil van de dader veronderstellen. Omdat er geen retribuvistische strafdoelen gebruikt kunnen worden, en het vanwege de duidelijkheid van belang lijkt om te codificeren op welke doelen het nieuwe strafrecht geschraagd zou moeten worden, zou het nieuwe strafrecht moeten gaan steunen op het strafdoel preventie van criminaliteit, waarin een sanctie wordt opgelegd om crimineel gedrag in de toekomst te voorkomen.<sup>230</sup> Dit doel heeft zowel voor- als nadelen, hierop zal in paragraaf 5.2 nader worden ingegaan. Naast dit hoofddoel kan er ook nog rekening gehouden worden met een mogelijk herstel van de schade, door middel van een schadevergoeding die betaald kan worden aan het slachtoffer. Maar dit zou geen hoofddoel moeten zijn, slechts een bijdoel uit compassie voor het slachtoffer. Het hoofddoel van preventie lijkt het best te passen bij een systeem waarin de vrije wil een zo klein mogelijke rol mag spelen, omdat preventie een doel is dat kan worden nagestreefd door een manier van sanctie opleggen waarbij morele elementen, die aan het retribuvistische systeem toebehoren, niet noodzakelijk zijn.<sup>231</sup> Tevens kan met het strafdoel preventie worden gepoogd de maatschappij te beschermen tegen risico's. Immers als de overheid er in slaagt om criminaliteit te voorkomen dan zal er voor de maatschappij geen risico meer bestaan dat er strafbare feiten gepleegd worden. De sancties die worden opgelegd om het doel van preventie na te streven, moeten wel zo veel mogelijk blijven beantwoorden aan het beginsel van proportionaliteit, om te voorkomen dat de kritiek uit voorgaande paragrafen op waarheid zal komen te berusten. Om deze reden zal nu eerst kort uiteen worden gezet waar de proportionaliteit vanaf moet hangen, alvorens verder te gaan met het strafdoel van preventie. De proportionaliteit van de sanctie zal in het nieuwe systeem afhangen van de ernst van het delict, waarbij een ernstig delict zwaarder gesanctioneerd zal worden dan een delict dat minder ernstig gevonden wordt. De sanctie kan, door middel van de derde materiële vraag nog worden aangepast, indien blijkt dat een persoon geen risico voor de maatschappij vormt, of juist blijkt dat de verdachte een grotere risicofactor vormt dan gebruikelijk. Op dit aspect zal in paragraaf 4.6 nader worden ingegaan. De mogelijkheid om rekening te houden met het risicogehalte dat de verdachte, na veroordeling dader, vormt voor de maatschappij is overigens zeker geen nieuw idee. Ook in het huidige strafrecht wordt dit al gedaan.<sup>232</sup> Deze aanvulling van de sanctie is nodig omdat het soms noodzakelijk kan zijn om mensen langer uit de samenleving te houden dan de ernst van het delict toestaat, vanwege het gevaar dat zij vormen voor de maatschappij en/of omdat zij blijk geven van onverbeterbaarheid.<sup>233</sup> In die gevallen kan de proportionaliteit, met betrekking tot de ernst van het gepleegde delict, niet altijd worden gewaarborgd. Maar de gevallen waarin zij niet wordt gewaarborgd, moeten in

---

<sup>228</sup> In uitzonderlijke gevallen en in bijzondere wetten staan wel af en toe doelen opgenomen die de straf moet dienen, zodra deze is opgelegd. Zie bijvoorbeeld art. 2 lid 2 Penitentiaire Beginselenwet, waarin het doel resocialisatie is opgenomen.

<sup>229</sup> Van deze mogelijkheid wordt dan ook gebruik gemaakt. Zie voor een auteur die hierop wijst bijvoorbeeld ten Voorde, *Justitiële verkenningen 2008*, p. 64.

<sup>230</sup> Van Dijk 2008, p. 87.

<sup>231</sup> Bean 1981, p. 33.

<sup>232</sup> Zie de mogelijkheid tot het opleggen van een TBS-maatregel, art. 37a WVSR. Of de mogelijkheid tot het opleggen van een ISD-maatregel art. 38m WVSR.

<sup>233</sup> De zinsnede "aanvulling van de sanctie" kan hier misschien wat verwarring scheppen. Onder het huidige strafrecht wordt de straf namelijk niet verlengd op grond van het risicogehalte dat blijkt uit de bespreking van de derde vraag bij artikel 350 WVSV, maar wordt er, op grond van het risicogehalte dat bij de bespreking van deze vraag blijkt, bij de vierde vraag van art. 350 WVSV een maatregel bij de straf opgelegd. In het nieuwe systeem zal het verschil tussen straf en maatregel verdwijnen, zie nader paragraaf 4.7. Hierdoor zal dan wel, op grond van het risicogehalte dat blijkt bij de bespreking van de derde vraag van artikel 350 WVSV, een verzwaring in de sanctie worden opgelegd.

het nieuwe strafrecht, net als in het huidige strafrecht, uitzondering zijn, geen regel. Terugkerend naar het doel van preventie van criminaliteit, kan worden vastgesteld dat dit doel kan worden nagestreefd op verschillende manieren. In het nieuwe systeem zal dit gebeuren door gebruik te maken van generale en speciale preventie. De generale preventie kan worden opgedeeld in twee categorieën, de positieve generale preventie en de negatieve generale preventie. Op welke manier deze methoden kunnen bijdragen tot het nastreven van het doel preventie van criminaliteit, zal in de volgende twee paragrafen worden besproken.

### 4.3.2 Generale preventie

Zoals hierboven al opgemerkt, bestaan er twee vormen van generale preventie, een negatieve variant en een positieve variant.<sup>234</sup> In het nieuwe strafrecht lijkt het van belang om alle twee de componenten te codificeren omdat beide generale preventies proberen te voorkomen dat er crimineel gedrag in de toekomst plaats zal vinden, maar de sanctie neemt, binnen de twee preventievormen, een andere plek in. Door alle twee de mogelijkheden te codificeren, wordt de ruimte voor de wetgever groter om passende wetgeving te maken en wordt de ruimte voor de rechter groter om passende sancties op te leggen. Binnen een utilitaristisch systeem wordt vaak het meest gebruik gemaakt van negatieve generale preventie. Bentham vond het zelfs het belangrijkste strafdoel.<sup>235</sup> Deze vorm van generale preventie geschiedt door afschrikking, door een persoon te straffen, zal de maatschappij zien wat er gebeurt wanneer je de, in de wet neergelegde regels overtreedt en zullen de burgers het in het vervolg laten om deze regels te schenden.<sup>236</sup> Dit gebeurt omdat, wanneer de maatschappij ziet dat er mensen gestraft worden, bij de burgers die dit zien een mechanisme ontstaat dat de stimulus-responskoppeling stuurt.<sup>237</sup> De dader kan derhalve beschouwd worden als een voorbeeld voor de maatschappij en dient, zo schrijven auteurs die het utilitaristische systeem minder goed gezind zijn, als zondebok die geofferd wordt om de maatschappij angst aan te jagen.<sup>238</sup> Om het afschrikkend effect zo groot mogelijk te maken, moet de straf van tevoren bekend zijn en is het van belang dat de verdachte, wanneer hij veroordeeld is voor zijn delict en als dader gezien kan worden, zo snel mogelijk wordt gesanctioneerd.<sup>239</sup> Deze elementen zijn van belang omdat de burger zeker moet weten dat hij daadwerkelijk gesanctioneerd wordt wanneer hij de regels schendt. Zou deze zekerheid niet bestaan dan zou het afschrikwekkende effect van de sanctie afnemen, immers men zou dan ongewenst gedrag kunnen vertonen zonder dat er daadwerkelijk een passende sanctie zou volgen. Deze wetenschap zal er dan toe leiden dat de burger de regels niet meer overtreedt. Het tweede element is van belang omdat de burger, wanneer hij een misdaad

---

<sup>234</sup> Dit onderscheid wordt echter niet heel vaak gemaakt, Zie voor een auteur die dit wel doet ten Voorde, *Justitiële verkenningen* 2008. Waarbij hij op p. 61 de negatieve generale preventie bespreekt en op p. 62 de positieve generale preventie.

<sup>235</sup> Bentham 1962, p. 396-397.

<sup>236</sup> Bentham 1962, p. 367. Zie ook Greene & Cohen, *Justitiële verkenningen* 2008, p. 123. En ook ten Voorde, *Justitiële verkenningen* 2008, p. 57. En ook: Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 326. En tevens Blad 1996, p. 265 En Bean 1981, p. 32. Tenslotte Langemeijer 1975, p. 13.

<sup>237</sup> Het afschrikwekkende van de straf kan dan aan de positieve kant van de balans een rol spelen. Onbewust zal men zich realiseren dat als er gestolen wordt, er een straf volgt. En zal men, althans dat is de hoop van het afschrikken, niet overgaan tot het stelen. Zie de volgende paragraaf voor een andere bespreking van dit idee. Zoals ook uit de volgende paragraaf zal blijken geldt dit niet voor iedereen, omdat ieder brein nu eenmaal verschillend is. Zie Lamme 2010, p. 280.

<sup>238</sup> Robert 1986, p. 157. Patijn 1938, p. 22.

<sup>239</sup> Beccaria 1986, p. 46. Zie ook: ten Voorde, *Justitiële verkenningen* 2008, p. 61-62. Zie ook Andenaes, die aangeeft dat de risico's vergroot moeten worden voor de dader, door middel van pakkans en zekere straffen. Andenaes 1974, p. 49-54. Patijn concludeert dit ook: wanneer er geen risico is, is er ook geen afschrikking. Hij geeft het voorbeeld van een donkere supermarkt, iedereen zal zijn zakken vullen en vertrekken, omdat men weet dat er nimmer een straf zal volgen. Patijn 1938, p. 24. Zie ook Elffers 2005, p. 9. Waarop een ouder voorbeeld van Hugo de Groot wordt besproken.



pleegt en daarvoor is veroordeeld, direct aan de maatschappij getoond moet worden als voorbeeld. Gebeurt dit op een veel later tijdstip dan bestaat de kans dat de maatschappij alweer vergeten is wat de dader gedaan heeft en dan levert de sanctie nog geen afschrikking op.<sup>240</sup>

Naast deze vorm van generale preventie bestaat er ook een positieve variant. De positieve generale preventie sluit aan op de normatieve functie van het strafrecht, welke beoogt de samenleving binnen bepaalde normen te laten leven door overschrijding van deze normen strafbaar te stellen.<sup>241</sup> De straf heeft dan niet zo zeer een voorbeeldfunctie maar dient meer als communicatiemiddel.<sup>242</sup> Door de straf op te leggen aan een burger die de norm overtreedt, wordt er aan de maatschappij een signaal afgegeven dat deze norm zeer belangrijk is voor de overheid, en dat het niet geaccepteerd wordt wanneer deze norm wordt geschonden. De straf bekrachtigt daarmee de in de wet neergelegde norm.<sup>243</sup> Op die manier weten de burgers aan welke normen zij zich moeten houden om niet in aanraking te komen met het strafrecht.<sup>244</sup> Ook dient er een communicerende functie uit te gaan naar de dader, die de norm niet heeft nageleefd. Het proces moet, door middel van hoor en wederhoor, aan de dader duidelijk maken dat hij een norm heeft geschonden, en probeert er voor te zorgen dat bij de dader het begrip ontstaat dat hij iets verkeerd heeft gedaan.<sup>245</sup> De straf die op dit proces volgt, zal dan door de dader beter aanvaard worden en zal ervoor zorgen dat de dader de norm niet nogmaals overtreedt.

### 4.3.3 Speciale preventie

Waar de generale preventie zich richtte op het beïnvloeden van de maatschappij, of door angst of door communicatie, is het de speciale preventie die beoogt de dader geen delicten meer te laten plegen.<sup>246</sup> Dit kan op drie verschillende manieren. De eerste is de dader af te schrikken, de tweede manier behelst het laten resocialiseren van de dader en de derde manier houdt in dat de dader uit de samenleving wordt weggenomen.<sup>247</sup> Als een dader wordt afgeschrikt, houdt hij nog steeds zijn criminele gedachten, maar durft hij daaraan geen gehoor te geven vanwege de dreiging van een naderende sanctie die hem boven het hoofd hangt.<sup>248</sup> Deze manier kan goed werken zo lang de dreiging maar relevant en actueel is, als deze dreiging wegvalt, is er niets meer dat de dader tegenhoudt opnieuw een delict te plegen, dus daar zal dan door de wetgever en de rechter op moeten worden ingespeeld. De manier van het resocialiseren, beoogt de verdachte op te voeden zodat hij als een 'beter' mens de samenleving weer in gaat. Deze manier van preventie lijkt het best aan te sluiten bij het idee van Langemeijer die stelde dat het doel van speciale preventie moest zijn, de dader met een betere maatschappelijke gezindheid te laten terugkeren.<sup>249</sup> Deze manier van speciale preventie lijkt de voorkeur te hebben omdat hier de criminele gedachten zijn

---

<sup>240</sup> Buruma 1999, p. 24. Verwijst naar dit probleem in andere woorden, hij stelt dat men er achter kwam dat strafoplegging belangrijk is.

<sup>241</sup> Zie voor de erkenning van de normatieve functie van het strafrecht: 't Hart 1997, p. 111. Langemeijer noemt deze functie ook. Zie: Langemeijer 1975, p. 13. En ook Blad 1996, p. 111, 265. Andenaes erkent naast de afschrikwekkende kant ook de normatieve kant van het strafrecht zie: Andenaes 1974, p. 116-117. Tesnslotte Buruma 1999, p. 23.

<sup>242</sup> Ten Voorde, Justitiële verkenningen 2008', p. 62.

<sup>243</sup> Langemeijer 1975, p. 14.

<sup>244</sup> Ten Voorde, Justitiële verkenningen 2008, p. 62. zie ook: de Jong 2009, p. 56. Hij schrijft deze functie toe aan de hele generale preventie, maar omdat in deze thesis een verdeling is gemaakt, kan zijn opmerking het best bij deze vorm van preventie worden geplaatst.

<sup>245</sup> Knigge 1988, p. 23.

<sup>246</sup> Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 326.

<sup>247</sup> Van Dijk 2008, p. 91. Zie ook ten Voorde, Justitiële verkenningen 2008, p. 60. Waarop hij overigens alleen de eerste twee methoden van speciale preventie erkent.

<sup>248</sup> Easton & Piper 2005, p. 110.

<sup>249</sup> Langemeijer 1975, p. 15.

weggenomen of verminderd, waardoor er, ook als er geen dreiging van een sanctie meer is, minder aandrang zal zijn voor de dader om opnieuw een delict te plegen. De laatste vorm van speciale preventie neemt de dader weg uit de samenleving zodat hij, gedurende deze tijd geen delicten meer kan plegen.<sup>250</sup> Hoewel deze laatste mogelijkheid in de praktijk het makkelijkst te realiseren is, lijkt het niet de meest geschikte manier om de dader te weerhouden van het plegen van strafbare feiten. Wanneer hij weer in de maatschappij terugkeert, zal hij weer misdrijven kunnen plegen. Het enige dat hem daarvan weerhoudt is hem levenslang opsluiten. En dat moet, vanwege de zeer ernstige gevolgen voor het leven van de dader, alleen worden overwogen wanneer de dader echt niet meer te verbeteren is en altijd een gevaar voor de maatschappij zal blijven vormen.

Bij twee van de drie bovenstaande manieren lijkt de vrije wil een rol te spelen. Zo moet de afschrikking leiden tot het niet meer durven plegen van een strafbare gedraging en leidt de resocialisatie tot het verminderen van de aandrang van het plegen van een strafbare handeling. Alleen het opsluiten lijkt echt zonder vrije wil te kunnen geschieden. Toch hoeft dit niet het geval te zijn. Wanneer er een strafrecht bedacht zal worden, waarin er geen vrije wil mag zijn, zal er vanuit gegaan worden dat de dader van een strafbaar feit zijn handelingen pleegt omdat de erfelijke factoren, genetische factoren of omstandigheden verkeerd waren, zie hiervoor nader paragraaf 2.4.4. Waarbij de erfelijke en de genetische factoren van groot belang zijn. Men pleegt om die reden strafbare feiten omdat de stimulus-responskoppeling in het brein niet goed functioneert, of in ieder geval de balans op de verkeerde manier doorslaat.<sup>251</sup> Deze balans kan verkeerd doorslaan omdat de verdachte, na veroordeling dader, geen effectief middel in het brein kent dat een moreel onverantwoorde handeling, als het plegen van een misdrijf, tot stoppen dwingt, of omdat de omstandigheden voor de dader te aantrekkelijk zijn. Een voorbeeld kan een stapel met bankbiljetten op een tafel zijn terwijl er niemand in de buurt is. De aantrekkingskracht om de bankbiljetten mee te nemen kan heel groot zijn, als er dan ook geen remming plaatsvindt in het brein, dan slaat de balans verkeerd door en zullen de biljetten worden meegenomen. De afschrikking poogt deze balans weer in de juiste banen te leiden, door een sanctie op het meenemen van de bankbiljetten te plaatsen, wordt het remmende effect in het brein aangewakkerd, waardoor de balans nu, misschien, wel in de juiste richting doorslaat.<sup>252</sup> De afschrikking heeft zodoende niet iets te maken met de vrije wil, maar met het beïnvloeden van de stimulus-responskoppeling, waardoor het ook in een strafrecht zonder vrije wil gebruikt kan worden. Een zelfde soort redenering kan worden geformuleerd voor het doel van de resocialisatie, omdat in het nieuwe systeem gestreefd wordt naar het wegnemen van de criminele gedachten door middel van therapie.<sup>253</sup> Deze manier van sanctioneren moet ertoe bijdragen dat de stimulus-responskoppeling, die leidt tot crimineel gedrag, wordt weggenomen, of in ieder geval zodanig wordt verminderd dat er geen criminele activiteiten meer uit voort zullen vloeien.<sup>254</sup> Dus ook bij de resocialisatie zal er niet ingespeeld worden op de wil van de verdachte, maar op de achterliggende hersenprocessen die het criminele gedrag veroorzaken. Ook kan er ingespeeld worden op de omstandigheden waarin de verdachte zich bevindt, zodat deze omstandigheden gunstig uitvallen om crimineel gedrag te voorkomen. In alle twee de gevallen lijkt de vrije wil geen belemmeringen op te werpen om resocialisatie als strafdoel te gebruiken. Derhalve lijkt het mogelijk om alle drie de elementen van de speciale preventie te gebruiken.

---

<sup>250</sup> Van Dijk 2008, p. 91.

<sup>251</sup> Lamme 2010, p. 285.

<sup>252</sup> Lamme 2010, p. 285.

<sup>253</sup> Zie hiervoor nader paragraaf 4.7 waarin de eventueel nieuw op te leggen sancties zullen worden besproken. Zie ook paragraaf 5.6 waarin de voor- en nadelen van deze nieuwe manier van sanctioneren aan het licht zullen komen.

<sup>254</sup> In het gegeven voorbeeld zou het wegnemen van misplaatste materiële behoeften of het aanleren van sociale waarden, waardoor men niet in de aandrang komt om het geld weg te nemen een idee zijn om het delict niet nogmaals te laten voorkomen. Opgemerkt door Lamme zie: Lamme 2010, p. 286.

#### 4.4 Het strafbare feit

Het strafbare feit kende twee retribuvistische elementen, zo bleek uit paragraaf 3.2.1.1. Deze twee elementen waren de menselijke gedraging, omdat de gewilde spierbeweging daar onderdeel van uitmaakt, en de schuld, lees in dit verband verwijtbaarheid, waaraan de gedraging te wijten moet zijn. Deze twee elementen zullen daarom op andere manieren moeten worden omschreven om het strafbare feit bruikbaar te houden in het nieuwe strafrecht. De menselijke gedraging is een onderdeel dat door bijna iedereen aan het strafbare feit wordt gekoppeld, maar feitelijk lijkt dat onjuist. De Hullu stelt "Strikt genomen is handelen of nalaten geen algemene voorwaarde voor een strafbaar feit, maar een bestanddeel bij de meeste delictsomschrijvingen. 'Meer niet'".<sup>255</sup> Er zijn een groot aantal delicten waarbij er geen sprake hoeft te zijn van doen of nalaten.<sup>256</sup> Daar tegenover staat dat er ook zeer veel delicten zijn waarbij er wel een handeling of nalaten wordt vereist. Voor deze gedragingen zal het begrip handelen moeten worden herschreven. Dit lijkt alleen mogelijk door het begrip handelen wezenlijk te veranderen. Het begrip nalaten levert in dit verband geen probleem op, dat kan objectief worden vastgesteld, je deed iets niet, waar de wet van je verlangde dat je iets ondernam. De gewilde spierbeweging is wel een probleem. Het zou een mogelijkheid zijn om de term "gewilde spierbeweging" te vervangen door een zin die hetzelfde inhoudt, maar in wezen blijft het strafrecht dan hetzelfde voorstaan, namelijk een bewuste handeling.<sup>257</sup> Terwijl bewustheid de vrije wil impliceert. Een strafrechtelijke handeling zal daarom, wanneer het een spierbeweging betreft, in het nieuwe strafrecht moeten worden opgevat als een handeling, niets meer niets minder. Of deze bewust is of niet, of het een reflex betreft of niet, doet niet ter zake. Het fysiek begaan van een strafrechtelijke handeling is hetgeen dat nodig is om strafbaar te zijn.

