

VU Research Portal

Stoornis en strafuitsluiting

Bijlsma, J.

2016

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Bijlsma, J. (2016). *Stoornis en strafuitsluiting: Op zoek naar een toetsingskader voor ontoerekenbaarheid*. [, Vrije Universiteit Amsterdam]. Wolf legal publishers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Stoornis en strafuitsluiting

Op zoek naar een toetsingskader
voor ontoerekenbaarheid

Johannes Bijlsma



Stoornis en strafuitsluiting

Op zoek naar een toetsingskader voor ontoerekenbaarheid

Johannes Bijlsma

ISBN: 978-94-6240-284-3

Dit boek is een uitgave van:
Wolf Legal Publishers (WLP)
Postbus 313
5060 AH Oisterwijk
info@wolfpublishers.nl
www.wolfpublishers.com

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van artikel 16B en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprorecht. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van artikel 16 Auteurswet 1912 dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

© Auteur / WLP 2016

VRIJE UNIVERSITEIT

Stoornis en strafuitsluiting

**Op zoek naar een toetsingskader
voor ontoerekenbaarheid**

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad Doctor aan
de Vrije Universiteit Amsterdam,
op gezag van de rector magnificus
prof.dr. V. Subramaniam,
in het openbaar te verdedigen
ten overstaan van de promotiecommissie
van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid
op woensdag 13 april 2016 om 15.45 uur
in de aula van de universiteit,
De Boelelaan 1105

door
Johannes Bijlsma
geboren te Franeker

promotoren: prof.mr. E. van Sliedregt
prof.mr. F.W. Bleichrodt
copromotor: prof.mr. L. Stevens

Inhoudsopgave

Afkortingen	V
--------------------	----------

Inleiding

Ontoerekenbaarheid onderzocht	VII
I Een onduidelijk afgebakende grond voor strafuitsluiting	VII
II Probleemstelling	XIII
III Opbouw en methode	XIV
IV Afbakening van het onderzoek	XIX

DEEL I

Hoofdstuk 1

Het stoornisvereiste van artikel 39 Sr	3
1.1 Inleiding: drie manieren om ontoerekenbaarheid vorm te geven	3
1.2 Wetsgeschiedenis: de formulering van het stoornisvereiste	5
1.2.1 Inleiding	5
1.2.2 “Geestvermogens”	5
1.2.3 “Gebrekkige ontwikkeling” en “ziekelijke stoornis”	7
1.3 Wat voor stoornisconcept bevat artikel 39 Sr?	9
1.3.1 Inleiding	9
1.3.2 Een negatief gedefinieerd juridisch stoornisconcept?	10
1.3.3 Een psychiatrisch of een positief gedefinieerd juridisch stoornisconcept?	13
1.4 Conclusie	17

Hoofdstuk 2

Een criterium voor ontoerekenbaarheid?	19
2.1 Inleiding	19
2.2 Wetsgeschiedenis: de (mislukte) zoektocht naar een criterium	19
2.2.1 Inleiding	19
2.2.2 De discussie over een criterium in de Commissie De Wal	20
2.2.3 Van artikel 47 ORO naar 37 Sr: Moddermans redactie krijgt kracht van wet	22
2.2.4 Vereist artikel 39 Sr de toepassing van een criterium?	25
2.3 De Hoge Raad over ontoerekenbaarheid	28
2.4 Criteria voor ontoerekenbaarheid in de strafrechtelijke literatuur	31
2.4.1 Inleiding	31
2.4.2 Het ORO-criterium in handboeken uit de eerste helft van de twintigste eeuw	31
2.4.3 Van Bemmelen: abnormaliteit	32
2.4.4 Rölíng: rechtssubjectiviteit	33
2.4.5 Hazewinkel-Suringa: karakter	34
2.4.6 Van Eck: psychologische voorwaarden voor wilsvrijheid	35
2.4.7 Peters: instrumenteel toerekenen	36
2.4.8 Nieboer: causaliteit	37
2.4.9 Haffmans: toerekenen als normatief oordeel over het daad-dadercomplex	38
2.4.10 Van Dijk: irrationaliteit	39
2.5 Ontoerekenbaarheid in hedendaagse handboeken	39
2.5.1 Inleiding	39
2.5.2 Drie vragen	40
2.5.3 Uiteenlopende invulling van de derde vraag	42
2.6 Conclusie	45