Het strafbare feit kent nog een probleem, namelijk het begrip schuld. Dit begrip geeft aan dat de menselijke gedraging, die onder de delictsomschrijving gebracht kon worden en wederrechtelijk is, verwijtbaar moest zijn. Deze verwijtbaarheid hield in, dat de handeling van de verdachte niet gedekt kon worden door een schulduitsluitingsgrond. Een term als schuld veronderstelt een vrije wil en zal om die reden moeten verdwijnen uit het strafrecht, of anders moeten worden uitgelegd, om het nieuwe strafrecht mogelijk te kunnen maken. Kwakman geeft hiervoor een mogelijkheid. Hij stelt dat we niet meer uit moeten gaan van verwijtbaarheid als schuld, maar van verwijtbaarheid als onaangepast gedrag vertonen door de verdachte.<sup>258</sup> Het lijkt aan de ene kant overbodig, maar aan de andere kant belangrijk om op te merken dat niet ieder onaangepast gedrag, dat een mens kan tonen, gesanctioneerd zal worden. Alleen gedragingen die wettelijk strafbaar gesteld zijn, komen voor sanctionering in aanmerking. Mocht iedere onaangepaste gedraging gesanctioneerd kunnen worden, dan zouden er geen zonderlinge individuen meer in de samenleving rond kunnen lopen, en dat is niet de intentie van het strafrecht. Wanneer men een strafbaar gestelde gedraging begaat, wordt dit gedrag beschouwd als onaangepast en wordt men beschouwd als een risico/gevaar voor de samenleving. Om die reden wordt men gesanctioneerd. Dit is alleen anders wanneer men rechtsgeldig een beroep kan doen op een in de wet neergelegde risico-uitsluitingsgrond. Deze manier van werken komt overeen met de manier die in het huidige strafrecht wordt gebruikt. Pas wanneer er geen schulduitsluitingsgronden aanwezig zijn, in het nieuwe systeem zullen dit risico-uitsluitingsgronden worden, zie hiervoor paragraaf 4.6, kan het gedrag de verdachte worden aangerekend.<sup>259</sup> Door het schuldbegrip, binnen het

---

<sup>255</sup> De Hullu 2009, p. 150.

<sup>256</sup> Te denken valt aan delicten waarbij het verboden is om het een en ander aanwezig te hebben. Ook kan er gewezen worden op de omstandigheid waarbij zich een strafbare situatie voordoet, dan is niet alleen de persoon strafbaar die de situatie veroorzaakt maar alle personen die meewerken aan de situatie. Zie: HR 19 januari 1931, *NJ* 1931, 145. En ook HR 9 maart 1948, *NJ* 1948, 370.

<sup>257</sup> Gewin 1907, p. 112. Hazewinkel-Suringa & Remmelink 1996, p. 160-161.

<sup>258</sup> Kwakman, *Ars Aequi* 2011, p. 858.

<sup>259</sup> Dit werd voor het huidige strafrecht eerder besproken in paragraaf 3.2.1.5. Zie ook De Hullu 2009, p. 67-68.

strafbare feit, op deze manier te omschrijven, hoeft er niet meer gesproken te worden over het begrip schuld. Daardoor ontstaat er ook geen probleem met de vrije wil, die aanwezig moet zijn om iemand van schuld te kunnen betichten. Om die reden zou het begrip verwijtbaarheid, ook in het nieuwe strafrecht, kunnen blijven bestaan.

Daardoor zou ook het hele begrip strafbare feit kunnen blijven bestaan. Dit begrip zou dan in gaan houden: een menselijke gedraging, zijnde en handelen of een nalaten, welke onder een delictsomschrijving gebracht kan worden, wederrechtelijk is en te wijten is aan onaangepast gedrag dat een risico vormt voor de samenleving als geheel of individuen in die samenleving.

#### **4.5 Andere bestanddelen**

Het huidige strafrecht kent drie belangrijke bestanddelen die uitgaan van vrije wil. Dit zijn de begrippen schuld, opzet en voorbedachte rade, zo bleek uit de paragrafen 3.2.3 tot en met 3.2.5.3. Deze begrippen kunnen dan ook niet worden overgenomen in het nieuwe strafrecht. Volgens Kwakman hoeft dit niet te betekenen dat we ons schuldstrafrecht moeten inruilen voor een op daadstrafrecht gebaseerde gevolgaansprakelijkheid.<sup>260</sup> Het schuldstrafrecht kon blijven bestaan omdat zowel het begrip schuld als het begrip opzet kon worden herschreven. Schuld zou moeten worden opgevat als onaangepastheid, waarbij de schuldsluitingsgronden de onaangepastheid van de dader konden laten verdwijnen, terwijl de omschrijving willens en wetens, onderdeel vormend van het bestanddeel opzet, kon worden gezien als een mix van interne en externe factoren die leiden tot een gevaarlijke gerichtheid.<sup>261</sup> Voor het bestanddeel voorbedachte rade droeg hij geen oplossing aan. Maar ook wanneer er wel een oplossing zou zijn gevonden en het strafrecht op deze manier zou worden vormgegeven, klinkt er toch nog behoorlijk wat van het retribuivisme in door. Dit komt omdat men, wanneer er voor deze oplossing wordt gekozen, een schuldstrafrecht blijft behouden, wat het meest fundamentele element voor een retributivistisch strafrecht is, en men tevens het begrip opzet blijft gebruiken.<sup>262</sup> Natuurlijk kan daarbij worden opgemerkt dat het schuldstrafrecht zoals Kwakman dat voorstelt wezenlijk afwijkt van het schuldstrafrecht zoals dat nu gebruikt wordt, maar het blijft een vorm van een schuldstrafrecht, en dat is, wil het strafrecht écht zonder retributivistische elementen kunnen, een lastig uit te leggen fenomeen. Ook blijft men, zoals zojuist al opgemerkt, het begrip opzet gebruiken. Het begrip opzet gebruikt men wel op een wat gekunstelde manier, zodat de vrije wil geen al te grote rol heeft, maar men blijft het begrip wel gebruiken. Hoewel deze werkwijze zijn positieve kanten heeft, er hoeft namelijk minder veranderd te worden dan wanneer er drastische wijzigingen worden uitgevoerd, bestaat er, althans in mijn opinie, ook één groot nadeel aan het nieuwe systeem. Het lijkt mij fundamenteel onjuist om een strafrecht, dat niet gedomineerd mag worden door de vrije wil, te schragen op een schuldstrafrecht. Omdat nou juist dit schuldstrafrecht het fundament van een retributivistisch strafrecht vormt. Als men werkelijk een strafrecht wenst te ontwikkelen waarin de vrije wil een zeer kleine rol krijgt, dan lijkt het er op dat er radicalere stappen moeten worden genomen. Er zou dan afgezien moeten worden van de bestanddelen voorbedachte rade, opzet en schuld en er zou overgeschakeld moeten worden naar een strafrecht dat zich richt op bestrijding van kwalijke gevolgen, wat meer aansluit bij een daadstrafrecht. Hierin speelt niet de wil van de verdachte de belangrijkste rol, maar de daad die gepleegd is en de kwalijke gevolgen die daaruit zijn

---

<sup>260</sup> Met deze omschrijving wordt er vanuit gegaan dat Nederland inderdaad een schuldstrafrecht kent, hoewel deze opvatting breed gedragen wordt, kunnen er ook wel kanttekeningen bij deze stelling worden geplaatst. Zie voor een auteur die zich afvraagt of Nederland wel echt een schuldstrafrecht kent: de Hullu 2009, p. 277-280.

<sup>261</sup> Kwakman, *Ars Aequi* 2011, p. 858.

<sup>262</sup> Zie Mevis 2009, p. 150. Hieruit blijkt dat het schuldstrafrecht fundamenteel is voor het retributivisme. Hoewel hij deze term niet letterlijk noemt, schrijft Mevis dat de verdachte de straf moet verdienen doordat hij schuld heeft.

voortgevloeid.<sup>263</sup> Men zou de bestanddelen dan moeten objectiveren. Een voorbeeld van een artikel zou dan kunnen worden: hij die iemand anders van het leven beroofd, wordt als pleger van doodslag gesanctioneerd met....<sup>264</sup> Een ander voorbeeld zou kunnen zijn: hij die een goed wegneemt, dat geheel of gedeeltelijk aan een ander toebehoort, zonder daarvoor toestemming gehad te hebben, wordt als pleger van diefstal gesanctioneerd met....<sup>265</sup>

## **4.6 Risico in het nieuwe strafrecht**

### **4.6.1 Verdachte die een risico vormt voor de maatschappij**

Zoals uit voorgaande paragrafen bleek, is het element van risico, dat de dader voor de maatschappij vormt, in het nieuwe systeem belangrijk, omdat het systeem probeert de maatschappij en individuen in de maatschappij te beschermen tegen verdachte die een risicofactor vormen. Een verdachte is een risicofactor wanneer hij, door het plegen van een delict, onaangepast gedrag vertoont waarvoor hij, ter verdediging van dat onaangepast gedrag, geen rechtsgeldig beroep kon doen op een wettelijk vastgelegde risico-uitsluitingsgrond.<sup>266</sup> Of de verdachte rechtsgeldig een beroep kan doen op een risico-uitsluitingsgrond, zal gedurende de behandeling van de derde vraag van artikel 350 Wetboek van Strafvordering aan bod komen. Op die manier wordt er aansluiting gezocht bij het huidige strafrecht, omdat ook in dat strafrecht de strafuitsluitingsgronden worden besproken bij de derde materiële vraag.<sup>267</sup> Wat deze gronden voor het nieuwe systeem zijn, zal in de volgende paragraaf worden besproken. Het tweede aspect, dat in het nieuwe systeem, bij de derde materiële vraag zal worden besproken, is of de verdachte een risicofactor vormt in de toekomst. Wat voor hem zou betekenen dat de sanctie die opgelegd wordt bij de vierde vraag van artikel 350 Wetboek van Strafvordering, zou kunnen worden verzwaaard.<sup>268</sup> Dit zal in paragraaf 4.6.3 worden besproken.

### **4.6.2 Risico-uitsluitingsgronden**

Door het strafbare feit te omschrijven als een menselijke gedraging die onder een delictsomschrijving gebracht kan worden, wederrechtelijk is en te wijten is aan onaangepast gedrag dat een risico vormt voor de samenleving of individuen in die samenleving, wordt er voor de verdachte een mogelijkheid geschapen zichzelf te ontdoen van de sanctie door rechtsgeldig een beroep te doen op een risico-uitsluitingsgrond. Dit is zo omdat de verdachte in beginsel wordt beschouwd als een risico voor de samenleving of individuen in die samenleving, omdat hij een strafbaar gestelde gedraging heeft begaan. Echter wanneer de

---

<sup>263</sup> Broers 2012, p. 96, 98. Broers 2003, p. 34-35.

<sup>264</sup> Dit artikel is gebaseerd op het huidige art. 287 WVSR.

<sup>265</sup> Gebaseerd op het huidige art. 310 WVSR.

<sup>266</sup> Dit vloeit voort uit de manier waarop het strafbare feit in het nieuwe systeem is opgebouwd. Een menselijke gedraging die onder een delictsomschrijving gebracht kan worden, wederrechtelijk is en blijf geeft van onaangepast gedrag dat een risico vormt voor de maatschappij. Zie hiervoor paragraaf 4.4.

<sup>267</sup> Uitzondering op deze regel vormen de niet-ideaaltypische delictsomschrijvingen die in het huidige strafrecht gebruikt worden. Bij deze delicten zijn wederrechtelijkheid en/of schuld een bestanddeel en dienen zij, wanneer zij een bestanddeel zijn, bewezen te worden bij de eerste materiële vraag van artikel 350 Wetboek van Strafvordering. Zie Koopmans 2007, p. 90-104.

<sup>268</sup> Hoewel in het huidige strafrecht de sanctie niet zou worden verzwaaard omdat er een maatregel kon worden opgelegd, is dit in het nieuwe systeem niet meer het geval, waardoor de sanctie als zodanig wordt verzwaaard. Zie voor de bespreking van de sanctie in het nieuwe systeem paragraaf 4.7.

verdachte kan aantonen dat hij rechtsgeldig een beroep kan doen op een in de wet neergelegde risico-uitsluitingsgrond zal hij niet langer worden beschouwd als een risico voor de samenleving of individuen in die samenleving en om die reden niet worden gesanctioneerd. Deze manier van opbouwen van het strafbare feit voorkomt dat een persoon niet gesanctioneerd zou kunnen worden, wanneer hij een delict pleegt dat zeer ernstig is, maar waarvan gesteld kan worden dat het begaan van de strafbaar gestelde handeling, door de aard van het delict geen risico meer op zal leveren voor de maatschappij.<sup>269</sup> Tevens kan met het aannemen van risico-uitsluitingsgronden het probleem worden voorkomen dat in het bekende, oude daadstrafrecht gold. In dat strafrecht was er bijna geen mogelijkheid om aan de sanctie te ontkomen, zodra je een delict had gepleegd.<sup>270</sup> Omdat in het nieuwe systeem ook gebruik gemaakt zal worden van objectief omschreven bestanddelen, leek dit gevaar ook aanwezig voor het nieuwe systeem. Echter, door het strafbare feit op de hierboven beschreven manier vorm te geven, kan dit probleem worden voorkomen.

De risico-uitsluitingsgronden die een verdachte rechtsgeldig kan inroepen, zullen bestaan uit een aantal van de strafuitsluitingsgronden die ook in het huidige strafrecht worden gebruikt en waarvan gesteld kan worden dat deze toepasbaar zijn in een strafrecht waarin de vrije wil geen rol mag spelen. De eerste risico-uitsluitingsgrond betreft het uitvoeren van een wettelijk voorschrift.<sup>271</sup> Indien men een strafbare gedraging begaat en om die reden beschouwd wordt als een risico, maar dit deed omdat de wet voorschreef dat de verdachte dit moest doen, dan kan hij niet als een risico worden beschouwd. Immers, de verdachte volgde de wet en deze bracht de verdachte in de omstandigheid waarin hij een andere wettelijke bepaling overtrad.<sup>272</sup> Wel zal, wil de verdachte rechtsgeldig een beroep kunnen doen op deze rechtvaardigingsgrond, steeds afgewogen moeten worden of de bepaling die de gedraging voorschreef, die het begane feit veroorzaakte, als enigszins dwingend kan worden beschouwd en zal er ook steeds gekeken moeten worden of de verdachte de door de wet opgelegde gedraging conform de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit heeft uitgevoerd.<sup>273</sup> Van een vrije wil is bij deze uitsluitingsgrond geen sprake, de verdachte diende het wettelijke voorschrift te volgen, deze verplichtte hem daartoe, en dus kan deze uitsluitingsgrond worden gebruikt. Nu komt deze rechtvaardigingsgrond in het huidige strafrecht nauwelijks voor, dus de verwachting is dat deze ook in het nieuwe systeem niet veel voor zal komen. Een tweede risico-uitsluitingsgrond zal gevormd worden door het bevoegd gegeven ambtelijke bevel dat door de verdachte is opgevolgd, waardoor hij een strafbare gedraging heeft begaan.<sup>274</sup> Het moet hier gaan om een bevel dat verplichtend is en dat mondeling, schriftelijk of in gebaar is gegeven aan de verdachte.<sup>275</sup> Dat het om een verplichting moet gaan en er dus geen keuze gelaten wordt aan de verdachte, blijkt uit een arrest van de Hoge Raad, waarin een zaak beschreven werd waarin tegen een dronken automobilist gezegd werd, door een parkeerwachter, dat hij zijn auto weg moest zetten omdat deze anders werd weggesleept. Toen de automobilist dit deed werd hij aangehouden

---

<sup>269</sup> Gedacht kan worden aan een voorbeeld waarin een kind een van zijn ouders dood, omdat het al zijn hele leven een slechte band heeft met die ouder. Men zou kunnen stellen dat een dader die een dergelijk delict pleegt geen risico voor de maatschappij vormt, omdat de betreffende ouder niet meer zal terugkeren op aarde, en dat de dader daarom ongestraft zou moeten blijven. Echter, een dergelijke manier van sanctioneren zou een verkeerd beeld afgeven aan de maatschappij en zou niet bijdragen aan de preventie van criminaliteit. Zie voor een ander voorbeeld Verplaetse 2011, p. 143.

<sup>270</sup> Broers 2012, p. 96. Zo was een van de weinige gronden die men als verdachte in het bekende, Germaanse strafrecht kon aanvoeren om aan straf te ontkomen, dat hij een stamlid had gedood dat vredeloos was verklaard en dat zich nog steeds op het grondgebied van de stam bevond. Dergelijk gedrag van het stamlid mocht namelijk beantwoord worden met het doden van het stamlid, Broers 2012, p. 40.

<sup>271</sup> Art. 42 WVSR.

<sup>272</sup> HR 30 januari 1928, *NJ* 1928, 215. Zie voor een nadere bespreking van deze rechtvaardigingsgrond, in het nieuwe strafrecht risico-uitsluitingsgrond: de Hullu 2009, p. 330-333.

<sup>273</sup> De Hullu 2009, p. 331-332. Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 126.

<sup>274</sup> Art. 43 lid 1 WVSR.

<sup>275</sup> De Hullu 2009, p. 333. Zie ook: Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 127.

en pleegde hij een strafbaar feit, hij reed immers met te veel alcohol op. De Hoge Raad nam geen bevoegd gegeven ambtelijk bevel aan omdat de automobilist, in het gegeven bevel, een keuze gelaten werd.<sup>276</sup> Juist deze verplichtende omstandigheid maakt deze uitsluitingsgrond bruikbaar in het nieuwe systeem omdat het geen vrije wil bij de verdachte noodzakelijk maakt. Samenhangend met de vorige uitsluitingsgrond, zal ook het te goeder trouw opgevolgde, niet bevoegd gegeven ambtelijke bevel als een risico-uitsluitingsgrond worden beschouwd.<sup>277</sup> Het gaat hierbij om bevelen die snel nadat zij gegeven zijn moeten worden opgevolgd door de ondergeschikte, al dan niet zijnde iemand in overheidsdienst en waarbij niet verwacht mag worden van de verdachte dat hij controleert of het bevel wel door een bevoegde instantie is gegeven.<sup>278</sup> Ook hier speelt de vrije wil geen rol, als ondergeschikte word je geacht bevelen van meerdere op te volgen en als je dat te goeder trouw doet, in de uitoefening van je ambt, dan word je dat niet aangerekend. Maar ook deze uitsluitingsgrond komt bijna niet voor, dus hoewel deze zal worden toegevoegd aan het nieuwe systeem, is de verwachting dat er niet vaak gebruik van zal hoeven worden gemaakt. Een volgende risico-uitsluitingsgrond zal de rechtsdwaling betreffen, hoewel deze in het huidige strafrecht niet is gecodificeerd, kan deze in het nieuwe systeem worden gecodificeerd en daarna gebruikt.<sup>279</sup> Deze uitsluitingsgrond houdt in dat men handelde op basis van informatie omtrent het recht, die men gekregen had van een instantie die als voldoende deskundig kon worden beschouwd en waarop de verdachte mocht vertrouwen.<sup>280</sup> Ook hier kan weer worden gesteld dat het gaat om een gezagsrelatie, de verdachte had informatie ingewonnen bij een betrouwbare organisatie en heeft gehandeld aan de hand van die informatie. Als hij daardoor onaangepast gedrag vertoont, doordat hij een strafbare gedraging begaat, kan hem dat niet worden aangerekend. Vanwege de gezagsverhouding is hier ook geen sprake van vrije wil, de situatie waarin de verdachte terecht kwam had niets met de vrije wil te maken, maar met verkeerde, door het gezag gegeven informatie. Tot nu toe is er slechts gesproken over risico-uitsluitingsgronden die op basis van, door het gezag gegeven bevelen of informatie, rechtsgeldig konden worden ingeroepen. Alleen deze risico-uitsluitingsgronden toestaan in het nieuwe systeem, lijkt niet voldoende omdat de uitsluitingsgronden die tot dusver behandeld zijn, niet heel veel gebruikt worden. Daarom zal nu de aandacht worden verlegd naar meer gebruikte strafuitsluitingsgronden, welke niet afhankelijk zijn van het gezag. De overmacht door noodtoestand zal ook in het nieuwe systeem kunnen worden gebruikt ter rechtvaardiging van onaangepast gedrag.<sup>281</sup> Men zou kunnen betogen dat overmacht door noodtoestand afhankelijk is van de vrije wil, omdat men toch een keuze heeft. Zo kan men, wanneer een huis in brand staat, op zijn of haar gemak het huis uitlopen en op die manier voorkomen dat er een botsing zal ontstaan tussen de verdachte en een toevallige passant, die, zo laten we aannemen om het voorbeeld te verergeren, daarbij lelijk valt en om het leven komt. Maar een dergelijke houding kan vanuit de natuur van de mens niet worden verlangd. Dieren vluchten al eeuwen lang voor bosbranden, met het doel zo snel en zo ver mogelijk bij het vuur vandaan te komen. Datzelfde doen mensen wanneer hun huis afbrandt. Er ontstaat dan een biologisch oergevoel, men zal of tegen de brand willen vechten, of men zal verstarren of vluchten.<sup>282</sup> Dit zijn automatische reacties waarover de mens niet nadenkt.<sup>283</sup> Indien men vlucht en dus zo snel mogelijk het gevaar wil verlaten, op zoek naar veiligheid, doet men dat dus niet vanuit

---

<sup>276</sup> HR 6 maart 1990, *NJ* 1990, 837.