Hoofdstuk 3

Criteria voor ontoerekenbaarheid in de feitenrechtspraak	47
3.1 Inleiding	47
3.2 Wijze van selectie	47
3.3 Criteria voor ontoerekenbaarheid in de feitenrechtspraak van 2002 tot en met 2011	49
3.3.1 Inleiding	49
3.3.2 Tien criteria	49
3.3.2.1 Stoornis	49
3.3.2.2 Weloverwogen handelen	50
3.3.2.3 Inzicht in de draagwijdte van de gedragingen / willens en wetens handelen	51
3.3.2.4 Realiteitsbesef	52
3.3.2.5 Motief	53
3.3.2.6 Abnormaliteit	53
3.3.2.7 ORO-criterium	54
3.3.2.8 Controle	54
3.3.2.9 Vrije wil	55
3.3.2.10 Causaliteit	55
3.4 Conclusie	56

Hoofdstuk 4

Forensisch-gedragwetenschappelijke criteria voor ontoerekeningsvatbaarheid	57
4.1 Inleiding	57
4.2 Gradaties van toerekeningsvatbaarheid: de vijf- en driepuntsschaal	57
4.3 Criteria voor ontoerekeningsvatbaarheid	60
4.3.1 Inleiding	60
4.3.2 Nieboer: psychoanalytische benadering	60
4.3.3 Brand: morele ontwikkeling	62
4.3.4 Mooij: vermogen tot overleg	64
4.3.5 Het ORO-criterium	65
4.3.6 Causaliteit	65
4.4 Toerekeningsvatbaarheid: gedragwetenschappelijke vaststelling of verkapt juridisch oordeel?	67
4.5 Gedragwetenschappelijke kritiek op de advisering <i>pro justitia</i>	69
4.6 De ethisch-filosofische “standaard” voor ontoerekenbaarheid van Meynen	70
4.7 Conclusie	72

DEEL II

Hoofdstuk 5

Vergelijking met de <i>insanity defense</i> in het Amerikaanse strafrecht	75
5.1 Zijn <i>insanity</i> en ontoerekenbaarheid vergelijkbaar?	75
5.2 Twee functionele equivalenten van ontoerekenbaarheid: <i>competence to stand trial</i> en <i>intoxication</i>	80
5.3 Procesrechtelijke beperkingen aan het onderzoek	82
5.4 Opbouw van het onderzoek	83

Hoofdstuk 6

De <i>M’Naghten rules</i>	85
6.1 Inleiding	85
6.2 Van de <i>wild beast test</i> en de <i>right-wrong test</i> naar de <i>M’Naghten rules</i>	85
6.2.1 <i>Insanity</i> vóór de <i>M’Naghten rules</i> : Arnold en Hadfield	85
6.2.2 De strafzaak tegen <i>M’Naghten</i> en de <i>M’Naghten rules</i>	88

6.2.2.1 De strafzaak tegen M'Naghten	88
6.2.2.2 De <i>rules</i> als reactie op de vrijspraak van M'Naghten	89
6.3 De <i>M'Naghten rules</i> in Californië	92
6.3.1 Inleiding	92
6.3.2 Artikel 25 lid b CPC	92
6.3.3 Het stoornisvereiste	94
6.3.4 Het criterium	97
6.3.4.1 "Knowing or understanding"	97
6.3.4.2 "The nature and quality of his or her act"	98
6.3.4.3 "Distinguishing right from wrong"	100
6.3.4.4 Verwerping van het beroep op <i>insanity</i>	105
 <i>Hoofdstuk 7</i>	
De <i>irresistible impulse test</i>	107
7.1 Inleiding	107
7.2 Uitbreiding van de <i>M'Naghten rules</i> met de <i>irresistible impulse test</i>	107
7.3 De <i>irresistible impulse test</i> in Virginia	110
7.3.1 Inleiding	110
7.3.2 Het stoornisvereiste	112
7.3.3 "Irresistible impulse"	113
 <i>Hoofdstuk 8</i>	
De <i>product test</i>	117
8.1 Inleiding	117
8.2 Een alternatief voor de <i>M'Naghten rules</i> : de <i>product test</i>	117
8.3 De <i>product test</i> in het District of Columbia van 1954 tot 1972	121
8.3.1 Inleiding	121
8.3.2 Het stoornisvereiste	121
8.3.3 "Product"	124
 <i>Hoofdstuk 9</i>	
De <i>MPC test</i>	131
9.1 Inleiding	131
9.2 Modernisering van de <i>M'Naghten rules</i> en de <i>irresistible impulse test</i> : de <i>MPC test</i>	131
9.3 De <i>MPC test</i> in Massachusetts	135
9.3.1 Inleiding	135
9.3.2 Het stoornisvereiste	136
9.3.3 Het criterium	137
9.3.3.1 "Substantially unable"	137
9.3.3.2 "To appreciate the criminality (wrongfulness) of his conduct"	138
9.3.3.3 "To conform his conduct to the requirements of the law"	139
9.3.3.4 De rol van de omstandigheden van het geval bij het oordeel over <i>insanity</i>	142
 <i>Hoofdstuk 10</i>	
De <i>mens rea</i>-benadering van <i>insanity</i> en <i>diminished capacity</i>	143
10.1 Inleiding	143
10.2 De <i>mens rea</i> -benadering van <i>insanity</i>	143
10.2.1 Hervormingen na de vrijspraak van Hinckley	143
10.2.2 De <i>mens rea</i> -benadering in Kansas	146
10.3 <i>Diminished capacity</i>	147
10.3.1 Inleiding	147
10.3.2 <i>Indeterminate sentencing</i> en psychische stoornis	149
10.3.3 Gereguleerde straftoemeting en <i>diminished capacity</i>	152