<sup>277</sup> Art. 43 lid 2 WVSR.

<sup>278</sup> De Hullu 2009, p. 334.

<sup>279</sup> Hoewel niet gecodificeerd is het wel een strafuitsluitingsgrond. De Hoge Raad heeft de rechtsdwaling in zijn jurisprudentie erkent. Zie: HR 22 november 1949, *NJ* 1950, 180.

<sup>280</sup> Dit volgt uit: HR 13 november 1960, *NJ* 1961, 416. Later bevestigt in: HR 9 oktober 1990, *NJ* 1991, 131. En ook in: HR 4 april 2006, *NJ* 2007, 144. Zie nader Jörg Kelk en Klip 2012, p. 135. En ook de Hullu 2009, p. 359-360.

<sup>281</sup> Art. 40 WVSR. Hierin ingelezen door de Hoge Raad, zie: HR 15 oktober 1923, *NJ* 1923, 1329.

<sup>282</sup> Wever, van Someren, Stienstra & Klunder 2007, p. 38-39.

<sup>283</sup> Wever, van Someren, Stienstra & Klunder 2007, p. 38-39.

een vrije wil maar vanuit een eeuwenlang ingesleten biologisch patroon.<sup>284</sup> Om die reden kan de uitsluitingsgrond in het nieuwe strafrecht gebruikt worden. Het lijkt wenselijk om deze grond in te voeren omdat, hoe erg het hierboven geschetste voorbeeld voor het slachtoffer en de nabestaande ook is, niet gesteld kan worden dat een verdachte die in zijn, door biologisch ingegeven vlucht drang iemand dood loopt, als een risico voor de maatschappij beschouwd moet worden en derhalve moet worden gesanctioneerd. Voor dergelijke situaties is het strafrecht niet bedoeld. De een na laatste risico-uitsluitingsgrond wordt gevormd door het begrip noodweer.<sup>285</sup> Deze strafuitsluitingsgrond is enorm oud en is derhalve niet weg te denken uit het sanctierecht, Hazewinkel-Suringa en Rammelink spreken dan ook niet van een plaats veroveren in het strafrecht, maar over een plaats behouden.<sup>286</sup> Dit lijkt niet vreemd omdat net als bij de vorige uitsluitingsgrond, ook hier een oergevoel een rol speelt. Als men echt niet anders kan, als er geen andere mogelijkheid is, dan zal men zichzelf, dierbaren of spullen verdedigen tegen aanvallers.<sup>287</sup> Om die reden en vanwege de strekking van het artikel, lijkt deze risico-uitsluitingsgrond ook gebruikt te kunnen worden in het nieuwe strafrecht. In dit verband moet gewezen worden op artikel 41 lid 1 Wetboek van Strafrecht omdat dit artikel noodweer uitsluitend toestaat als het echt niet anders kan, als er geen andere opties meer open staan voor de verdediger.<sup>288</sup> Zo zal een persoon eerst een poging moeten doen om aan de aanval te ontkomen, bijvoorbeeld door te vluchten, of te zien of de aanvaller niet op ander gedachte gebracht kan worden met woorden, alleen als dit allemaal niet werkt en er onmiddellijk gevaar dreigt, mag er rechtsgeldig gebruik worden gemaakt van het recht op verdediging. Dus alleen wanneer het oergevoel, waarbij de vrije wil niet van belang is, ter sprake komt, zal noodweer worden aanvaard. Ook in hetgeen beschermd mag worden door een verdedigingshandeling, die als noodweer gekenmerkt kan worden, ligt besloten dat het moet gaan om echt belangrijke dingen. Zo kan men niet uit noodweer handelen tegen iemand die de vrede in het huis verstoort, tenzij deze persoon ook zaken beschadigt of als er direct fysiek gevaar dreigt voor jezelf of andere personen in huis.<sup>289</sup> Op die manier wordt wederom ingespeeld op het oergevoel, het niet bestaan van alternatieven. Wanneer van een dergelijke situatie sprake is, zal men, ook in het nieuwe systeem, niet worden beschouwd als een risico voor de maatschappij en zal derhalve geen sanctie aan de verdachte worden opgelegd. De laatste risico-uitsluitingsgrond is nauw verbonden met de noodweer en betreft de noodweerexces.<sup>290</sup> Voor noodweerexces zijn dezelfde omstandigheden nodig als voor noodweer, dus wederom handelt men uit een oergevoel, men had geen keus en diende een verdedigingshandeling te begaan. Maar het verschil met de noodweer is dat men bij noodweerexces te veel geweld heeft gebruikt. Dat men te veel geweld heeft gebruikt, wordt alleen geaccepteerd wanneer de verdachte kan aantonen dat dit voortvloeide uit een hevige gemoedsbeweging die direct volgde op de geboden verdedigingshandeling die de verdachte moest uitvoeren.<sup>291</sup> Hierbij is ook geen sprake van een vrije wil, men moest zichzelf verdedigen en is daarin vanwege de omstandigheden die het "slachtoffer" van het geweld heeft veroorzaakt in terecht gekomen. Daarom zal ook deze uitsluitingsgrond in het nieuwe strafrecht worden toegestaan. Daarbij verdient nog opmerking dat niet alles bij noodweerexces is toegestaan, er moet écht sprake zijn van een handeling die voortvloeide uit een hevige gemoedsbeweging die het ogenblikkelijke gevolg was van de

---

<sup>284</sup> Wever, van Someren, Stienstra & Klunder 2007, p. 39.

<sup>285</sup> Art. 41 lid 1 WVSR.

<sup>286</sup> Hazewinkel-Suringa & Rammelink 1996, p. 313.

<sup>287</sup> Dit gebeurt zeer vaak in de natuur. Moeders die hun kinderen beschermen tegen roofdieren. Ouders die hun nesten beschermen tegen indringers. Prooien die vechten voor hun leven tegen aanvallers die hen wat aan willen doen. De Hullu spreekt in dit verband over het natuurrechtelijke karakter van noodweer. De Hullu 2009, p. 307.

<sup>288</sup> Jörg, Kelk en Klip 2012, p. 123. de Hullu 2009, 315.

<sup>289</sup> HR 14 april 1998, *NJ* 1998, 662.

<sup>290</sup> Art. 41 lid 2 WVSR.

<sup>291</sup> De Hullu 2009, p. 317.



aanval, waarbij er wel disproportioneel geweld mag worden gebruikt, maar dit geweld ook weer niet overdreven moet worden.<sup>292</sup>

Derhalve kan dus geconcludeerd worden dat er in het nieuwe strafrecht een heel scala aan risico-uitsluitingsgronden bestaan die de verdachte kunnen behoeden voor een sanctie. Waarbij er bij de minst gebruikte sprake is van een verplichting of een gerechtvaardigd vertrouwen voortvloeiende uit een gezagsverhouding. En bij de meest gebruikte geen sprake is van een vrije wil, maar van een biologisch ontstaan oergevoel, dat de mens nou eenmaal in zich heeft zitten. Waardoor al deze rechtvaardigingsgronden geschikt zijn in een strafrecht dat geen gebruik maakt van een vrije wil.

### 4.6.3 Verdachte die een risico in de toekomst vormt

In de vorige twee paragrafen is uitgebreid stilgestaan bij wat een risico voor de maatschappij is en op welke manier een verdachte zich rechtsgeldig kan beroepen op een risico-uitsluitingsgrond. In deze paragraaf zal de aandacht worden verlegd naar het tweede aspect, dat in het nieuwe systeem behandeld wordt gedurende de bespreking van de derde vraag van artikel 350 Wetboek van Strafvordering. Dit aspect betreft het risico dat de verdachte in de toekomst zou kunnen vormen voor de maatschappij. Deze bespreking, zo merkt Moerings mijns inziens terecht op, is een actief element in het strafrecht, dat van nature reactief en repressief is.<sup>293</sup> Maar toch is het op een goede manier inschatten van toekomstige risico's van groot belang voor het strafrecht. Verdachten, waarvan men denkt dat zij na een veroordeling toch ook nog in de toekomst gevaarlijk voor de maatschappij zullen zijn, dienen, ter bescherming van de maatschappij, onschadelijk te worden gemaakt of te worden genezen. Als dat langer moet duren dan de oorspronkelijke sanctie toestaat, dan moeten deze verdachte anders worden behandeld dan de "gewone" verdachten en moet hen een andere sanctie worden opgelegd.<sup>294</sup> Deze groep verdachten, na veroordeling daders, bestaat uit twee categorieën, zij die door het telkens weer plegen van delicten overlast veroorzaken voor de maatschappij en zij die gevaarlijk worden geacht vanwege een stoornis.<sup>295</sup> De eerste groep verdachten zou in het nieuwe systeem op dezelfde manier behandeld kunnen worden als in het oude systeem, door de sanctie, ook voor delicten die individueel niet heel zwaar zijn een langere sanctie op te leggen, dit omdat het al de zoveelste keer is dat de verdachte een delict pleegt. Waarbij, bij de invoering van het systeem, gekeken zal moeten worden op welke manier men een dergelijke risicogroep wil definiëren. In het huidige strafrecht zijn er twee omschrijvingen: 1. In vijf aaneengesloten jaren wordt men driemaal verdacht van een misdrijf, zonder dat de verdachte werd vrijgesproken of de zaak werd afgedaan, overgedragen of vanwege een technische reden werd geseponneerd.<sup>296</sup> 2. MeEr moeten zich meer dan tien antecedenten in de gehele criminele carrière van de verdachte hebben voorgedaan.<sup>297</sup> De tweede categorie verdachten zal in het nieuwe systeem ook gebruikt worden. Van belang is niet of door de ziekelijke stoornis de vrije wil van de verdachte aangetast zal kunnen worden, maar of de gebrekkige ontwikkeling en de ziekelijke stoornis van de geestvermogens invloed hebben op de stimulus-respons koppeling in de hersenen

---

<sup>292</sup> HR 8 april 2008, *NJ* 2008, 312. Zie nader de Hullu 2009, p. 317-318.

<sup>293</sup> Moerings 2003, p. 9.

<sup>294</sup> Dat verschillende verdachten verschillend behandeld mogen worden, merkt Buruma op: Buruma 2003, p. 6. Ook Thomas Nagel lijkt een dergelijk verschil in behandeling toe te staan, hoewel hij zijn essay meer richtte op het gehele recht, dan op het specifieke strafrecht. Zie: Nagel 2002, p. 126-127.

<sup>295</sup> Aan de eerste categorie wordt in het huidige strafrecht een ISD-maatregel opgelegd, zie art. 38m WVSR. De tweede categorie daders kan bij delicten waar geen acht jaren gevangenisstraf op staat in een psychiatrisch ziekenhuis worden geplaatst en bij delicten waarop een maximale gevangenisstraf is geplaatst die hoger is dan 8 jaren, kan er een TBS-maatregel worden opgelegd. Zie respectievelijk art. 37 WVSR en art. 37a WVSR.

<sup>296</sup> Wartna & Tollenaar 2002, p. 10-12.

<sup>297</sup> Zie de landelijke criminaliteitskaart 2002 en de daarop volgende criminaliteitskaarten.

die het plegen van delicten veroorzaken. Indien de stoornis daartoe bijdraagt, is een verdachte met een dergelijke ziekelijke stoornis een groter gevaar dan een “gewone” verdachte, bij wie ook een verstoring in de stimulus-responskoppeling voorkwam, immers hij pleegde delicten, maar deze niet versterkt wordt door een extra stoornis. De inschatting van het risico dat de verdachte vormt, zal op dezelfde manier geschieden zoals het in het huidige strafrecht plaatsvindt, dus door gebruik te maken van statische en dynamische risicofactoren.<sup>298</sup> Met die toevoeging dat er bij de laatste categorie verdachten gekeken moet worden naar de invloed op de stimulus-responskoppeling in het brein. Om aan kritiek gehoor te geven dat dergelijke inschattingen per definitie fouten in zich herbergen omdat het voorspellingen zijn, zoals Moerings stelt, kan er hier gebruik worden gemaakt van de neurowetenschap.<sup>299</sup> De neurowetenschap zou de voorspellingen van risico’s namelijk kunnen verbeteren, zo stelt Lamme, doordat op hersenscans goed te zien is welke waarden er zich in het brein bevinden en tevens te zien is onder welke omstandigheden deze waarden verhogen of verlagen.<sup>300</sup> Door de omstandigheden en de waarden met elkaar te combineren, kan dan ingeschat worden hoe men zal reageren op een bepaalde situatie. Op die manier kan men de inschatting van het risico verbeteren en zo de kansen op fouten verkleinen.

Op bovenstaande manieren kan er aangesloten worden bij de handelingswijze van het huidige strafrecht, zonder dat daarbij de vrije wil een rol speelt. Op die manier kunnen daders die extra risicovol zijn, in de toekomst, toch uit de samenleving worden gehaald en kan er gepoogd worden de maatschappij tegen dergelijke risicofactoren te beschermen.

## **4.7 Sanctioneren in het nieuwe systeem**

### **4.7.1 Verschillen in sanctioneren**

In het huidige strafrecht kan er zowel een straf als een maatregel worden opgelegd.<sup>301</sup> Dit tweesporenstelsel kan niet worden gebruikt omdat het woord “straf” verwijtbaarheid impliceert. Het doel van preventie en beveiliging van de maatschappij kan worden nagestreefd door middel van het opleggen van een maatregel.<sup>302</sup> Dit roept wel de vraag op, of het overschakelen van een tweesporenstelsel naar een maatregelenrecht, fundamentele verschillen, wat betreft het sanctioneren, met zich meebrengt? Er zijn, wanneer de straffen en maatregelen als collectief tegen elkaar worden afgezet, twee fundamentele verschillen te bespeuren. Het eerste verschil is zojuist al kort genoemd. Waar een straf ziet op het vergelden van een strafbare gedraging, ziet de maatregel op het beveiligen van de maatschappij, door middel van preventie, en op het herstellen van schade, zodat de situatie weer is, zoals deze was voor de strafbare gedraging plaatsvond.<sup>303</sup> Het is bij een aantal maatregelen zelfs niet eens nodig dat de verdachte is veroordeeld voor het strafbare feit

---

<sup>298</sup> Moerings 2003, p. 13. Lamme merkt hierover op dat gedrag in het verleden gedrag in de toekomst kan voorspellen: Lamme 2010, p. 286.

<sup>299</sup> Moerings 2003, p. 14.

<sup>300</sup> Lamme 2010, p. 287, 288.

<sup>301</sup> De straffen staan vermeld in art. 9 WVSR. De maatregelen in het volwassenen strafrecht zijn: plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis art. 37 lid 1 WVSR. De TBS-maatregel art. 37a lid 1 WVSR. ISD-maatregel art. 38m lid 1 WVSR. Onttrekking aan het verkeer art. 36b lid 1 WVSR. Ontneming wederrechtelijk verkregen voordeel art. 36<sup>e</sup> lid 1 WVSR. En tenslotte de schadevergoedingsmaatregel art. 36f WVSR.

<sup>302</sup> Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 324. Mevis 2009, p. 829.

<sup>303</sup> De TBS-maatregel, de plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis, onttrekking aan het verkeer en de ISD-maatregel streven beveiliging van de maatschappij na. De ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel en de schadevergoedingsmaatregel streven herstel na.

waarvan hij verdacht werd.<sup>304</sup> Een tweede verschil is dat de straf, omdat deze is opgelegd ter vergelding van een delict, binnen een door de wetgever aangegeven bandbreedte moet blijven. Waarmee de proportionaliteit van de straf in de wet wordt gewaarborgd.<sup>305</sup> Bij een maatregel hoeft dit niet per definitie omdat het delict slechts de aanleiding vormt van de maatregel. Het delict is niet de reden waarom de maatregel wordt opgelegd. Die reden bestaat uit één van de hierboven genoemde doelen. De maatregel mag dan ook zoveel tijd in beslag nemen, of de verdachte zoveel geld kosten als dat nodig is om de doelen te verwezenlijken. De maatregel hoeft derhalve niet proportioneel te zijn aan de ernst van het gepleegde delict, of althans hoeft dat veel minder te zijn dan de straf.<sup>306</sup>

#### 4.7.2 Hoe te sanctioneren.

Deze laatste constatering plaatst het nieuwe strafrecht wel voor een probleem, omdat het nieuwe strafrecht beoogt proportioneel te sanctioneren. De beste oplossing voor dit probleem lijkt een maatregel te ontwikkelen, die zo proportioneel mogelijk is en waarbij rekening gehouden wordt met de neurowetenschap. Een voorstel voor een dergelijke sanctie zou kunnen zijn een combinatie tussen de huidige gevangenisstraf en de TBS-Maatregel. Het gedeelte van de gevangenisstraf dat overgenomen zou moeten worden, is in eerste instantie de vaste termijn die door de wetgever wordt vastgesteld, waardoor de proportionaliteit, die afhangt van het gepleegde delict en het risico dat de dader voor de maatschappij of individuen in de maatschappij vormt, van de sanctie kan worden gewaarborgd. Men weet dan immers hoe lang men uit de maatschappij zal zijn voor het gepleegde delict, wat voor zekerheid zorgt. Ten tweede kan de negatieve generale preventie door middel van afschrikking van de gevangenisstraf, worden meegenomen. Dit omdat de maatschappij ziet dat je als dader wordt opgesloten, waardoor de burgers zullen zien dat het niet loont om misdrijven te plegen. Deze afschrikking zal misschien niet voor iedereen in de maatschappij werken, omdat ieder brein van ieder individu in de maatschappij verschillend is en afschrikking misschien niet in ieder brein even zwaar meeweegt bij het beïnvloeden van de stimulus-responskoppeling.<sup>307</sup> Maar het blijft een goed doel om na te streven, zelfs als het maar een kleine groep over zou halen de strafbare gedraging niet meer te plegen.<sup>308</sup> Ten derde kunnen gedeeltes van de resocialisatieprogramma's, die in de gevangnissen worden gebruikt, worden meegenomen.<sup>309</sup> Deze kunnen bijdragen aan een betere resocialisatie van de dader, en derhalve zorgen voor een grotere maatschappelijke gezindheid wanneer hij weer in de maatschappij zal terugkeren. Uit de TBS-maatregel kan dan de therapie worden overgenomen, waardoor de sanctie een volledig ander karakter krijgt. In plaats van veel vergelding en een beetje resocialiseren, wordt er overgeschakeld op een sanctie die vanaf

---

<sup>304</sup> Mevis 2009, p. 828. Dat de dader veroordeeld moet zijn voordat de maatregel kan worden opgelegd, geldt wel bij de ISD-maatregel, de ontneming wederrechtelijk voordeel en de schadevergoedingsmaatregel. Zie respectievelijk art. 38m lid 1 WVSR, art. 36<sup>e</sup> lid 1 WVSR en art. 36f lid 1 WVSR.

<sup>305</sup> Zie bijvoorbeeld de Jong 2009, p. 35.

<sup>306</sup> Mevis 2009, p. 828. Moerings 2003, p. 8.

<sup>307</sup> Lamme 2010, p. 280. Hij merkt hierbij op dat er altijd een groepje mensen zal zijn dat zich niet zal laten afschrikken en die dus gewoon delicten zullen plegen. Lamme 2010, p. 280.

<sup>308</sup> Dat de afschrikking niet voor iedereen zal werken, wordt ook aangevoerd door Elffers. Zie Elffers, Justitiële verkenningen 2008, p. 87-88. Hij doet dit overigens op andere gronden dan dat Lamme dat deed, zie de vorige voetnoot. Hij baseert deze gedachte op de 3 fasen van Kelman 1. voegen naar regels 2. identificeren met de regels 3. internaliseren van de regels. Zie: Kelman, Public Opinion Quarterly 1961. Alleen voor de regelvoegers zou afschrikking werken. En die groep acht Elffers niet groot omdat moreel iedereen de zaken afkeurt waar gevangenisstraf op staat. En men zich daarom automatisch aan die regels houdt. Tegengeluid komt bijvoorbeeld van Patijn, die denkt dat afschrikking wel werkt. Zie Patijn 1938, p. 24.

<sup>309</sup> Programma als bedoeld in art. 4 penitentiaire beginselen wet. En de artikelen 5 tot en met 10 van de penitentiaire maatregel.

het begin probeert de dader te veranderen. De therapie ziet er op toe om de dader van zijn criminele gedachten af te helpen, of deze te verminderen, om op die manier de speciale preventie zo goed mogelijk vorm te kunnen geven. Dit lijkt een goede manier van werken omdat de recidivecijfers van TBS-patiënten structureel lager zijn dan de recidivecijfers van delinquenten die uit de gevangenis komen.<sup>310</sup> In deze manier van opzetten van de sanctie ligt meteen een uitdaging voor de neurowetenschap. Deze wetenschap zal moeten vaststellen welke therapie het beste past bij welke criminele gedachte, zodat de speciale preventie kan worden versterkt.<sup>311</sup> Omdat de sanctie niet alleen gericht is op proportionaliteit, maar ook op bescherming van de maatschappij tegen risico's, kan er aan het eind van de sanctie een proeftijd worden toegevoegd. Wanneer de dader dan nogmaals in de fout gaat, kan hij voor een langere tijd worden opgesloten om opnieuw therapie te ondergaan. Deze proeftijd maakt gebruik van de afschrikwekkende kant van de speciale preventie. In het kader van risicobestrijding moet er ook overwogen worden wat er gebeurt wanneer de dader niet mee wenst te werken aan de therapie, en zodoende de sanctie geen kans geeft. Een oplossing hiervoor zou kunnen zijn de sanctie met een bepaalde termijn te verhogen, wanneer blijkt dat de dader niet bereid is medewerking te verlenen. Deze laatste, niet gewenste methode, maakt gebruik van de derde functie van de speciale preventie, de opsluiting van de dader zodat hij geen delicten kan plegen. Door de sanctie op deze manier vorm te geven, kunnen de generale preventie en de speciale preventie op een goede manier met elkaar samenwerken om het kleinst mogelijke risico voor de maatschappij te scheppen. Mocht er schade zijn ontstaan bij het slachtoffer dan lijkt het vanuit praktisch oogpunt, een goed idee om de schadevergoedingsmaatregel toe te staan, zodat de schade hersteld kan worden. Op deze manier kan er naast dat er gewerkt wordt aan preventie, ook worden bijgedragen aan de tevredenheid in de maatschappij, door het slachtoffer het zo makkelijk mogelijk te maken de geleden schade te verhalen.

De hierboven omschreven sanctie kan alleen werken wanneer er een vrijheidsbenemende sanctie op het strafbare feit wordt geplaatst. Wanneer een overtreding daarvoor te licht is, zal er naar een andere maatregel moeten worden gezocht. Afschrikking zou dan wel eens niet de juiste methode kunnen zijn, omdat de burgers de regels alleen maar volgen omdat ze in de wet staan, niet omdat ze het er per definitie mee eens zijn.<sup>312</sup> Dit omdat deze regels minder zware delicten bevatten en daarom niet zo snel zullen leiden tot duidelijke, morele afkeuring. Als voorbeeld wordt de geldboete gegeven bij snelheidsovertredingen, die de burger er niet van lijkt te kunnen weerhouden om hard te rijden. Om die reden lijkt het aangewezen om hier gebruik te maken van het andere strafdoel, namelijk het inspelen op de normatieve functie. De straf dient hier naar de maatschappij te communiceren dat de normoverschrijding niet wordt geaccepteerd. Wanneer afschrikking niet werkt, kan dan een beroep worden gedaan op bijvoorbeeld de inname van het rijbewijs voor een bepaalde tijd. Door bijvoorbeeld per kilometer die te hard gereden wordt een dag het rijbewijs af te nemen, wordt het signaal naar de maatschappij gezonden dat de norm écht belangrijk is, en dat deze niet overtreden mag worden, en tevens wordt er een risico uit de samenleving weggenomen, immers wie geen rijbewijs heeft mag niet rijden. Op die manier kan ook bij deze maatregel de generale preventie goed gecombineerd worden met de speciale preventie.

---

<sup>310</sup> Zie voor een indicatie van de recidive na een TBS-maatregel: Wartna, el Harbachi & van der Knaap 2005. Wartna, el Harbachi & Essers 2006. Bregman & Wartna 2010. Bregman & Wartna, 2011. En voor een indicatie van de recidive na een gevangenisstraf: Wartna, Tollenaar, & Essers 2005. Wartna, Kalidien, Tollenaar & Essers 2006. Wartna, Blom, Tollenaar, Alma, Essers, Alberda & Bregman 2009. Wartna, Tollenaar, Verweij, Timmermans, Witvliet & Homburg 2014.

<sup>311</sup> Dit sluit aan bij het idee van Lamme die aangeeft dat in veel gevallen een behandeling ter voorkoming of vermindering van daders goed zou werken, ook als deze de daad in een reflex heeft gepleegd. Lamme 2010, p. 286. Lamme, Justitiële verkenningen 2008, p. 86-87.

<sup>312</sup> Elffers, Justitiële verkenningen 2008, p. 89-90.

## 4.8 Tussenconclusie

Het nieuwe systeem zal rekening moeten houden met de kritiek van de neurowetenschap en de kritische juristen. Wat inhoudt dat het nieuwe systeem slechts een zeer kleine rol, of helemaal geen rol, mag inruimen voor de vrije wil. Er is voor gekozen om het nieuwe strafrecht zoveel mogelijk aansluiting te laten vinden bij het huidige strafrecht. Wat inhoudt dat er een publiek strafrecht ontwikkeld zou moeten worden, waarin de staat het monopolie tot sanctioneren heeft. Hieraan werd toegevoegd dat het strafrecht bescherming moest proberen te bieden tegen risico's voor de maatschappij of individuen in de maatschappij. Hoe dat in zijn werk gaat, zal zo worden beschreven. Deze combinatie van factoren leidde tot een strafrecht met een utilitaristische grondslag. Dit omdat een systeem met een dergelijke grondslag geen ruimte hoeft in te ruimen voor retributieve elementen, die aan een strafrecht waarin de vrije wil belangrijk is, toebehoren en er op die manier toch gestreefd kon worden naar de verwezenlijking van het beschermen van de maatschappij tegen risico's. Er bestond fundamentele kritiek tegen een strafrecht met een utilitaristische grondslag. Deze kritiek kon worden samengevat in twee argumenten, welke inhielden dat er, omwille van de tevredenheid in de maatschappij, onschuldige burgers gestraft zouden worden en dat er zeer strenge, disproportionele sancties zouden worden opgelegd. Beide argumenten bleken op een afdoende, bevredigende manier weerlegd te kunnen worden, waardoor dit niet het einde hoefde te betekenen voor het nieuwe systeem. Het beschermen van de maatschappij werd nagestreefd door gebruik te maken van het strafdoel preventie van criminaliteit. Dat in het nieuwe systeem wordt uitgevoerd door generale preventie, zowel negatieve als positieve generale preventie, en speciale preventie, welke bestaat uit afschrikking van de dader, resocialiseren van de dader of het onschadelijk maken van de dader. Naast dit hoofddoel werd er ook ruimte ingeruimd om het slachtoffer te helpen, zo wordt het deze makkelijk gemaakt om de schade te verhalen op de dader, wanneer er schade is geleden. Maar wanneer worden deze strafdoelen ingezet, wat maakt iemand tot een risico? Deze vraag werd beantwoord aan de hand van het nieuwe criterium voor het strafbare feit. Dat een menselijke gedraging, vallende onder een delictsomschrijving, die wederrechtelijk is en te wijten is aan onaangepast gedrag dat een risico voor de samenleving inhield. Men vormt een risico wanneer men een strafbaar gestelde gedraging begaat en om die reden onaangepast gedrag vertoont. Dit is alleen anders wanneer men rechtsgeldig een beroep kan doen op een risico-uitsluitingsgrond. In het nieuwe systeem kan men, onder de juiste omstandigheden, een rechtsgeldig beroep doen op: uitvoering wettelijk voorschrift, opvolgen bevoegd gegeven ambtelijk bevel, te goeder trouw uitgevoerd, onbevoegd gegeven, ambtelijk bevel, rechtsdwaling, noodweer, noodweereces en overmacht door noodtoestand. Indien men daarop geen rechtsgeldig beroep kan doen, wordt er een sanctie opgelegd. Deze sanctie zal bij misdrijven bestaan uit opsluiting, maar niet zoals dat nu gebruikelijk is, de opsluiting zal gepaard gaan met therapie, waardoor de stimulus-responskoppelingen weer in de juiste balans kunnen worden hersteld. Bij overtredingen bleek het beter om in te spelen op normbevestiging en daarom zullen daar andere sancties worden opgelegd, die bescherming tegen risico's combineren met normbevestiging. In beide gevallen zullen de sancties proportioneel zijn. De proportionaliteit is afhankelijk van de ernst van het delict en het risico dat de dader voor de maatschappij vormt. Dit risicogehalte werkt twee kanten op, de eerste kant is al genoemd, namelijk de risico-uitsluitingsgrond, indien blijkt dat iemand geen risico is, zal hem geen sanctie worden opgelegd. Andersom kan dit ook, indien men delicten blijft plegen of indien men een ziekelijke stoornis heeft die de stimulus-responskoppeling op een negatieve manier doet doorslaan, is men een grotere risicofactor voor de samenleving dan een "gewone" verdachte en zal om die reden de sanctie worden verzwwaard.

## **5 Is het nieuwe systeem een verbetering?**

### **5.1 Inleiding**

In dit hoofdstuk zal het nieuwe strafrecht met het huidige strafrecht worden vergeleken, en zal bekeken worden of het nieuwe strafrecht gezien kan worden als een mogelijke verbetering. Deze beoordeling zal geschieden aan de hand van drie vragen, welke als volgt luiden: 1. Heeft het nieuwe strafrecht positieve aspecten ten opzichte van het oude strafrecht, en als dat het geval is, welke zijn dat? 2. Heeft het nieuwe strafrecht negatieve aspecten ten opzichte van het huidige strafrecht, en als dit het geval is, wat zijn deze? 3. Kunnen de negatieve aspecten van het nieuwe strafrecht worden verholpen, zonder dat daarbij de rol van de vrije wil wordt vergroot? Omdat er geen ruimte is om op alle aspecten van het strafrecht in te gaan, zal de vergelijking en de beoordeling plaatsvinden binnen het kader van de begrippen die al eerder zijn besproken. Dit zijn de strafdoelen, het strafbare feit, de delictsomschrijving, inclusief de bestanddelen en de uitsluitingsgronden en de manier van sanctioneren. Net als voorgaande hoofdstukken zal ook dit hoofdstuk worden afgesloten met een tussenconclusie.

### **5.2 De strafdoelen**

#### **5.2.1 Verschillen tussen oude en nieuwe strafdoelen**

Tussen het nieuwe en het huidige strafrecht bestaan twee grote verschillen, wanneer het over de strafdoelen gaat. Waar er in het huidige strafrecht veel strafdoelen zijn, bestaat er in het nieuwe strafrecht nog maar één hoofddoel, namelijk preventie van criminaliteit. Dit doel wordt in het nieuwe systeem nagestreefd door gebruik te maken van de generale preventie, zowel positief, normbevestiging als negatief, afschrikking van de maatschappij als geheel en door het gebruiken van de speciale preventie, zowel afschrikking van de individuele dader, als het proberen te laten resocialiseren van de dader als het onschadelijk maken van de individuele dader. Daarnaast is er één bijdoel, namelijk het herstellen van de door het slachtoffer geleden schade. Hoewel dit geen écht strafdoel is, er wordt immers niet gesanctioneerd om het slachtoffer de schade te kunnen laten verhalen, is het toch van belang dat het doel hier wordt genoemd omdat het wel een belangrijk doel is in het nieuwe systeem. Waar mogelijk zal er geprobeerd worden het slachtoffer de schade, zo snel en eenvoudig mogelijk te laten verhalen. Ook wat betreft de grondslag van de strafdoelen is er een verschil, in het nieuwe strafrecht zal het hoofddoel in het Wetboek van Strafrecht gecodificeerd worden, evenals de manieren waarop dit hoofddoel wordt nagestreefd, terwijl dit in het huidige strafrecht niet het geval is. In het huidige strafrecht staat alleen, in uitzonderlijke gevallen en in bijzondere wetten, wat het doel is zodra de straf is opgelegd.<sup>313</sup> Deze ongelijkheden brengen voor het nieuwe strafrecht, zowel voor- als nadelen met zich mee.

---

<sup>313</sup> Zie als voorbeeld van een dergelijk doel, dat geldt wanneer de straf is opgelegd en vervat is in een bijzondere wet, art. 2 lid 2 Penitentiaire Beginselenwet.

## 5.2.2 Voordelen van de nieuwe strafdoelen

Het huidige strafrecht bestaat uit een mengvorm van allerlei ongecodificeerde strafdoelen, die elkaar in beginsel niet uitsluiten, waardoor er talrijke mogelijkheden zijn waarop de straf kan worden gebaseerd.<sup>314</sup> Het enige strafdoel dat daadwerkelijk gecodificeerd is, betreft het strafdoel resocialisatie, maar ook dit doel hoeft de andere doelen niet per definitie uit te sluiten. Wat deze andere strafdoelen precies zijn is niet altijd even duidelijk. In het vergaderjaar 1977-1978 gaf de toenmalige minister aan dat er niet echt specifieke strafdoelen bestonden die door iedereen aanvaard werden.<sup>315</sup> Inmiddels lijkt deze opvatting wat gewijzigd want in 2005 sprak de minister over twee hoofddoelen binnen het strafrecht, namelijk het herstel van de rechtsorde en het herstel van de veiligheid.<sup>316</sup> Maar deze twee hoofddoelen zijn zo ruim geformuleerd dat daar nog steeds ieder wenselijk strafdoel onder gebracht kan worden, waardoor er nog steeds geen duidelijkheid ontstaat. Om het allemaal nog complexer te maken, werd er in een recente studie uitgegaan van vijf strafdoelen, te weten: vergelding, afschrikking, onschadelijkmaking, resocialisatie en herstel.<sup>317</sup> Wanneer aangenomen wordt dat deze vijf strafdoelen het huidige strafrecht funderen, wat geen vreemde aanname is omdat al deze vijf strafdoelen onder de twee hoofddoelen van de minister gebracht kunnen worden, en het binnen het strafrecht bekende potentiële strafdoelen zijn, wordt er niet meer duidelijk. Dit omdat het niet altijd bekend is wat er precies verstaan moet worden onder een bepaald strafdoel.<sup>318</sup> Hierdoor ontstaan er verschillende opvattingen over welk strafdoel precies de overhand zou moeten hebben. Zo zijn er auteurs die betoogd hebben dat vergelding het belangrijkste strafdoel is, en dat er derhalve geen ruimte zou moeten bestaan voor generale preventie of speciale preventie. Wat ook met zich mee zou brengen dat er nooit boven de mate van schuld gestraft mag worden.<sup>319</sup> Deze opvatting lijkt aan te sluiten bij de eerste categorie die Langemeijer noemde. Een volledig andere opvatting komt tot uitdrukking wanneer men Crombag leest, die het strafdoel vergelding niet lijkt te willen gebruiken.<sup>320</sup> Weer andere auteurs willen het strafdoel vergelding niet als enige strafdoel erkennen, maar zijn er ook niet op tegen, zij ambiëren een combinatie van vergelding met generale- en speciale preventie.<sup>321</sup> Wat er weer voor kan zorgen dat de straf wel hoger uit kan vallen dan de mate van schuld toestaat, omdat niet steeds precies tegen elkaar kan worden afgewogen hoeveel schuld zal leiden tot hoeveel straf. Daar is het systeem van strafrecht niet voor bedoeld, het gaat om straffen, niet om het afwegen van kruiden.<sup>322</sup> Tenslotte zijn er dan ook nog auteurs die beweren dat vergelding niet het doel is van de straf, maar wel in het straffen moet worden meegenomen. Dit kan moeten omdat de vergelding de begrenzing van de straf vormt, dat kan niet overgelaten worden aan de doelmatigheid van de straf omdat dat tot disproportionele straffen zou kunnen leiden.<sup>323</sup> Ook kan de vergelding deel uitmaken van de straf omdat vergelding nu eenmaal

---

<sup>314</sup> Kelk 1994, p. 69. Geeft aan dat de strafdoelen elkaar niet uit hoeven te sluiten.

<sup>315</sup> Kamerstukken II 1977/78, 15 012, nr. 3. Waarin de zin voorkomt: ik moet hier meteen aan toevoegen dat over de doeleinden van strafrechtspleging geen eensgezinde opvattingen bestaan. Zie p. 19.

<sup>316</sup> Kamerstukken II 2004/5, 30 023, nr. 1, p. 4. Ook verwijzend naar: Kamerstukken II 2003/4, 29 200 VI, nr. 167.

<sup>317</sup> Ruiter, Tolsma, de Hoon, Elffers & van der Laan 2011, p. 74-75.

<sup>318</sup> Zo merkt Langemeijer, naar mijn mening, terecht op dat het onduidelijk is wat er precies onder vergelding verstaan moet worden, omdat daar verschillende meningen over te vinden zijn. Zo houdt voor sommigen het begrip vergelding in dat het goed is om een schuldige te straffen, ongeacht het nut, terwijl het voor anderen inhoudt dat er niet zwaarder gestraft mag worden dan de schuld van de dader vereist. Langemeijer 1975, p. 5.

<sup>319</sup> Jonkers 1984, p. 7. Jonkers 1999, p. 167, 169. Zie ook Hofstee 1987', p. 95 en verder.

<sup>320</sup> Crombag 1981, p. 5.

<sup>321</sup> Hazewinkel-Suringa & Rummelink 1996, p. 789. Zie ook van Veen 1969, p. 31.

<sup>322</sup> Mulder 1973, p. 17.

<sup>323</sup> Enschedé 1983, p. 84. Ook van Veen noemt vergelding de bovengrens van de zwaarte van de bestraffing. Van Veen 1969, p. 31.

altijd aan de straf ten grondslag ligt, het is het wezen van de straf. Maar dat houdt niet in dat het wezen van de sanctie ook het doel van de straf hoeft te vormen.<sup>324</sup> Deze laatste twee opvattingen lijken meer aan te sluiten bij de tweede categorie meningen die Langemeijer noemde. Deze tegenstelling in opvattingen over strafdoelen, leidt er toe dat er geen duidelijkheid bestaat over wat precies de strafdoelen zijn en wat deze precies in zouden moeten houden. Dit zorgt voor een strafrecht waarin iedere gewenste sanctie ondergebracht kan worden, omdat er altijd wel ergens een strafdoel te vinden is dat de straf ondersteunt. Dit zorgt voor een strafrecht dat kan worden ingezet voor iedere willekeurige politieke opvatting, waardoor het huidige strafrecht niet altijd even consistent overkomt. Als voorbeeld zou dan gewezen kunnen worden op de levenslange gevangenisstraf, die in Nederland, zeer vaak, daadwerkelijk je hele leven lang zal duren.<sup>325</sup> Deze straf werkt uitstekend wanneer men preventie nastreeft, maar botst radicaal met het met het doel dat probeert resocialisatie te bereiken.

Deze constatering brengt de twee voordelen van het eventueel nieuw in te voeren systeem ter sprake. Het nieuwe strafrecht kent namelijk uitsluitend gecodificeerde strafdoelen, waardoor er een helder strafrecht ontstaat, dat een duidelijke fundering heeft. Het is bekend wat er verstaan kan worden onder het strafdoel preventie, en in welke aspecten dit doel kan worden opgedeeld. Tevens is het duidelijk dat er een bijdoel is, namelijk het laten verhalen van de geleden schade door het slachtoffer. Over deze strafdoelen zal veel minder verschil van mening ontstaan, dan over de strafdoelen die in het huidige systeem gebruikt worden. Deze duidelijkheid leidt tot een meer consistent strafrecht, omdat de sanctie gebaseerd wordt op één hoofddoel. Van dit hoofddoel kan niet worden afgeweken, waardoor er minder conflicten tussen strafdoelen zullen ontstaan.

### 5.2.3 Nadelen van de nieuwe strafdoelen

De hierboven beschreven problematiek kan ook worden omgekeerd. In dat geval levert dit een nadeel op voor het nieuwe strafrecht, omdat er minder mogelijkheden zijn om een sanctie op te leggen dan in het huidige strafrecht. Het nieuwe strafrecht is derhalve beperkter dan het huidige strafrecht. Dat er minder mogelijkheden bestaan in het eventueel te ontwikkelen nieuwe strafrecht, is een vaststaand gegeven. Er zijn immers minder strafdoelen beschikbaar. Maar dit nadeel is zo veel mogelijk beperkt door zowel de negatieve generale preventie als de positieve generale preventie te codificeren. Deze twee gecombineerd met de speciale preventie die ook is opgenomen, vormen toch een brede basis om sancties op te baseren. Dit omdat er op verschillende manieren ingespeeld kan worden op de preventie van criminaliteit. In de voorbeelden, die in hoofdstuk drie gegeven werden, werd al een onderscheid gemaakt tussen vrijheidsbenemende sancties en sancties waarbij de dader niet werd opgesloten. Tevens werd er rekening gehouden met de verschillende overtredingen en misdrijven die er bestaan, door gebruik te maken van afschrikking en normbevestiging. Indien dit strafrecht inderdaad zou worden ingevoerd, zou hier verder over moeten worden nagedacht en lijkt het mogelijk om een ruime hoeveelheid sancties te gebruiken, waardoor er inderdaad wel iets aan ruimte wordt ingeleverd, maar niet overdreven veel. Een tweede nadeel van het nieuwe strafrecht, zou kunnen zijn dat er geen vergelding in is opgenomen. Uit de eerder genoemde studie, uit 2011, bleek dat de maatschappij vergelding een zeer belangrijk strafdoel vindt, naast afschrikking en onschadelijkmaking, welke overigens wel kunnen worden gebruikt in het nieuwe strafrecht.<sup>326</sup> Wanneer er helemaal geen sprake is van vergelding, zou dit tot wraakgevoelens bij slachtoffers, nabestaanden of

---

<sup>324</sup> Kelk 1994, p. 69-70.

<sup>325</sup> Zie het antwoord van Fred Teeven op kamervragen van 7 oktober 2014, vraag 7 8 en 12, waarin hij aangeeft dat de straf in beginsel levenslang dient te zijn. Maar dat dit kan worden veranderd door gratie. Opmerking verdient daarbij wel dat er al jarenlang geen gratieverzoek meer is gehonoreerd.

<sup>326</sup> Zie Ruiter, Tolsma, de Hoon, Elffers & van der Laan 2011, p. 77-83.



zelfs de hele maatschappij kunnen leiden.<sup>327</sup> Deze wraakgevoelens moeten zoveel mogelijk worden voorkomen, omdat deze niet bijdragen aan een positieve ervaring van het nieuwe strafrecht. Om deze wraakgevoelens niet de overhand te laten krijgen, is het bijdoel herstel van schade van het slachtoffer opgenomen. Dit moet er toe bijdragen dat het slachtoffer makkelijker de schade kan verhalen, en tevens zorgen voor het gevoel dat het slachtoffer niet in de steek wordt gelaten. Dit bijdoel zou kunnen worden versterkt in het proces dat tot de sanctie moet leiden. In het proces zouden er mogelijkheden kunnen worden opgenomen die er toe strekken het slachtoffer te laten merken dat zijn belang gehoord en gevoeld wordt. Dit zou kunnen door net als in het huidige strafrecht, onder omstandigheden, spreekrecht toe te staan aan het slachtoffer of de nabestaanden.<sup>328</sup> Uit een recente studie blijkt dat dit spreekrecht positieve effecten heeft op het gevoel van het slachtoffer. Het slachtoffer vindt het prettig om gehoord te worden en voelt dat zijn belang erkend wordt, wanneer hij spreekrecht heeft.<sup>329</sup> Op die manier heeft het nieuwe strafrecht inderdaad geen vergelding, maar kan toch worden gepoogd de nadelige gevolgen, die zouden kunnen voortvloeien uit deze constatering, zo veel mogelijk te beperken.

## **5.3 Het strafbare feit**

### **5.3.1 De verschillen**

Het nieuwe strafrecht kent twee verschillen ten opzichte van het huidige strafrecht, wanneer er gekeken wordt naar het strafbare feit. Het eerste verschil is dat de gewilde spierbeweging is herschreven tot een handeling. Het tweede verschil komt tot uitdrukking wanneer men kijkt naar het begrip verwijtbaarheid. Dit begrip wordt in het nieuwe strafrecht beschouwd als onaangepast gedrag, dat kwalijke gevolgen met zich meebrengt en waardoor er een risico voor de maatschappij ontstaat, waar het eerst zag op de schuld van de verdachte. Deze twee verschillen leveren een verandering in opvatting over het strafbare feit op. De veranderingen zijn zodanig dat daar kritiek op te uiten valt, deze zal in onderstaande paragraaf worden weergegeven en besproken. Tevens veroorzaakt het herschrijven van het strafbare feit ook wat veranderingen voor begrippen die met het strafbare feit samenhangen, voornamelijk de poging en de voorbereiding, welke in de daarop volgende paragrafen zullen worden behandeld.

#### **5.3.1.1 De gewilde spierbeweging binnen de menselijke gedraging**

Het herschrijven van de term “gewilde spierbeweging” tot de term “handeling” levert een drastische verandering op. Waar in het huidige strafrecht alleen de personen gestraft werden die een bewuste spierbeweging maakte, kan dat nu ook plaatsvinden bij hen die onbewust een spierbeweging maken. Dat kan worden opgevat als een nadeel maar ook als een voordeel.

Door zowel de bewuste als onbewuste spierbewegingen strafbaar te stellen, wordt de strafbaarheid van de mens uitgebreid, dit omdat er meer potentiële gedragingen onder vallen, maar ook omdat meer personen strafbaar gesteld kunnen worden. De mogelijkheid om onbewuste handelingen strafbaar te stellen, kan leiden tot een situatie waarin iemand die spastisch is, wordt bestraft omdat zijn of haar lichaam iets doet. Dit roept een knagend gevoel op dat er iets gebeurt wat niet zou moeten kunnen. Het zou zeker als onrechtvaardig

---

<sup>327</sup> Dat de straf wordt ingezet om wraakgevoelens te voorkomen, blijkt uit Gudwirth & de Hert 2004, p. 299, 302.

<sup>328</sup> Zie art. 51<sup>e</sup> WVSV.

<sup>329</sup> Lens, Pemberton & Groenhuijsen 2010, p. 83-87.

kunnen worden ervaren, immers de persoon kon er niets aan doen, waarom moet deze dan bestraft worden? Een dergelijke opvatting zou uitgaan van een mensbeeld waarin de mens van nature goed is.<sup>330</sup> Vanuit die optiek is het zeker te begrijpen dat men de term “gewilde spierbeweging” rechtvaardiger vindt dan de strafbaar stelling van iedere handeling. Immers, je zou als goed mens pas straf verdienen wanneer je een slechte, bewuste handeling verricht. Dan past een bewuste spierbeweging als element in de menselijke gedraging beter, op die manier kan de retributie, de straf, beter worden uitgelegd en worden aanvaard. Hoewel hiertegen wel argumenten op te werpen zijn, zie hieronder, zullen deze argumenten, vermoedelijk, het gevoel van onrechtvaardigheid niet kunnen wegnemen. Wat als een nadeel beschouwd kan worden.

Het eerste argument dat tegen het gevoel van onrechtvaardigheid kan worden ingebracht, is slechts een argument, het levert verder geen voordeel op voor het nieuwe strafrecht. Men kan stellen dat het gevoel van onrechtvaardigheid misplaatst is. Dit omdat een onbewuste spierbeweging niet meer of minder onbewust is dan een handeling begaan door een persoon wiens brein gedomineerd wordt door erfelijke factoren, genetische factoren en impulsen die voortkomen uit de omstandigheden waarin een persoon zich bevindt. Waarom zouden mensen zonder vrije wil of althans mensen met slechts een zeer kleine mate van vrijheid, wij allemaal dus, wel bestraft mogen worden en mensen die onbewuste spierbewegingen maken niet? In essentie is het precies hetzelfde, je doet iets, maar je kunt er weinig tot niets aan doen.

De herschrijving zou zelfs als positief kunnen worden gezien wanneer men een ander standpunt inneemt dan het op retributivisme gesteunde standpunt, namelijk het standpunt dat de maatschappij beschermd moet worden tegen risico's. Een spastisch persoon die onbewuste bewegingen maakt en daardoor, bijvoorbeeld, iemand een gebroken neus slaat, zou als een risico voor de maatschappij kunnen worden gezien. Zeker wanneer blijkt dat deze persoon niet beschikt over de juiste medicatie, die de spastische activiteiten van de spieren zou kunnen stoppen. Zonder deze medicatie is het zeer wel voorstelbaar dat een dergelijke handeling vaker zal voorkomen. Onder het huidige systeem zou een dergelijke risicofactor niet strafrechtelijk kunnen worden bestreden, omdat het geen bewuste spierbeweging betreft. Onder het nieuwe systeem zou dat wel kunnen, omdat het wel een handeling betreft. Op die manier kan het nieuwe strafrecht effectiever optreden tegen de persoon die een risico voor de maatschappij vormt, dit door de persoon te sanctioneren. Al is het maar totdat hij de juiste medicijnen heeft ontvangen, waardoor de spastische activiteiten in de spieren zouden ophouden te bestaan, of in ieder geval zouden zijn verminderd.

## **5.3.2 Begrippen die samenhangen met het strafbare feit**

### **5.3.2.1 De poging**

De poging wordt in het huidige strafrecht gebruikt als een algemeen leerstuk, waarmee wordt bedoeld dat het niet bij ieder specifiek delict wordt omschreven, maar dat het een eigen plek heeft gekregen in het Wetboek van Strafrecht.<sup>331</sup> Men kan gestraft worden op grond van de poging, wanneer het voornemen van de dader zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard, zo blijkt uit het eerste lid van artikel 45 Wetboek van Strafrecht. In deze zin neemt het voornemen van de dader de subjectieve positie in, terwijl het begin van de uitvoering de objectieve zijde vormt.<sup>332</sup> De objectieve zijde neemt in het leerstuk van de

---

<sup>330</sup> Een idee dat in de verlichting sterk gold en ook gedragen werd door filosofen in die tijd. Zie over Rousseau: Damrosch 2011. Dat de mens volgens Rousseau van nature goed is, blijkt uit: Damrosch 2011, p. 278.

<sup>331</sup> Art. 45 WVSR. Zie ook de artikelen 46a en 46b WVSR.

<sup>332</sup> Zie voor een erkenning van de objectieve en subjectieve zijde: Mevis 2009, p. 739, 742. De Hullu 2009, p. 380.

poging de belangrijkste plek in.<sup>333</sup> Niet alleen omdat de Hoge Raad de meeste aandacht besteedt aan het begin van de uitvoering en hoe dit moet worden vormgegeven, maar ook omdat het subjectieve element wordt afgeleid uit het oordeel dat gevormd wordt op basis van het begin van de uitvoering, waardoor het sterk geobjectiveerd wordt.<sup>334</sup> Men is derhalve niet daadwerkelijk geïnteresseerd in hetgeen de dader wilde, maar beoordeelt wat hij gewild moet hebben aan de hand van het begin van de uitvoering, waardoor de objectieve zijde ook voor de intentie van de dader van zeer groot belang is. De Hoge Raad heeft aangegeven dat de objectieve zijde van de poging moet worden vastgesteld aan de hand van uiterlijke verschijningsvormen.<sup>335</sup> Deze uiterlijke verschijningsvormen dienen in de meeste gevallen letterlijk gezien te kunnen worden, en moeten worden beoordeeld aan de hand van de indruk die een deskundige voorbijganger zou hebben gekregen wanneer hij de verdachte en de handeling zag.<sup>336</sup> Hoewel deze zichtbaarheid het uitgangspunt lijkt te zijn, laat de Hoge Raad ook ruimte open voor andere interpretaties.<sup>337</sup> Deze ruimte bestaat uit de mogelijkheid om ook objectieve elementen, die achteraf gebleken zijn, te betrekken bij het oordeel of er sprake is van een strafbare poging of niet.<sup>338</sup> Deze manier van het benaderen van de poging lijkt praktisch wanneer het delict nu juist beoogt niets te laten zien, zoals bijvoorbeeld bij het invoeren van drugs of een poging iemand te vergiftigen.<sup>339</sup> Uit bovenstaande blijkt dat de poging sterk afhangt van objectiviteit, hierin is een deel van een daadstrafrecht terug te vinden, omdat niet erg gekeken wordt naar de wil van de verdachte, maar juist naar hetgeen dat waarneembaar is.<sup>340</sup> Toch past een algemeen leerstuk dat een strafbare poging omschrijft, niet zo goed in een systeem dat sterk aanhangt tegen een daadstrafrecht. Dit omdat binnen dergelijke systemen de nadruk wordt gelegd op de kwalijke gevolgen die gebleken moeten zijn uit een gedraging.<sup>341</sup> Bij een poging hoeven deze gevolgen nog niet altijd geopenbaard te zijn, waardoor het moeilijker lijkt om een begin van uitvoering van een handeling te maken.<sup>342</sup> Zo levert het aanbellen bij een woning, met een hamer in de hand, in wezen nog geen kwalijk gevolg op, omdat er niets is gebeurd. Dit is een nadeel van het nieuwe systeem, want het lijkt toch van belang om de mogelijkheid te behouden om een poging tot een delict te kunnen sanctioneren. Indien dit niet mogelijk zou zijn, zou in het nieuwe systeem steeds gewacht moeten worden totdat er een voltooid delict begaan is, waardoor men niet in zou kunnen grijpen als dit niet gebeurt, zelfs niet als men weet dat de verdachte een risico vormt voor de maatschappij. Dit zou de preventie van de criminaliteit en de bescherming van de maatschappij in de weg staan. Er lijkt een oplossing te bestaan voor dit probleem. Men zou het algemene leerstuk van de poging moeten schrappen, maar zou dan wel pogingsdelicten kunnen omschrijven bij een specifiek delict.<sup>343</sup> Dit is mogelijk omdat, wanneer men een poging doet een delict te plegen, men vaak ook een ander, lichter, delict begaat, dat wel gesanctioneerd kan worden.<sup>344</sup> Zo zou dan bijvoorbeeld het inklimmen in een huis, met een middel om spullen mee het huis uit te kunnen nemen,

---

<sup>333</sup> De Hullu 2009, p. 379. Hazewinkel-Suringa & Remmelink 1996, p. 397-398.

<sup>334</sup> De Hullu 2009, p. 385.

<sup>335</sup> Deze eis is ontstaan uit een reeks van arresten waarin de Hoge Raad van restrictief naar minder restrictieve manieren van oordelen ging over de poging. Zie: HR 9 maart 1934, *NJ* 1934, 450. HR 29 mei 1951, *NJ* 1951, 480. Totdat de Hoge Raad bij de daadwerkelijke formulering van de eis aankwam. HR 24 oktober 1978, *NJ* 1979, 52. Voor een recentere voorbeelden zie: HR 24 maart 1992, *NJ* 1992, 815. Rb. Groningen 12 november 2008, LJV BG4169. Zie ook Mevis 2009, p. 740-741.

<sup>336</sup> Dit blijkt uit: HR 8 september 1987, *NJ* 1988, 612. En ook uit de noot van Mulder onder het arrest HR 8 december 1987, *NJ* 1988, 896. Zie ook de Hullu 2009, p. 383-384.

<sup>337</sup> HR 8 december 1992, *NJ* 1993, 321.

<sup>338</sup> Mulder lijkt voorstander van deze benadering. Zie zijn noot onder HR 8 december 1987, *NJ* 1988, 896. Zie ook de Hullu 2009, p. 384.

<sup>339</sup> De Hullu 2009, p. 384.

<sup>340</sup> Van Dellen 1987, p. 131.

<sup>341</sup> Broers 2012, p. 97.

<sup>342</sup> De Hullu 2009, p. 380.

<sup>343</sup> Broers 2012, p. 98, 101.

<sup>344</sup> De Hullu 2009, p. 379. Zie ook Broers 2003, p. 37. En ook Mevis 2009', p. 743-744.

gesanctioneerd kunnen worden. Of het vernielen van een slot van een huis, terwijl men middelen bij zich draagt om spullen uit het huis mee te kunnen nemen. Of het ingooien van een raam of soortgelijke gedragingen terwijl men middelen bij zich heeft om spullen mee uit huis te kunnen nemen, gesanctioneerd kunnen worden bij het hoofddelict inbraak, waarbij men voor deze pogingsdelicten een sanctie oplegt die ontleend is aan het hoofddelict. Op deze manier kan de vrije wil buiten het strafrecht worden gehouden en kan tevens onderscheid gemaakt worden tussen een gewone vernieling en een vernieling die tot een inbraak had moeten leiden. Voor delicten die de wetgever extra zou willen ontmoedigen, zou er ook voor gekozen kunnen worden om de poging, qua strafmaat, gelijk te stellen aan het hoofddelict, op die manier kan er een zwaardere sanctie worden opgelegd en kan er een extra preventieve werking vanuit gaan.<sup>345</sup> Zo zou bijvoorbeeld kunnen worden overwogen om het steken met een mes, of het schieten met een vuurwapen, waarbij er mensen zwaar gewond raken, gelijk te stellen met het doden van een persoon, waardoor dit voor de maatschappij zeer risicovolle gedrag doeltreffender kan worden aangepakt. Dit voordeel heeft men omdat er per delict gecodificeerd staat wat er als een poging beschouwd moet worden, in plaats van het algemene leerstuk dat nu gebruikt wordt.

### 5.3.2.2 Voorbereiding

Net als de poging is ook de voorbereiding een algemeen leerstuk.<sup>346</sup> Men is volgens artikel 46 lid 1 Wetboek van Strafrecht strafbaar wanneer men opzettelijk voorwerpen, stoffen informatiedragers, ruimten of vervoermiddelen bestemd tot het begaan van een misdrijf waarop meer dan acht jaren gevangenisstraf is gesteld, verwerft, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert of voorhanden heeft. Deze omschrijving zorgt in theorie voor een zeer ruime mogelijkheid om mensen te bestraffen.<sup>347</sup> Dit wordt nog versterkt omdat de begrenzing van het artikel niet al te sterk is. Zo kan ieder gewenst middel onder de delictsomschrijving worden gebracht, of het nu een gevaarlijk middel is of niet en wordt ook het voorhanden hebben van een middel strafbaar gesteld, wat de mogelijkheden verruimt.<sup>348</sup> In potentie is een persoon bijvoorbeeld strafbaar omdat hij een veter of riem voor handen heeft, wat zeker niet onmogelijk is in een gewone, dagelijkse situatie. Omdat de begrenzing niet optimaal is, wordt de intentie van de dader erg belangrijk. Een middel wordt pas een gevaarlijk wapen, wanneer men er iets slechts mee van plan is. Dit leidt ertoe dat de nadruk sterk komt te liggen op de wil van de verdachte en daardoor op de subjectieve zijde van de voorbereiding.<sup>349</sup> De wil komt tot uitdrukking in de opzet die de verdachte moet hebben op de gehele delictsomschrijving. Omdat de begrenzing van het artikel niet per definitie geruststellend is en het opzet begrip moet zorgen voor de nodige inperking van de reikwijdte van het artikel, is er gekozen voor een zwaardere opzet vorm, zodat de wil van de verdachte wordt benadrukt. Volgens de Hullu zou men het begrip in dit artikel meer moeten opvatten als oogmerk, waardoor de bewijslast zwaarder wordt en er wat meer waarborgen zouden ontstaan<sup>350</sup> Naast deze verzwaarde opzetvorm, die de intentie van de dader moet laten blijken, bestaat er ook nog een objectief element in het artikel, welke van belang is omdat niet alleen gekeken mag worden naar de intentie van de dader. Dit objectieve element wordt

---

<sup>345</sup> Broers 2003, p. 41-42.

<sup>346</sup> Neergelegd in art. 46 WVSR.

<sup>347</sup> De Jong 2009, p. 37. de Hullu 2009, p. 397. Mevis 2009', p. 746.

<sup>348</sup> Zie de Hullu 2009, p. 400. Mevis 2009, p. 747. Die alle twee op deze mogelijkheid wijzen.

<sup>349</sup> Mevis 2009, p. 747. Zie ook de Hullu 2009, p. 400-401, 402. Ook de Hoge Raad acht de intentie van groot belang. Dit blijkt uit: HR 17 februari 2004, *NJ* 2004, 400. Waarin een verdachte niet gestraft kon worden omdat niet duidelijk was dat hij kwade intenties had met de middelen, die in principe wel gebruikt hadden kunnen worden voor een kwaad doel. En ook uit: HR 18 november 2003, *JOL* 2003, 805.

<sup>350</sup> De Hullu 2009, p. 404-405. Hij stelt hierop dat het meer beschouwd moet worden als oogmerk, niet als opzet.

gevormd door de bestemming van de middelen, die naar uiterlijke verschijningsvormen moet blijken.<sup>351</sup> Waar bij de poging de nadruk werd gelegd op het objectieve, ook wanneer het subjectieve element van het leerstuk bewezen moest worden, lijkt bij de voorbereiding de omgekeerde route bewandeld te worden. Want hoewel er sprake is van een objectieve zijde, mag ook de intentie van de dader in de beoordeling van de bestemming worden betrokken, waardoor deze zijde wordt gesubjectiveerd.<sup>352</sup>

Deze constatering levert een onoplosbaar probleem op voor het nieuwe systeem. Men wordt, wanneer men dit systeem zou invoeren, geconfronteerd met een leerstuk dat zich niet richt op kwalijke gevolgen, immers bij een voorbereiding zijn er nog geen kwalijke gevolgen waarneembaar, en sterk afhankelijk is van de vrije wil, zowel door het verzwaarde opzet als door de subjectivering van de objectieve zijde van het artikel. De invloed van de wil van de verdachte is zo sterk aanwezig dat het onmogelijk lijkt om dit om te vormen tot een objectief bruikbaar leerstuk. Het lijkt daarom onmogelijk om het leerstuk van de voorbereiding te codificeren in het nieuwe systeem. Dit leidt er toe dat de wetshandhavers pas later in kunnen grijpen, wanneer de voorbereiding overgaat in een poging, of dat er vervolgd moet worden vanwege lichtere strafbare feiten. Men zou nog wel kunnen worden vervolgd voor wapen bezit, wanneer men de wapens voorhanden heeft om een aanslag te plegen, maar dat is eigenlijk niet de bedoeling van het leerstuk.<sup>353</sup> Toch lijkt dat, hoe nadelig dit ook is, de beste oplossing die er mogelijk is, omdat het voor het nieuwe systeem onmogelijk lijkt om zover terug te gaan wat betreft het sanctioneren, dat er aangesloten moet worden bij subjectieve elementen en intenties.

## **5.4 Delictsomschrijving**

### **5.4.1 Bestanddelen**

De bestanddelen, die in het nieuwe strafrecht gebruikt zullen moeten worden, verschillen van de bestanddelen uit het huidige systeem. Waar er nu gebruik gemaakt wordt van de bestanddelen schuld, opzet en voorbedachte rade, zal er in het nieuwe systeem gewerkt moeten worden met geobjectiveerde delictsomschrijvingen, waaruit een kwalijk gevolg blijkt en waaruit volgt dat de persoon een risico voor de samenleving vormt. Deze verandering leidt tot enkele punten van aandacht, welke hieronder zullen worden besproken.

### **5.4.2 Dood door schuld, doodslag en moord**

Omdat de bestanddelen in het nieuwe strafrecht geobjectiveerd moesten worden, om op die manier de vrije wil buiten het strafrecht te houden, ontstaat er een probleem in het onderscheid tussen dood door schuld, doodslag en moord. Dit omdat alle drie de delicten het zelfde kwalijke gevolg opleveren, namelijk de dood van het slachtoffer en het moeilijk lijkt om objectief te codificeren van welk van deze delicten er sprake is. Het lijkt niet wenselijk om uitsluitend uit te gaan van uiterlijke kenmerken, zoals dat in het oude daadstrafrecht gebruikelijk was, omdat dat onwerkbaar situaties op zou kunnen leveren. Zo was het gebruikelijk om een persoon lichter te straffen die een dierenval had geplaatst, waardoor er iemand was overleden, dan iemand die een mes had gebruikt.<sup>354</sup> Dit omdat een dierenval niet bedoeld was om mensen te doden en een mes wel. Men stond er niet bij stil dat de

---

<sup>351</sup> Hierbij mogen de goederen zowel onafhankelijk van elkaar worden bekeken, maar ook in samenhang worden beschouwd. HR 18 november 2003, *JOL* 2003, 603.

<sup>352</sup> HR 20 februari 2007, *JOL* 2007, 138.

<sup>353</sup> De Hullu 2009, p. 395.

<sup>354</sup> Broers 2012, p. 96-97.

mogelijkheid bestond dat het slachtoffer met fysiek geweld in de dierenval was geduwd, gegooid of op soortgelijke manieren in de val was geplaatst. Iedere gewelddadige moord die op een ongeluk leek, werd dus ook beschouwd als een ongeluk en dat lijkt in het nieuwe systeem absoluut niet de bedoeling. Wel zou men in het nieuwe strafrecht kunnen overwegen de manier van doden te sanctioneren. Zo lijkt het voorstelbaar om de dood, het kwalijke gevolg, als uitgangspunt te nemen, en daar elementen aan toe te voegen. Doden door fysiek geweld zou dan een verzwarende omstandigheid kunnen betekenen, waarbij er ook rekening kan worden gehouden met de mate waarin er geweld is gebruikt in de sanctiemaat. Doden met een wapen zou een nog zwaardere straf op kunnen leveren. Terwijl doden met een duidelijk kwalijk middel, bijvoorbeeld gif of drugs, het zwaarste bestraft zou kunnen worden. Op die manier zou men onderscheid kunnen maken tussen de verschillende mogelijkheden waarop het kwalijke gevolg is ontstaan. Om te voorkomen dat er misbruik wordt gemaakt van de objectieve delictsomschrijvingen, zal er ook sterk gekeken moeten worden naar het forensische, technische en geneeskundige bewijs. Het ontbreken van remsporen bij een aanrijding, zou dan opgevat kunnen worden als het doden met een wapen, omdat met objectieve middelen vastgesteld kan worden dat de auto als zodanig is gebruikt. Terwijl bij een aanrijding waarbij de straat vol staat met remsporen, alleen het kwalijke gevolg, de dood, gesanctioneerd zal worden. Op die manier kan worden voorkomen dat gewelddadige dodelijke delicten even zwaar bestraft worden als delicten waaruit de dood is gevolgd. Men is dan niet geïnteresseerd in de wil van de dader, in de bedoeling die de dader had, maar zal uitsluitend uitgaan van hetgeen objectief, door forensisch, technisch en geneeskundig bewijs, kan worden vastgesteld. Deze manier van onderscheid maken, levert toch verschillende vormen van dodelijke delicten op, zonder dat de vrije wil daarbij hoeft te worden betrokken, waardoor dit probleem, hoewel op een gekunstelde manier, oplosbaar lijkt te zijn.

## **5.5 De risico-uitsluitingsgronden**

Het nieuwe systeem kent net als het oude systeem strafuitsluitingsgronden. In het nieuwe systeem worden deze risico-uitsluitingsgronden genoemd. Deze gronden nemen het risico weg, dat bij de verdachte aanwezig werd geacht, toen hij onaangepast gedrag vertoonde door een strafbaar gestelde gedraging te begaan. Men kan in het nieuwe strafrecht een beroep doen op noodweer, noodweereces, overmacht door noodtoestand, uitvoeren wettelijk voorschrift, uitvoeren van een bevoegd gegeven ambtelijk bevel, te goeder trouw uitgevoerd, onbevoegd gegeven, ambtelijk bevel en rechtsdwaling. Er kunnen dus zeer veel strafuitsluitingsgronden uit het huidige systeem worden overgenomen. De grote afwezige is de ontoerekenbaarheid, welke in het nieuwe systeem niet wordt opgenomen als risico-uitsluitingsgrond. Hiervoor is, vanuit het perspectief van het nieuwe systeem, een zeer goede reden te geven. Een ziekelijke stoornis die de stimulus-responskoppeling van de verdachte beïnvloedt en daardoor het gedrag van een verdachte negatiever doet uitvallen, is niet verontschuldigbaar, maar is juist een grotere risicofactor voor de samenleving. Immers, deze stoornis zorgt ervoor dat de verdachte makkelijker delictgedrag vertoont dan mensen die de stoornis niet hebben. Dit zou tot een nadeel voor het nieuwe systeem kunnen leiden, omdat het als onrechtvaardig kan worden ervaren dat verdachten die een ziekelijke stoornis hebben, toch worden bestraft, terwijl zij hun daden, vanwege die ziekelijke stoornis, niet vrijwillig pleegden. Hiertegen zou men, vanuit het perspectief van het nieuwe systeem, kunnen aanvoeren dat men niet geïnteresseerd is in de vraag of de verdachte iets aan zijn daden kon doen, immers, wij doen allemaal wat de geschiedenis van het brein, via de erfelijke- en de genetische factoren en de omstandigheden waarin wij ons bevinden ons ingeeft. Zonder dat wij daarbij bewust nadenken, die rationalisering komt bij mensen zonder stoornis ook pas achteraf.<sup>355</sup> De stoornis die de verdachte heeft, doet daar verder niets aan

---

<sup>355</sup> Lamme 2010, p. 277, 279.

af. Op die manier kan men rationeel verklaren waarom ontoerekenbaarheid niet gezien moet worden als een verontschuldigende factor, maar als een risico verhogende factor. Hoewel dit uitgelegd kan worden, hoeft deze uitleg het gevoel van onrechtvaardigheid niet weg te nemen. Men kan het nog steeds als onrechtvaardig beschouwen dat een ziek persoon wordt gesanctioneerd. Het enige dat aan dit gevoel van onrechtvaardigheid kan worden gedaan, is men erop wijzen hoe de sanctie in het nieuwe systeem wordt ingekleed. Doordat in het nieuwe systeem aan iedere veroordeelde therapie wordt gegeven, zal dit ook gelden voor iemand die met een stoornis veroordeeld wordt. Daarom kan men er verzekerd van zijn dat de geesteszieke de, juist voor hem, nodige zorg ontvangt en dat er vanaf het begin van de sanctie gewerkt wordt aan zijn genezing. Maar of dit voldoende zal zijn om het gevoel van onrechtvaardigheid weg te nemen, is de vraag.

## **5.6 Sancties**

### **5.6.1 Verschillen wat betreft sanctieoplegging**

In het huidige strafrecht geldt er een tweesporenstelsel, wat inhoudt dat er zowel straffen als maatregelen kunnen worden opgelegd. In het nieuwe systeem zal er alleen gebruik worden gemaakt van maatregelen, omdat uit het opleggen van een straf vergelding zou blijken, en daarvoor is in het nieuwe systeem geen ruimte. Dit verschil levert onderstaande voor- en nadelen op.

### **5.6.2 Voordelen van het nieuwe sanctioneren**

Door therapie te verlenen, en op die manier te proberen de dader van zijn criminele gedachten af te helpen, of deze in ieder geval te doen verminderen, wordt beoogd de dader te laten resocialiseren in de samenleving, in plaats van uitdrukking te geven aan het idee van vergelding. Het voordeel van deze methode is dat zij aansluit bij wat de neurowetenschap als een wenselijke vorm van sanctioneren beschouwt. De inschatting is dat deze manier van sanctioneren effectiever zal zijn dan de gevangenisstraf zoals wij die nu kennen.<sup>356</sup> Hierdoor kan het doel van preventie van criminaliteit beter worden nagestreefd. Voorts sluit de manier van sanctioneren aan bij de behoefte die aanwezig lijkt bij gedetineerden. Dit omdat veel van hen een stoornis hebben op het moment dat zij in detentie verkeren, of gehad hebben vlak voordat zij in detentie geplaatst werden.<sup>357</sup> Door de sanctie als therapie op te leggen, kunnen de voordelige aspecten van detentie worden gehandhaafd, welke bestaan uit structuur, minder stress en voor mensen die van de straat komen, schonere omstandigheden dan zij gewend zijn en gegarandeerd eten.<sup>358</sup> Ook kan de detentie blijven fungeren als nuttig systeem om mensen van een verslaving af te helpen, omdat er nu eenmaal geen drugs of alcohol voorhanden is op de plek waar de gedetineerden worden opgesloten. In de vorige zin is bewust het woord helpen opgenomen, omdat het niet toestaan van drugs alleen niet voldoende lijkt, het zou beter zijn wanneer in de basiszorg verslavingshulp zou worden

---

<sup>356</sup> Lamme 2010, p. 285-286. Lamme, Justitiële verkenningen 2008, p. 86-87.

<sup>357</sup> Deze hele zin wordt ondersteund door: Raad voor de strafrechtstoepassing en jeugdbescherming 2007, p. 15-18. Dat veel van de gedetineerden een stoornis gehad hebben relatief kort voor zij detentie in gingen, blijkt uit: van Wijk, de Vries-Robbé, Nieuwenhuis & Smulders 2009, p. 35. Raad voor de strafrechtstoepassing en jeugdbescherming 2012, p. 16.

<sup>358</sup> Van Wijk, de Vries-Robbé, Nieuwenhuis & Smulders 2009, p. 34-39, 61.

gegeven. Zodat mensen afbouwend kunnen afkicken.<sup>359</sup> Het nieuwe systeem van sanctioneren kan, naast dat het de positieve aspecten van de huidige sanctie overneemt, ook inspelen op de negatieve effecten die nu voortvloeien uit een standaard gevangenisstraf en pogen deze te verhelpen.<sup>360</sup> Zo lijkt de detentie negatief te zijn voor een gedetineerde met een stoornis, omdat er lange wachttijden bestaan die verhinderen dat hij de juiste zorg kan ontvangen.<sup>361</sup> Vanwege deze lange wachttijden lijkt het moeilijker te worden om de stoornis te behandelen, omdat deze zich heeft kunnen verharden in de tijd dat de gedetineerde in detentie heeft verkeerdt.<sup>362</sup> Dit omdat in de standaard detentieomstandigheden te weinig capaciteit aan personeel voorhanden is om iedereen met een stoornis de benodigde zorg te bieden.<sup>363</sup> Naast deze twee effecten lijkt er ook nog een mentaal aspect te zijn dat negatief wordt beïnvloed door de detentie. Zo zouden gedetineerden na een lange detentie minder gemotiveerd zijn om hun behandeling aan te vangen, of omdat zij dat toch al niet waren en in die gedachte zijn gesterkt, of omdat zij gefrustreerd zijn geraakt vanwege het lange wachten.<sup>364</sup> De nieuwe sanctie zou deze problemen kunnen verhelpen doordat zij direct start met de therapie, waardoor er geen lange wachtlijsten zullen ontstaan en er direct zorg geboden kan worden. Hierdoor worden de goede aspecten van de detentie gecombineerd met de goede aspecten van tijdige zorgverlening, waardoor de sanctie voordeliger uitpakt dan de huidige gevangenisstraf.

### 5.6.3 Nadelen van het nieuwe sanctioneren

Een nadeel van de nieuwe manier van sanctioneren, kan zijn dat er veel wordt ingezet op afschrikking. Dit terwijl het onduidelijk is of afschrikking wel echt resultaat sorteert. Zo stelt Elffers dat afschrikking alleen zal werken voor hen die zich naar de regel voegen, en niet voor hen die zich met de regel identificeren of die de regel geïnternaliseerd hebben.<sup>365</sup> Dit omdat de laatste twee groepen het eens zijn met de regel en daarom geen afschrikkende werking van een sanctie behoeven. Dus alleen voor de kleine groep mensen die zich aan de regel houden omdat er een sanctie op staat, kan afschrikking effect hebben. Sancties die op afschrikking gebaseerd zijn, zouden dan maar een kleine groep mensen bereiken. Hiertegen kan worden ingebracht dat de sanctie, zoals deze in het voorbeeld in hoofdstuk drie werd genoemd, niet uitsluitend gebaseerd is op afschrikking maar voornamelijk op resocialisatie, vanwege de therapie die wordt geboden. Hierdoor zou de sanctie voor een grote groep mensen nuttig kunnen zijn. Dit is de repressieve kant van de sanctie, die preventief voor de dader kan werken. De preventieve kant van de sanctie, hoeft ook alleen maar te werken voor de mensen die de regel wensen te overtreden, immers de andere burgers houden zich ook

---

<sup>359</sup> Deze zin is ontleend aan de mening van zorgverleners, die stellen dat het puur en alleen niet toestaan van drugs, niet voldoende is. Het zeer streng ageren tegen drugs in de detentiecentra zou zelfs wel eens negatieve effecten kunnen hebben. Raad voor de strafrechtstoepassing 2012, p. 42.

<sup>360</sup> De standaard detentie omvat de gewone gevangenisstraf en de detentieomstandigheden die daarbij horen. Er wordt voornamelijk aandacht besteed aan deze manier van sanctioneren omdat het 80 procent van de detentieplaatsen betreft en de meeste gedetineerden in die omstandigheden worden opgesloten. Zie: Raad voor de strafrechtstoepassing 2012, p. 38.

<sup>361</sup> Van Wijk, de Vries-Robbé, Nieuwenhuis & Smulders 2009, p. 61.

<sup>362</sup> Van Wijk, de Vries-Robbé, Nieuwenhuis & Smulders 2009, p. 61. Ook de heer Raes, destijds geneesheer-directeur van het MI, merkte deze problematiek al jaren eerder op in een rapport van de Nationale ombudsman. Nationale ombudsman 1996, p. 218.

<sup>363</sup> Raad voor de strafrechtstoepassing en jeugdbescherming 2012, p. 39.

<sup>364</sup> Dit werd opgemerkt door de heer Wolters, die als advocaat zijn mening gaf over wat hij in de praktijk zag. Zie: Nationale ombudsman 1996, p. 219-221. Zie ook: van Wijk, de Vries-Robbé, Nieuwenhuis & Smulders 2009, p. 61.

<sup>365</sup> Elffers, Justitiële verkenningen 2008, p. 37-38. Hij baseert zich op Kelman. Zie Kelman, Public Opinion Quarterly 1961.



zonder de dreiging met een sanctie aan de regel.<sup>366</sup> De kleine groep die zich niet weet te identificeren met de regel. Juist voor hen lijkt de afschrikkende werking van de sanctie wel nut te hebben.<sup>367</sup> Hierdoor lijken de strafdoelen elkaar juist goed aan te vullen en in te springen op het moment dat zij het meest nodig zijn.

## **5.7 Tussenconclusie**

In dit hoofdstuk zijn de voor- en nadelen van het nieuwe systeem aangestipt en besproken. Waarbij steeds de vraag werd gesteld of er positieve aspecten waren aan het nieuwe systeem. Of er negatieve aspecten waren aan het nieuwe systeem, en of deze negatieve aspecten konden worden verholpen zonder dat daarbij de vrije wil in het strafrecht werd toegelaten. Hierbij dient direct opgemerkt te worden dat er geen definitieve uitkomst gegeven zal kunnen worden, omdat slechts een klein deel van het strafrecht kon worden beschouwd. De aandacht werd gericht op de strafdoelen, het strafbare feit en de daaruit voortvloeiende problematiek, de bestanddelen, de uitsluitingsgronden en de manier van sanctioneren. Wanneer men de strafdoelen in het nieuwe systeem en het huidige systeem met elkaar vergelijkt, viel er op dat er in het nieuwe systeem veel minder strafdoelen waren en dat deze waren gecodificeerd. Dit leidde tot het voordeel van het nieuwe systeem, want het strafrecht werd duidelijker en consistentier door deze teruggang in strafdoelen. Dit leidde tevens ook tot het nadeel, omdat er minder mogelijkheden bestonden binnen het nieuwe systeem. Dit nadeel leek te kunnen worden opgevangen, omdat de strafdoelen voldoende ruimte boden voor een heel scala aan sancties, welke samen gebruikt konden worden om het doel van preventie van criminaliteit te bereiken. Wanneer er naar het strafbare feit gekeken werd, viel op dat de gewilde spierbeweging was vervangen door het plegen van een handeling en dat verwijtbaarheid was vervangen door onaangepast gedrag dat leidt tot een kwalijk gevolg en risico's oplevert voor de samenleving. Deze verandering leverde voor de omschrijving van het strafbare feit een probleem op, namelijk dat men het onrechtvaardig kan vinden dat mensen die onbewust een spierbeweging maken, toch veroordeeld kunnen worden. Hiertegen konden twee argumenten worden ingebracht, namelijk ten eerste dat het niet meer of minder onrechtvaardig is om onbewuste spierbewegingen te bestraffen dan het bestraffen van mensen die een handeling uitvoeren omdat de erfelijke- en genetische factoren, die opgeslagen liggen in ons brein, gecombineerd met de omstandigheden waarin wij ons bevinden, dat onbewust aan hen ingeven en ten tweede dat het wel eens beter zou kunnen zijn voor de effectiviteit van het straffen, als je maar uitgaat van een ander standpunt dan het retributivisme. Toch lijkt het niet waarschijnlijk dat deze twee argumenten het gevoel van onrechtvaardigheid kunnen wegnemen. Deze verandering van het strafbare feit leverde ook een nadeel op, wanneer er gekeken werd naar elementen die samenhangen met het strafbare feit. Dit bleek vooral bij de poging en de voorbereiding. Deze konden, op het eerste gezicht, niet meer gebruikt worden. In het geval van de poging bleek dit nadeel te verhelpen door het algemene leerstuk te vervangen door specifieke pogingsdelicten. Maar in het geval van de voorbereiding bleek dit niet mogelijk. De voorbereiding diende derhalve als leerstuk te verdwijnen, en dat kan als een gemis worden ervaren. De verandering van schuld, opzet en voorbedachte rade naar objectief omschreven bestanddelen, leidde tot het punt dat dood door schuld, doodslag en moord niet meer konden worden onderscheiden. Dit bleek te verhelpen door het kwalijke gevolg, dood, als uitgangspunt te nemen, en dit te verzwaren met objectief omschreven omstandigheden. Qua uitsluitingsgronden hoefde er niet veel te worden veranderd. Dit omdat in het nieuwe systeem risico-uitsluitingsgronden worden

---

<sup>366</sup> Dit zou overigens zeer goed onbewust kunnen gebeuren. Omdat de mens biologisch aangeleerd is om de groep, de andere mensen, geen schade toe te brengen. Lamme 2010, p. 239. Ook Swaab merkt dit op in soortgelijke bewoordingen, zie: Swaab 2010, p. 294.

<sup>367</sup> Elffers 2005, p. 14-15. Hierop erkent hij het nut van de afschrikking, zonder daarbij overigens onderscheid te maken tussen verschillende groepen die de regels anders zouden ervaren, dus zijn latere werk van 2008 lijkt een verandering van mening ten opzichte van dit werk.

gebruikt, die overgenomen zijn uit het huidige strafrecht. De enige constatering die gemaakt diende te worden, was dat de schulduitsluitingsgrond van de ontoerekenbaarheid, niet meer gebruikt kon worden. Dit zou als onrechtvaardig kunnen worden gevoeld, maar dit probleem werd aangepakt door iedere dader therapie te verlenen, waardoor de ontoerekenbare dader toch de juiste medische zorg ontving. Ook hier zal afgewacht moeten worden of dat voldoende is om het gevoel van onrechtvaardigheid weg te nemen. Tenslotte werd de sanctionering onder de loep genomen. Daarbij viel op dat er een voordeel lijkt te bestaan, omdat de problemen rond de lange wachttijden, de uitblijvende zorg, en de negatieve effecten op de motivatie van de dader om zicht te laten behandelen, werden voorkomen. Ook bleek er een nadeel te kleven aan de nieuwe manier van sanctioneren, omdat afschrikking een belangrijk preventiedoel was. Dit nadeel bleek niet heel erg groot, omdat de afschrikking nu juist bedoeld was voor de kleine groep bij wie het wel effect leek te sorteren.

## 6 Conclusie

In deze thesis werd beoogd antwoord te geven op de vraag: Op welke manier kan er overgeschakeld worden van een schuldstrafrecht naar een strafrecht dat probeert de maatschappij te beschermen tegen risico's, zonder daarbij gebruik te maken van de vrije wil en als dit het geval is, kan een overschakeling beschouwd worden als een verbetering? Al eeuwen lang wordt er discussie gevoerd tussen harde deterministen, libertariërs en compatibilisten, die allen op een geheel eigen wijze tegen de vrije wil aankijken. Volgens het harde deterministen kan de vrije wil niet bestaan omdat de wereld volledig gedetermineerd is, terwijl de libertariërs het radicaal tegenovergestelde betogen, de vrije wil bestaat wel degelijk en daarom kan de wereld niet volledig gedetermineerd zijn, de derde stroming, het compatibilisme, probeert de vrije wil met een gedetermineerde wereld te verenigen. Tot op heden is men het nog niet eens kunnen worden over of de vrije wil bestaat, en zo ja, wat deze dan precies inhoudt. Om die reden moest in deze thesis gekozen worden voor één van de mogelijke definities van de vrije wil, die door de jaren heen zijn aangedragen. Er werd gekozen voor een definiëring die bestond uit drie stappen:

1. Een persoon moest alternatieven voor zijn handeling gehad hebben,
2. De persoon handelde met begrijpbare redenen,
3. De persoon moet zelf de initiator zijn van zijn handelen.

Voor deze definitie werd gekozen omdat het een middenweg vormde binnen alle keuzemogelijkheden die er bestonden en omdat deze definitie het meest aan leek te sluiten bij de vrije wil zoals deze in het strafrecht wordt gebruikt. De neurowetenschap, die het meest aansluit bij het harde determinisme, ontkende het bestaan van de vrije wil, waarop ook het strafrecht gebaseerd is, waardoor het hoofdstuk werd afgesloten met de opmerking dat het strafrecht wel eens in gevaar zou kunnen verkeren. Waarom dit het geval was, kwam naar voren in het tweede hoofdstuk. Waaruit volgde dat de vrije wil zeer belangrijk is voor het strafrecht. Opzet, schuld, voorbedachte rade, het strafbare feit, de strafdoelen en de strafuitsluitingsgronden, allen zijn zij afhankelijk van de vrije wil en bij sommigen is de vrije wil zelfs onmisbaar. De grote meerderheid van de neurowetenschappers en een minderheid van de juristen, voeren dan ook aan dat het strafrecht moet worden gewijzigd. Er moet afstand gedaan worden van het retribuivisme in het strafrecht en er moet overgeschakeld worden naar een strafrecht met een utilitaristische grondslag. De meeste juristen zijn het hier mee oneens, zij betogen dat het strafrecht niet gebaseerd is op een, door de wetenschap, falsifieerbare vorm van vrije wil. Het is een zinvol ordeningsprincipe en kan om die reden worden gebruikt in het strafrecht. Met deze impasse werd het tweede hoofdstuk afgesloten. In het derde hoofdstuk werd uitgegaan van de benadering zoals de neurowetenschap en een kleine minderheid van de juristen die voorstaan. Er werd gepoogd een strafrecht te ontwikkelen dat geen vrije wil en dus ook geen retribuvistische elementen in zich had. Hiervoor werd gebruik gemaakt van een publiek strafrecht, waarin de staat het monopolie tot sanctioneren had en waarin gepoogd werd de maatschappij te beschermen tegen risico's. Fundamentele kritiek op dit strafrecht, dat er onschuldige burgers gestraft zouden worden of dat er extreem strenge straffen zouden worden opgelegd, bleken niet het einde te hoeven betekenen voor het nieuwe systeem. Waardoor er verder gegaan kon worden op de zoektocht naar een vervanging voor het huidige systeem. Er werd uiteindelijk gekozen voor een strafrecht waarin het doel, preventie van criminaliteit, werd nagejaagd door gebruik te maken van generale preventie, zowel de positieve als negatieve zijde, en van speciale preventie. Daarnaast werd het strafbare feit herschreven, de gewilde spierbeweging werd vervangen door een "handeling" en de verwijtbaarheid in de zin van schuld, werd vervangen door het vertonen van onaangepast gedrag dat een risico vormt voor de maatschappij. Dit onaangepaste gedrag werd in beginsel als een risico beschouwd wanneer men een strafbare gedraging pleegde, tenzij er een rechtsgeldig beroep kon worden gedaan op één van de risico-uitsluitingsgronden. Welke in het nieuwe systeem gevormd werden door: noodweer, noodweerexces, overmacht door noodtoestand, rechtsdwaling, uitvoering wettelijk

voorschrift, uitvoeren bevoegd gegeven ambtelijk bevel en te goeder trouw uitvoeren van een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel. Men beging een strafbare gedraging, en vertoonde daarmee onaangepast gedrag dat in beginsel beschouwd werd als een risico, door de delictsomschrijving te vervullen. In deze delictsomschrijving moesten schuld, opzet en voorbedachte rade plaatsmaken voor bestanddelen die objectief werden omschreven, zodat de vrije wil, ook in de bestanddelen, geen rol meer speelde. De sanctie die opgelegd zou gaan worden voor een strafbare gedraging, die ernstig genoeg was, zou gaan bestaan uit opsluiting. Maar de opsluiting zou gepaard gaan met therapie, die beoogd de stimulus-responskoppeling weer een juiste balans te geven. In het vierde hoofdstuk werd besproken of het overschakelen beschouwd kon worden als een verbetering. Hiertoe werden drie vragen beantwoord.

1. Kent het nieuwe strafrecht voordelen ten opzichte van het huidige systeem?
2. Kent het nieuwe systeem nadelen ten opzichte van het huidige strafrecht?
3. Kunnen de nadelen worden weggenomen zonder dat daarbij de vrije wil hoeft te worden gebruikt?

Het overschakelen naar het nieuwe systeem leverde verschillende voordelen op. Zo werd het strafrecht consistent en duidelijker, vanwege de gecodificeerde strafdoelen die in aantal waren afgenomen. Ook was de manier van sanctie opleggen voordelig, gezien de grote groep daders met psychische problemen die zich in de penitentiaire instellingen bevinden en die niet goed genoeg kunnen worden verzorgd. Ook kan het overschakelen van een gewilde spierbeweging naar een handeling worden beschouwd als een verbetering, wanneer men betoogt dat het de bedoeling is de maatschappij te beschermen tegen risico's. Daar tegenover staan ook nadelen, welke voornamelijk gepaard gaan met het gevoel van onrechtvaardigheid. Zo kan het als onrechtvaardig worden gevoeld dat ook onbewuste spierbewegingen gesanctioneerd kunnen worden. Mensen die vanwege een ziekte een spastische beweging maken, kunnen dan worden veroordeeld. Ditzelfde kan worden gezegd van verdachten die, in het huidige systeem, beschouwd worden als ontoerekenbaar en die daardoor, onder omstandigheden, niet gestraft zouden worden. Deze zullen onder het nieuwe systeem wel worden gesanctioneerd, sterker nog deze mensen zullen worden beschouwd als een extra groot risico, waardoor hun sanctie wel eens zwaarder uit zou kunnen vallen. Deze gevoelens van onrechtvaardigheid lijken moeilijk of niet weg te nemen, hoewel dat wel werd geprobeerd. Een ander nadeel is dat de voorbereiding niet kon worden opgenomen in het nieuwe systeem. Dit omdat daar te veel de nadruk werd gelegd op de vrije wil, de intentie en de bedoeling van de verdachte. Hierdoor zullen verdachten pas later kunnen worden aangepakt in het nieuwe systeem en dat kan als een gemis worden ervaren. De andere verschillen die vooral terugkwamen bij de poging en bij de bestanddelen, leken neutraal te kunnen worden weggewerkt.

Dit alles leidt niet tot een eenduidige en harde conclusie. In eerste instantie omdat, vanwege de tijd die er is om een scriptie te schrijven en de ruimte die er is om de scriptie in weer te geven, niet voldoende is om een heel strafrechtssysteem in al haar facetten te bespreken. En in tweede instantie omdat er zowel voor- als nadelen zijn aan het overschakelen. Het lijkt erop dat er op een goede manier overgeschakeld kan worden naar een strafrecht waarin de vrije wil geen rol speelt. Maar deze overschakeling levert zeker ook problemen op die niet zomaar zijn weg te werken. Vooral het knagende gevoel dat er iets niet rechtvaardig is aan het systeem, blijft de kop op steken. Om de hierboven genoemde redenen kan mijn inziens niet gesteld worden dat het systeem dat in deze thesis is gepresenteerd, een verbetering is ten opzichte van het huidige systeem. Maar ik zou ook zeker niet willen stellen dat het een systeem is dat zoveel slechter is dat er geen aandacht aan zou moeten worden besteed. Het lijkt wenselijk, zeker vanwege de wetenschappelijke ontkenning van de vrije wil, om voorstellen tot wijziging van het strafrecht niet lichtvaardig ter zijde te schuiven, maar serieus te onderzoeken wat de mogelijkheden zijn om over te schakelen naar een systeem zonder vrije wil. Zodat wanneer blijkt dat de vrije wil écht niet bestaat, er een alternatief voorhanden is. Het voorgestelde systeem zou daartoe, in mijn optiek, zeker een aanzet kunnen geven

## Literatuurlijst

- Baumeister, Masicampo & Vohs 2011  
R.F. Baumeister, E.J. Masicampo & K.D. Vohs, 'Do conscious thoughts cause behavior?', *Annual Review of Psychology* (62) 2011, p. 331-361.
- Bean 1981  
P. Bean, *Punishment: a philosophical and criminological inquiry*, Oxford: Robertson 1981.
- Beccaria & Young 1986 (1764)  
C.B. Beccaria & D. Young, *Introduction to Cesare Beccaria, On Crimes and Punishment*, Trans. David Young, Indianapolis: Hackett Publishing 1986.
- Bentham & Bowring 1962  
J. Bentham & J. Bowring, *The Works of Jeremy Bentham*, John Bowring (ed.), vol. 1, New York: Russel and Russel 1962.
- Berghuis 2008  
A.C. Berghuis, 'De olifant in de kamer; generale preventie en criminaliteitstrends', *Justitiële verkenningen* (34) 2008-2, p. 11-27.
- Bieri 2007  
P. Bieri, *Handwerk van de vrijheid. Over de ontdekking van de vrije wil.*, Amsterdam: Wereldbibliotheek 2007.
- Binder & Smith 2000  
G. Binder & N.J. Smith, 'Framed: Utilitarianism and punishment of the innocent', *Rutgers Law Journal* vol. 32 2000, p. 115-224.
- Binder 2001  
G. Binder, 'Punishment Theory: Moral or Political?', *Buffalo Criminal Law Review* vol. 5 2000, p. 321-372.
- Blad 1996  
J.R. Blad, *Abolitionisme als strafrechtstheorie: theoretische beschouwingen over het abolitionisme van L.H.C. Hulsman*, Deventer/Rotterdam: Gouda Quint/Sanders Instituut 1996.
- Blad 2010  
J.R. Blad, 'More conciliation and less punishment: Demanding a public choice', *Journal of Law and Conflict Resolution* vol. 2 (5) 2010, p. 80-90.
- Blad 2011  
J.R. Blad, 'Herstelrecht en civilisering van de strafrechtspleging', in: M.C. Foblets, M. Hildebrand & J. Steenbergen (red), *Liber amicorum René Foqué*, Brussel/Den Haag: Larcier/Boom Juridische uitgevers 2011, p. 169-188.
- Blad 2013  
J.R. Blad, 'Ruimte bieden. Strafrecht en herstelrecht verzoening en vergeving.', in: J.M. Ouwerkerk & T. de Wit (red.), *Hoe te reageren op misdaad? Op zoek naar de hedendaagse betekenis van preventie, vergelding en herstel*, Den Haag: SDU uitgevers 2013, p. 89-105.
- Den Boer 2003  
J.A. den Boer, *Neurofilosofie. Neurofilosofie- hersenen, bewustzijn, vrije wil.*, Amsterdam: Boom 2003.
- Braithwaite 1989  
J. Braithwaite, *Crime, shame and reintegration*, Cambridge: Cambridge University Press 1989.
- Broers 2003  
E.J.M.F.C. Broers, *Van Plakkaat Tot Praktijk.*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2003.
- Broers 2012  
E.J.M.F.C. Broers, *Geschiedenis van het straf- en Schadevergoedingsrecht: een inleiding.*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2012.

- Buruma 1999  
Y. Buruma, 'Een strafrechtelijke ideeën geschiedenis van de 20<sup>ste</sup> eeuw', in: Y. Buruma (red.), *100 jaar strafrecht: klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999.
- Buruma 2003  
Y. Buruma, *Veiligheid door repressie: emotie of verstand?*, (WODC-lezing), Den Haag: WODC 2003.
- Buruma 2008  
Y. Buruma, 'Over biologie, technologie en strafrecht', *Justitiële verkenningen* (34) 2008-1, p. 89-98.
- Buruma 2011  
Y. Buruma, 'De vrije wil en het recht', in: M. Sie: (red), *Hoezo vrije wil? Perspectieven op een heikele kwestie*, Rotterdam: Lemniscaat 2011, p. 93-106.
- Buruma 2013  
Y. Buruma, 'De vrije wil en het strafrecht.', in: Palmyre Oomen (red), *Vrije wil: Een hersenkronkel? Wetenschappers en filosofen over een fascinerende vraag*, Zoetermeer: Klement 2013, p. 195-210.
- Carritt 1947  
E.F. Carritt, *Ethical and Political Thinking*, Oxford: Clarendon Press 1947.
- Cavadino & Dignan  
M. Cavadino & J. Dignan, *The penal system: an introduction*, Londen: Sage Publications 1992.
- Claessen 2010  
J.A.A.C. Claessen, 'Naar een neurowetenschappelijk georiënteerd misdaadrecht.', *Tijdschrift voor Herstelrecht* (3), p. 3-6.
- Claessen 2013  
J.A.A.C. Claessen, 'Strafrecht en Verlichting. Over het karakter van een waarlijk verlicht strafrechtssysteem', *Justitiële verkenningen* (39) 2013-1, p. 121-137.
- Crombag 1981  
H.F.M. Crombag, *Mens rea*, Zwolle: Tjeenk Willink 1981.
- Damasio 2010  
A. Damasio, *Het zelf wordt zich bewust Hersenen, bewustzijn, ik.*, Amsterdam: Wereldbibliotheek 2010.
- Damrosch 2011  
L. Damrosch, *Jean-Jacques Rousseau: een rusteloos genie*, Utrecht/Diemen: ten Have/Veen magazines 2011.
- Van Dellen 1987  
P. van Dellen, *Misdaad en straf in Nederland*, Assen: Van Gorcum 1987.
- Dennett 2004  
D.C. Dennett, *Freedom evolves*, Londen: Penguin 2004.
- Van Dijk 2008  
A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen. Over opzet, schuld, schulduitsluitingsgronden en straf*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers n.v. 2008.
- Dworkin 2011  
R. Dworkin, *Justice for hedgehogs*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press 2011.
- Easton & Piper 2005  
S.M. Easton & C. Piper, *Sentencing and punishment: the quest for justice*, Oxford: Oxford University Press 2005.
- Elffers 2005  
H. Elffers, *De rationele regelovertreder*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.
- Elffers 2008  
H. Elffers, 'Afschrikking en het aanleren van normen; de theorie van Kelman toegepast op het strafrecht', *Justitiële verkenningen* (34) 2008-2, p. 82-98.
- Enschede 1983

- CH.J. Enschedé, 'De ernst van het feit, de persoon en de persoonlijke omstandigheden van de dader', in: A.L. Melai, E. Andre de La Porte & W.M.A. Bremmer (red.), *Bij deze stand van zaken: bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1983.
- Enschedé & Bosch 2005  
CH.J. Enschedé, *Beginselen van strafrecht*, (bewerkt door M. Bosch), Deventer: Kluwer 2005.
- Foqué & 't Hart 1990  
R. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en Rechtsbescherming: grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer 1990
- Frankfurt 1969  
H.G. Frankfurt, 'Alternate Possibilities and Moral Responsibility.', *The Journal of Philosophy*, (69) no. 23 December 1969, p. 829-839.
- Frankfurt 1971  
H.G. Frankfurt, 'Freedom of the Will and the Concept of a Person.', *The Journal of Philosophy*, (68) no. 1 January 1971, p. 5-20.
- Frankfurt 1998  
H.G. Frankfurt, 'Alternate Possibilities and Moral Responsibility.', in: H.G. Frankfurt (red.), *the importance of what we care about*, New York: Cambridge University Press 1998, p. 1-10.
- Glas 2007  
G. Glas, 'Neurowetenschap en de vrije wil.', In C. Dekker, R. van Woudenberg & G. van den Brink (red), *Omhoog kijken in plat land. Over geloven in de wetenschap.*, Kampen: Ten Have 2007, p. 221-242.
- Goodin 1995  
R.E. Goodin, *Utilitarianism as a public philosophy*, Cambridge/New York: Cambridge University Press 1995.
- Greene & Cohen 2008  
J. Greene & J.D. Cohen, 'Neurowetenschappen veranderen niets en alles aan het rechtssysteem', *Justitiële verkenningen* (34) 2008-1, p. 99-130. het originele artikel is te vinden in *Philosophical transactions of the Royal Society serie B* 2004, p. 1775-1785.
- Groenhuijsen 1989  
M.S. Groenhuijsen, 'Schuld en boete. Een beschouwing over strafrechtelijke verantwoordelijkheid.', in: M. Bovens e.a. (red.), *Verantwoordelijkheid: retoriek en realiteit*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 43-62.
- Gutwirth & de Hert 2001  
S. Gutwirth & P. de Hert, 'een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van de slachtoffers', *Delict en Delinkwent* december 2001, p. 1048-1087.
- Gutwirth & de Hert 2004  
S. Gutwirth & P. de Hert, 'Vergelding: een kernbegrip van het strafrecht', in: (E. Prakken, A.H. Klip & A.L. Smeulders red.), *KriTies: Liber amicorum et amicarum voor prof. Mr. E. Prakken*, p. 295-312
- Haggard & Eimer 1999  
P. Haggard & M. Eimer, 'On the relation between brain potentials and the awareness of voluntary movements.', *Experimental Brain Research* (126) 1999, p. 128-133.
- Haggard & Libet 2001  
P. Haggard & B. Libet, 'Conscious Intention and Brain Activity.', *Journal of Consciousness Studies* (8) no. 11 2001, p. 47-63.
- Van Hamel 1927  
G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht*, Haarlem/'s-Gravenhage: Bohn/gebr. Belinfante 1927.

- 't Hart 1997  
A.C. 't Hart, 'Straf, recht en waarden', in: A.C. 't Hart, *de meerwaarde van het strafrecht*, Den Haag: SDU uitgevers 1997, p. 111-123.
- Hazewinkel-Suringa & Remmelink 1996  
D. Hazewinkel-Suringa & J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996.
- De Hullu 2009  
J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009.
- Van Inwagen 1983  
P. van Inwagen, *An essay on free will.*, Oxford: Clarendon 1983.
- Van Inwagen 2000 2002  
P. van Inwagen, 'Free will remains a mystery', in: R. Kane (red.), *the Oxford handbook of free will*, New York: Oxford University Press 2000, p. 158-177. eerder verschenen in *Philosophical Perspectives* (14) 2000, p. 1-19.
- Van Inwagen 2008  
P. van Inwagen, 'How to think about the problems of free will', *Journal of Ethics* 2008 (12) p. 327-341.
- De Jong 2009  
F. de Jong, *Daad-Schuld. Bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijzondere aandacht voor de normativering van het delictbestanddeel opzet. (Act-Inferred culpability. A contribution to a legal theory of action with special reference to the normativisation of the mental element of intent in criminal law)*, Doctoral dissertation Utrecht University, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
- De Jong 2013  
F. de Jong, 'Wilsvrijheid en strafrechtelijke verantwoordelijkheid. Een rondgang Langs fysicalisme, connectionisme en belichaamde cognitie', *Justitiële verkenningen* (39) 2013-1, p. 10-40.
- Jonkers 1984  
W.H.A. Jonkers, *Inleiding tot de strafrechtsdogmatiek: het schuldbeginnsel, het legaliteitsbeginnsel, de strafbaarheidsvoorwaarden en de deelneming*, Zwolle: Tjeenk Willink 1984.
- Jonkers 1999  
W.H.A. Jonkers, 'De strafrechtelijke straf: inhoud, grondslag en doeleinden', in: Y. Buruma (red.), *100 jaar strafrecht: klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999, p. 163-177.
- Jörg, Kelk & Klip 2012  
N. Jörg, C. Kelk & A.H. Klip, *Strafrecht met mate*, Deventer; Kluwer 2012.
- Kane 1996  
R. Kane, *Significance of free will.*, New York: Oxford University Press 1996.
- Kane 2005  
R. Kane, *A contemporary introduction to free will*, Oxford: Oxford University Press 2005.
- De Keiser, Weerman en Huisman 2013  
J.W. de Keiser, F.M. Weerman en W. Huisman, "Het criminele brein en het vraagstuk van de strafrechtelijke aansprakelijkheid", *Delikt en Delinkwent* september 2013, p. 474-480.
- Kelk 1994  
C. Kelk, *De menselijke verantwoordelijkheid in het strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994.
- Kelman 1961  
H.C. Kelman, 'Process of opinion change', *Public Opinion quarterly* (25) 1961, p. 57-78.
- Knigge 1988  
G. Knigge, *Het irrationele van de straf*, Arnhem: Gouda Quint 1988.



- Knottenbelt, Toringa & Verheugt 1990  
 B. Knottenbelt, R.A. Toringa & I.W.P. Verheugt, *Inleiding In het Nederlandse recht*, Arnhem: Gouda Quint 1990.
- Kooijmans 2014  
 T. Kooijmans, 'De roekeloze automobilist', *Ars Aequi* februari 2014, p. 118-124.
- Kooijmans 2015  
 T. Kooijmans, 'Door roekeloosheid getriggerd', *Ars Aequi* februari 2015, p. 130-135.
- Koopmans 2007  
 F.A.J. Koopmans, *Het beslissingsmodel van 349/350 Sv*, Deventer: Kluwer 2007.
- Kwakman 2011  
 N.J.M. Kwakman, 'Strafrecht zonder vrije wil: risicohaftung in plaats van schuldstrafrecht', *Ars Aequi* december 2011, p. 856-858.
- Lamme 2008  
 V.A.F. Lamme, 'Controle, vrije wil en andere kletskoek', *Justitiële verkenningen* (34) 2008-1, p. 78-88.
- Lamme 2010  
 V.A.F. Lamme, *De vrije wil bestaat niet. Over wie er echt de baas is in het brein*, Amsterdam: Bert Bakker 2010.
- Langemeijer 1975  
 G.E. Langemeijer, *Strafrecht of -onrecht?*, Deventer: Kluwer 1975.
- Leilich 2011  
 J. Leilich, 'Hoe irrationeel zijn libertariërs? Peter Bieri over de vrije wil.', *Filosofie* (21) 2011-3, p. 9-14.
- Leoné 2013  
 F. Leoné, 'Hersenen wijst uit: de vrije wil is schone schijn', in: Palmyre Oomen (red), *Vrije wil: Een hersenkronkel? Wetenschappers en filosofen over een fascinerende vraag*, Zoetermeer: Klement 2013, p. 27-44.
- Levy 2005  
 N. Levy, 'Libet's impossible demand', *Journal of Consciousness Studies* (12) 2005, p. 67-76
- Libet 1985  
 B. Libet, 'Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action.', *Behavioral and Brain Sciences* (8) 1985, p. 529-566.
- Libet 1999  
 B. Libet, 'Do we have free will?', *Journal of Consciousness Studies* (6) 1999, p. 47-57.
- Libet 2003  
 B. Libet, 'Can Conscious Experience Affect Brain Activity?', *Journal of Consciousness Studies* (11) no. 12 2003, p. 24-28.
- Libet 2004  
 B. Libet, *Mind time: The temporal factor in consciousness*, Cambridge: Harvard University Press 2004.
- Lokhorst 2008  
 G.J.C. Lokhorst, 'Hersenen en recht: geen koninklijke weg', *Justitiële verkenningen* (34) 2008-1, p. 67-76.
- Mackor 2010  
 A.R. Mackor, 'Strafrecht en neurowetenschappen. Hoop, huiver of hype?', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* (39), p. 3-8.
- McCloskey 1957  
 H.J. McCloskey, 'An examination of Restricted Utilitarianism', *Philosophical Review* 66, p. 466-485.
- McCloskey 1965  
 H.J. McCloskey, 'A Non-Utilitarian Approach to Punishment', *Inquiry* 8, 1965, p. 249-263.

- Mevis 2009  
P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht. Een thematische inleiding.*, Amsterdam: Ars Aequi Libri 2009.
- Meynen 2008  
G. Meynen, 'Vrije wil en neurowetenschap', in: J.A. den Boer, G. Glas & A.W.M. Mooij (red), *Kernproblemen van de psychiatrie*, Amsterdam: Boom 2008, P. 266-298.
- Meynen 2009  
G. Meynen, 'De vrije wil in de forensische psychiatrie.', *Tijdschrift voor psychiatrie* 51 (12), p. 873-881.
- Moerings 2003  
L.M. Moerings, *Straffen met het oog op veiligheid, een onderneming vol risico's*, (oratie Leiden), 2003.
- Mooij 2004  
A.W.M. Mooij, *Toerekeningsvatbaarheid. Over handelingsvrijheid*, Amsterdam: Boom 2004.
- Morse 2008  
S.J. Morse, 'Determinism and the Death of Folk Psychology: Two Challenges to Responsibility From Neuroscience.', *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* 2008 (9) no. 1, p. 1-36.
- Mulder 1973  
G.E. Mulder, *Rechtdoen en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 1973.
- Müller, van Miltenburg & Evers 2013  
T. Müller, N. van Miltenburg & H.W.A. Evers, 'Experimenteren met vrije wil.', in: Palmyre Oomen (red), *Vrije wil: Een hersenkronkel? Wetenschappers en filosofen over een fascinerende vraag*, Zoetermeer: Klement 2013, p. 141-153.
- Nagel 2002  
T. Nagel, 'Right and wrong', in: T. Nagel, *Concealment and exposure & other essays*, New York: Oxford University press 2002, p. 113-133.
- Nagtegaal 2004  
M. Nagtegaal, 'Het dilemma van de vrije wil in de forensische psychologie.', *De Psycholoog* 2004 (1), p. 3-9.
- Nieboer 1991  
W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991.
- Oomen 2013a  
P.M.F. Oomen, 'Vrije wil: een hersenkronkel?', in: Palmyre Oomen (red), *Vrije wil: Een hersenkronkel? Wetenschappers en filosofen over een fascinerende vraag*, Zoetermeer: Klement 2013, p. 8-26.
- Oomen 2013b  
P.M.F. Oomen, 'Over het samengaan van de vrije wil en determinisme. Een verkenning met een open einde.', in: Palmyre Oomen (red), *Vrije wil: Een hersenkronkel? Wetenschappers en filosofen over een fascinerende vraag*, Zoetermeer: Klement 2013, p. 117-140.
- Patijn 1938  
J.H. Patijn, *De voorwaardelijke invrijheidstelling: [avec des documents legislatifs et statistiques en appendices]*, 's-Gravenhage: Nijhoff 1938.
- Pompe 1959  
W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht.*, Zwolle: Tjeenk Willink 1959.
- Prakken 2011  
E. Prakken, 'Het strafrecht en de kwebbeldoos', in: F. Koenraadt & R. Wolleswinkel (red.), *Homo ludens en humaan strafrecht. Gedenkbundel dr. Peter Bal*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 51-62.
- Rawls 1955  
J. Rawls, 'Two concepts of rules', *Philosophical Review* vol. 64 nr. 1 1955, p. 3-32.

- Robert 1986  
C.N. Robert, *l'impératif sacrificiel. Justice pénale: au-delà de l'innocence et de la culpabilité*, Lausanne: Editions D'en Bas 1986.
- Roef 2011  
D. Roef, 'Hoe vrij moet de wil in het strafrecht zijn? Een beschouwing over verantwoordelijkheid, wilsvrijheid en neurodeterminisme', in: F. Koenraadt & R. Wolleswinkel (red.), *Homo ludens en humaan strafrecht. Gedenkbundel dr. Peter Bal*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 3-26.
- Roef 2013  
D. Roef, 'Welke vrije wil heeft het strafrecht nodig? Over bewustzijn, brein en capaciteitsverantwoordelijkheid', *Justitiële verkenningen* (39) 2013-1, p. 40-54.
- Roef 2014  
D. Roef, 'Heeft mijn brein het gedaan?', *Ars Aequi* oktober 2014, p. 698-700.
- Sapolsky 2004  
R.M. Sapolsky, 'The frontal cortex and the criminal justice system', *Philosophical Transactions of the Royal Society of London* (359) 2004, p. 1787-1796.
- Searle 2007  
J.R. Searle, *Freedom & Neurobiology. Reflections on free will, language and political power.*, New York: Columbia University Press 2007.
- Slors 2008  
M.V.P. Slors, 'Philosophy of mind in wetenschappelijke context: een beknopt overzicht', in: J.A. den Boer, G. Glas & A.W.M. Mooij (red.), *Kernproblemen van de psychiatrie*, Amsterdam: Boom 2008, p. 13-45.
- Slors 2011  
M.V.P. Slors, 'Neurowetenschappen en de vrije wil.', in: M. Sie (red.), *Hoezo vrije wil? Perspectieven op een heikele kwestie*, Amsterdam: Lemniscaat 2011, p. 159-170.
- Slors 2012  
M.V.P. Slors, *Dat had je gedacht! Brein, bewustzijn en vrije wil in filosofisch perspectief*, Amsterdam: Boom 2012.
- Stevens & Prins 2013  
L. Stevens & M.M. Prins, 'Afwezigheid van opzet bij de geestelijk gestoorde verdachte. Het gedragskundig oordeel uit juridisch perspectief.', *Expertise en Recht* 2013 5(6), p. 113-119.
- Stolwijk 2009  
S.A.M. Stolwijk, *een inleiding in het strafrecht in dertien hoofdstukken*, Deventer: Kluwer 2009.
- Swaab 2010  
D.F. Swaab, *Wij zijn ons brein. Van baarmoeder tot alzheimer*, Amsterdam/Antwerpen: Contact 2010.
- Van Swaaningen 1999  
R. van Swaaningen, 'Afscheid van het strafrecht? Rechtshandhaving van staat naar samenleving', *Justitiële verkenningen* (25) 1999-9, p. 43-60.
- Twining 1985  
W.L. Twining, *Theories of Evidence*, Bentham & Wigmore, Londen: Weidenfeld & Nicolson 1985.
- Vedder 2008  
A. Vedder, 'Convergerende technologieën, verschuivende verantwoordelijkheden.', *Justitiële verkenningen* (34) 2008-1, p. 54-67.
- Van Veen 1969  
Th.W. van Veen, *De straf als instrument*, Assen: Van Gorcum 1969.
- Verplaetse 2011  
J. Verplaetse, *Zonder vrije wil. Een filosofisch essay over verantwoordelijkheid*, Amsterdam: Nieuwezijds 2011.

Vincent 2013

N.A. Vincent, 'strafrechtelijke verantwoordelijkheid en de neurowetenschappen', *Justitiële verkenningen* (39) 2013-1, p. 65-78. eerder verschenen zie: N.A. Vincent, 'On the relevance of neuroscience to criminal responsibility', *Criminal Law and Philosophy* (4) 2010-1, p. 77-98.

Ten Voorde 2008

J.M. ten Voorde, 'Strafrechtstheoretische bespiegelingen over afschrikking en generale preventie', *Justitiële verkenningen* (34) 2008-2, p. 57-70.

Van der Wal 2011

G.A. van der Wal, 'Een verdediging van de wilsvrijheid op basis van een nieuw zich aftekenend natuurbeeld.', in: M.C. Foblets, M. Hildebrand & J. Steenbergen (red), *Liber amicorum René Foqué*, Brussel/Den Haag: Larcier/Boom Juridische uitgevers 2011, p. 615-629.

Van Walsum 2007

P. van Walsum, *de vrije wil*, Amsterdam: balans 2007.

Walter 2001

H. Walter, *Neurophilosophy of free will. From libertarian illusions to a concept of natural autonomy.*, Massachusetts: MIT Press 2001.

Watkin 1999

T.G. Watkin, *An Historical Introduction to Modern Civil Law*, Ashgate/Darhmouth: Aldershot 1999.

Wegner 2002

D.M. Wegner, *The illusion of conscious will*, Cambridge MA: MIT Press 2002.

Wegner 2004

D.M. Wegner, 'Précis of the illusion of conscious will.', *Behavioral and Brain Sciences* (27) 2004, p. 649-692.

Wolf 1990

S. Wolf, *Freedom within reason*, New York/Oxford: Oxford University Press 1990.

## **Jurisprudentie**

Rb. Zutphen 9 november 2007, 06/0003-07.

Rb. Groningen 12 november 2008, LJN BG4169.

Hof Leeuwarden 24 april 2001, LJN AE1877.

Hof Arnhem 17 maart 2010, LJN BL7919.

Hof Arnhem 14 april 2010, NJ 2010, 363.

Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2010, LJN BN9444.

HR 19 juni 1911, W 9203.

HR 4 februari 1916, NJ 1916, 681.

HR 15 oktober 1923, NJ 1923, 1329.

HR 19 januari 1931, NJ 1931, 145.

HR 20 februari 1933, NJ 1933, 918.

HR 9 maart 1934, NJ 1934, 450.

HR 14 oktober 1940, NJ 1941, 684.

HR 9 maart 1948, NJ 1948, 370.

HR 22 november 1949, NJ 1950, 180.

HR 31 januari 1950, NJ, 1950 286.

HR 29 mei 1951, NJ 1951, 480.

HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378.

HR 9 november 1954, NJ 1954, 55.

HR 10 september 1957, NJ 1958, 5.

HR 13 december 1960, NJ 1961, 416.

HR 24 oktober 1978, NJ 1979, 52.

HR 5 januari 1982, NJ 1982, 232.

HR 8 september 1987, NJ 1988, 612.

HR 6 maart 1990, *NJ* 1990, 837.  
HR 9 oktober 1990, *NJ* 1991, 13.  
HR 24 maart 1992, *NJ* 1992, 815.  
HR 8 december 1987, *NJ* 1988, 896.  
HR 8 december 1992, *NJ* 1993, 321.  
HR 2 februari 1993, *NJ* 1993, 476.  
HR 9 mei 1995, *NJ* 1995, 501.  
HR 15 oktober 1996, *NJ* 1997, 199.  
HR 4 februari 1998, *NJ* 1999, 156.  
HR 14 april 1998, *NJ* 1998, 662.  
HR 27 juni 2000, *NJ* 2000, 605.  
HR 10 oktober 2000, *NJ* 2001, 4.  
HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552.  
HR 24 juni 2003, *NJ* 2003, 555.  
HR 18 november 2003, *JOL* 2003, 605.  
HR 18 november 2003, *JOL* 2003, 603.  
HR 17 februari 2004, *NJ* 2004, 400.  
HR 24 februari 2004, *NJ* 2004, 375.  
HR 1 juni 2004, *NJ* 2005, 252.  
HR 14 december 2004, *NJ* 2006, 448.  
HR 18 januari 2005, *NJ* 2005, 154.  
HR 22 februari 2005, AR5714.  
HR 4 april 2006, *NJ* 2007, 144.  
HR 20 februari 2007, *NJ* 2007, 313.  
HR 20 november 2007, *JOL* 2007, 138.  
HR 9 februari 2008, *NJ* 2009, 157.  
HR 8 april 2008, *NJ* 2008, 312.  
HR 22 mei 2012, *NJ* 2012, 488.  
HR 3 juli 2012, *NJ* 2012, 489.  
HR 4 december 2012, *NJ* 2013, 16.  
HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:959.  
HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:960.  
HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:962.  
HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:964.  
HR 3 december 2013, *NJ* 2014, 30.  
HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:362

## **Kamerstukken**

Kamerstukken \*\* 1977/78, 15 012, nr. 3.  
Kamerstukken II 2001/2, 27 834, nr. 2.  
Kamerstukken II 2001/2, 28 484, nr. 3.  
Kamerstukken II 2003/4, 29 200 VI, nr. 167.  
Kamerstukken II 2004/5, 30 023, nr. 1.  
Antwoord van Fred Teeven op Kamervragen, 7 oktober 2014, nr. 2014D35432.

## **Rapporten**

Bregman & Wartna 2010

I.M. Bregman & B.S.J. Wartna, Recidive TBS 1974-2006. Ontwikkelingen in de strafrechtelijke recidive van ex-terbeschikkinggestelden: een tussenverslag, (WODC) Den Haag: WODC 2010.

- Bregman & Wartna 2011  
I.M. Bregman & B.S.J. Wartna, Recidive TbS 1974-2008. Ontwikkelingen in de strafrechtelijke recidive van ex-terbeschikkinggestelden, (WODC) Den Haag: WODC 2011.
- Lens, Pemberton & Groenhuijsen 2010  
K. Lens, A. Pemberton & m. Groenhuijsen, Het spreekrecht in Nederland. Een bijdrage aan het emotioneel herstel van slachtoffers?, (Universiteit van Tilburg, interviect WODC) Tilburg: Universiteit van Tilburg, Intervict 2010.
- De Nationale ombudsman 1996  
De Nationale ombudsman, Onderzoek ingevolge art. 15 Wet Nationale ombudsman naar een gedraging van: de minister van justitie, openbaar rapport, rapportnummer 96/575, 1996.
- Raad voor de Strafrechtstoepassing en jeugdbescherming 2007  
Raad voor de Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming, De zorg aan gedetineerden met een ernstige psychische stoornis of verslaving, advies van 2 april 2007.
- Raad voor strafrechtstoepassing en jeugdbescherming 2012  
Raad voor strafrechtstoepassing en jeugdbescherming, Advies forensische zorg tijdens detentie, advies van 27 september 2012.
- Ruiter, Tolsma, de Hoon, Elffers & van der Laan 2011  
S. Ruiter, J. Tolsma, M. de Hoon, H. Elffers & P. van der Laan, De burger als rechter. Een onderzoek naar geprefereerde sancties voor misdrijven in Nederland, (NSCR) Amsterdam: NSCR 2011.
- Van Tilburg, Boerman, Prins & Lakhi 2003  
W. van Tilburg, F.A. Boerman, L. Prins & K.D. Lakhi, Landelijke criminaliteitskaart 2002. Aangifte- en verdachteanalyse op basis van HKS-gegevens, Zoetermeer: KLDP 2003.
- Wartna, Blom, Tollenaar, Alma, Essers, Alberda & Bregman 2009  
B.S.J. Wartna, M. Blom, N. Tollenaar, S.M. Alma, A.A.M. Essers, D.L. Alberda & I.M. Bregman, Recidivebericht 1997-2006. Ontwikkelingen in de recidive van Nederlandse justitiabelen, (WODC) Den Haag: WODC 2009.
- Wartna & Tollenaar 2004  
B.S.J. Wartna & N. Tollenaar, Bekende van justitie. Een verkennend onderzoek naar de 'veelplegers' in de populatie van vervolgte daders, (WODC) Den Haag: Boom 2004.
- Wartna, el Harbachi & van der Knaap 2005  
B.S.J. Wartna, S. el Harbachi & L.M. van der Knaap, buiten behandeling. Een cijfermatig overzicht van de strafrechtelijke recidive van ex-terbeschikkinggestelden, (WODC) Den Haag: Boom 2005.
- Wartna, el Harbachi & Essers 2006  
B.S.J. Wartna, S. El Harbachi & A.A.M. Essers, strafrechtelijke recidive ex-terbeschikkinggestelden. Welk Percentage wordt na beëindiging van de maatregel opnieuw vervolgd voor een ernstig delict?, (WODC) Den Haag: Boom 2006.
- Wartna, Kalidien, Tollenaar & Essers 2006  
B.S.J. Wartna, S.N. Kalidien, N. Tollenaar & A.A.M. Essers, Strafrechtelijke recidive van ex-gedeteneerden. Uitstroomperiode 1996-2003, (WODC), Den Haag: WODC 2006.
- Wartna, Tollenaar & Essers 2005  
B.S.J. Wartna, N. Tollenaar & A.A.M. Essers, Door na de gevangenis. Een cijfermatig overzicht van de strafrechtelijke recidive onder ex-gedeteneerden, (WODC) Den Haag Boom 2005.
- Wartna, Tollenaar, Verweij, Timmermans, Witvliet & Homburg 2014.  
B.S.J. Wartna, N. Tollenaar, S. Verweij, M. Timmermans, M. Witvliet & G.H.J. Homburg, Terugval in recidive. Exploratie van de daling in de recidivecijfers van

jeugdigen en ex-gedetineerden bestraft in de periode 2002-2010, (WODC) Den Haag: WODC 2014.

Wever, van Someren, Stienstra en Klunder 2008

J. Wever, P. van Someren, H. Stienstra & G. Klunder, Menselijk gedrag bij vluchten uit gebouwen, (onderzoek uitgevoerd op verzoek van het ministerie van binnenlandse zaken en koninkrijksrelaties) rapport van de DSP-groep en SBR 2007.

Van Wijk, de Vries-Robbé, Nieuwenhuis & Smulders 2009

A.Ph. van Wijk, E. de Vries-Robbé, A. Nieuwenhuis & A.J. Smulders, Uitstel van behandeling? Een verkennend onderzoek van TBS-gestelden met en zonder een combinatievonnissen en de mogelijke effecten van detentie, Arnhem: Advies- en onderzoeksgroep Beke/WODC 2009.