<i>Hoofdstuk 11</i>	
De lessen van de <i>insanity defense</i>	157
11.1 Rechtsontwikkeling	157
11.2 Stoornisvereiste	159
11.3 Criteria	160
 DEEL III	
<i>Hoofdstuk 12</i>	
Het stoornisconcept van artikel 39 Sr: <i>folk psychology</i>, strafrechtelijke aansprakelijkheid en stoornis	165
12.1 Inleiding	165
12.2 <i>Folk psychology</i> , strafrechtelijke aansprakelijkheid en stoornisconcept	168
12.2.1 Inleiding: nadere uitwerking methode	168
12.2.2 <i>Folk psychology</i> als verklaring van menselijk gedrag	169
12.2.3 Strafrechtelijke aansprakelijkheid en <i>folk psychology</i>	175
12.2.4 Zijn de veronderstellingen van <i>folk psychology</i> houdbaar?	
De these van mentale causaliteit	181
12.2.5 Het stoornisconcept van artikel 39 Sr	185
12.3 Het stoornisconcept van artikel 39 Sr en in de psychiatrie erkende stoornissen	187
12.4 Tussenconclusie: een positief gedefinieerd juridisch stoornisconcept	193
12.5 Verhouding met andere stoornisconcepten	193
12.5.1 Het stoornisconcept van Mooij	193
12.5.2 Het stoornisconcept van artikel 37 lid 1 Sr en 37a lid 1 Sr	195
 <i>Hoofdstuk 13</i>	
Op zoek naar een criterium voor ontoerekenbaarheid	199
13.1 Inleiding: nadere uitwerking methode	199
13.2 De ondergrens van ontoerekenbaarheid: causaal verband tussen stoornis en delict	204
13.3 Wanneer maakt een stoornis schulduitsluiting aanvaardbaar?	214
13.3.1 Inleiding	214
13.3.2 Mentale toestanden en ontoerekenbaarheid	215
13.3.2.1 Overtuigingen en ontoerekenbaarheid	215
13.3.2.2 Wensen en ontoerekenbaarheid	225
13.3.2.3 Emoties en ontoerekenbaarheid	226
13.3.3 Rationaliteit en ontoerekenbaarheid	228
13.3.4 Mentale causaliteit en ontoerekenbaarheid	236
13.4 Het criterium voor ontoerekenbaarheid	244
13.5 Problematische gevallen: bizarre waanvoorstellingen	249
13.6 Persoonlijkheidsstoornissen en ontoerekenbaarheid	254
13.7 Verminderde toerekenbaarheid	256
13.8 De rol van de gedragsdeskundige in het kader van artikel 39 Sr	260
 <i>Conclusie</i>	
Een toetsingskader voor ontoerekenbaarheid	263
 Bibliografie	265
 Samenvatting	291
 Summary	295
 Dankwoord	297

Afkortingen

avas	afwezigheid van alle schuld
CAG	conclusie advocaat-generaal
CP	Code Pénal (Frankrijk)
CPC	California Penal Code
DSM	<i>Diagnostic and statistical manual of mental disorders</i>
ECLI	European case law identifier
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
GO	gewijzigd ontwerp (Wetboek van Strafrecht)
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
LJN	landelijk jurisprudentienummer
MPC	Model Penal Code
NIPF	Nederlands Instituut voor Forensische Psychiatrie en Psychologie
NJ	<i>Nederlandse Jurisprudentie</i>
NVVP	Nederlandse Vereniging voor Psychiatrie
ORO	oorspronkelijk regeringsontwerp (Wetboek van Strafrecht)
Ostc.	ontwerp staatscommissie (Wetboek van Strafrecht)
PBC	Pieter Baan Centrum
Rb.	Rechtbank
SG	Sentencing Guidelines
Sr	Wetboek van Strafrecht
StGB	Strafgesetzbuch (Duitsland)
Sv	Wetboek van Strafvordering
tbs	terbeschikkingstelling
USC	United States Code
USSC	United States Sentencing Commission
Wet bopz	Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen

Inleiding

Ontoerekenbaarheid onderzocht

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

(artikel 39 Wetboek van Strafrecht)

I Een onduidelijk afgebakende grond voor strafuitsluiting

Op grond van artikel 39 Sr mag iemand niet gestraft worden als een strafbaar feit hem wegens een psychische stoornis niet kan worden toegerekend. De strafuitsluitingsgrond van artikel 39 Sr spreekt tot de verbeelding. Strafzaken waarin ontoerekenbaarheid mogelijk aan de orde is, kunnen vaak rekenen op veel belangstelling. Slechts enkele tientallen keren per jaar rijst in de gepubliceerde rechtspraak de vraag of een psychische stoornis in de weg staat aan het toerekenen van een feit aan de verdachte.¹ Dat is een zeer beperkt deel van het totale aantal jaarlijks afgehandelde strafzaken.² Het relatieve gewicht van de zaken waarin ontoerekenbaarheid speelt, is echter zwaar. In veel gevallen gaat het om (pogingen tot) moord, doodslag of zware mishandeling.³ Een ontslag van alle rechtsvervolging voor dergelijke ernstige feiten zou onderworpen moeten zijn aan duidelijke regels die bepalen wanneer strafuitsluiting wel en niet is toegestaan. In het Nederlandse strafrecht is dat niet het geval.

Artikel 39 Sr stelt twee voorwaarden aan een geslaagd beroep op strafuitsluiting. De verdachte moet aan een psychische stoornis lijden en er

¹ Zie paragraaf 3.2. Het werkelijke aantal ligt hoger dan uit de gepubliceerde jurisprudentie blijkt. Door het NIFP gepubliceerde cijfers geven een indicatie. Het NIFP heeft in 2014 3.639 ambulante en 223 klinische rapportages *pro justitia* uitgebracht in strafzaken tegen volwassenen. In 138 van de ambulante zaken werd geadviseerd de verdachte op de voet van artikel 37 lid 1 Sr te plaatsen in een psychiatrisch ziekenhuis en werd dus ook geadviseerd het feit niet toe te rekenen op grond van artikel 39 Sr. (‘Jaarcijfers NIFP 2014’, <www.nifpnet.nl> (zoek op: <jaarcijfers 2014>, geraadpleegd december 2015), p. 10, 16.)

² De rechtbanken behandelden in 2013 124.000 zaken waarin een misdrijf ten laste was gelegd. (‘Rechtbanken: afgehandelde strafzaken, 2000-2013’, <www.rechtspraak.nl> (zoek op: <afgehandelde strafzaken>, geraadpleegd december 2015).)

³ Zie paragraaf 3.3.

moet voldaan zijn aan een criterium voor ontoerekenbaarheid. Het vereiste van een psychische stoornis is in één oogopslag in artikel 39 Sr te herkennen: de verdachte moet lijden aan een “gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens”. Een criterium voor ontoerekenbaarheid is in artikel 39 Sr niet opgenomen, maar uit de wetsgeschiedenis van artikel 39 Sr volgt dat bij de beoordeling van ontoerekenbaarheid wel een criterium moet worden toegepast. Er is echter van afgezien een bepaald criterium wettelijk voor te schrijven.⁴

Het is niet uniek dat de wet geen criterium voorschrijft waaraan voor de toepasselijkheid van een algemeen strafrechtelijk leerstuk moet zijn voldaan. Veel algemene leerstukken van het materiële strafrecht zijn op een vergelijkbare manier open geformuleerd. Zulke open geformuleerde wettelijke termen – bijvoorbeeld “medeplegen” in de zin van artikel 47 lid 1 sub 1 Sr en “overmacht” in de zin van artikel 40 Sr – worden doorgaans in de rechtspraak van de Hoge Raad nader uitgewerkt in criteria die de feitenrechter moet aanleggen bij de beoordeling of het leerstuk van toepassing is. Voor medeplegen moet bijvoorbeeld worden beoordeeld of sprake is van een “voldoende nauwe en bewuste samenwerking”.⁵ Psychische overmacht vereist een “van buiten komende drang waaraan de verdachte redelijkerwijze geen weerstand kon en ook niet behoefde te bieden”.⁶ Past de feitenrechter een ander criterium toe, dan is dat in beginsel grond voor cassatie. Algemene leerstukken worden casuïstisch nader afgebakend doordat de Hoge Raad toetst of de motivering van het oordeel van de feitenrechter dat wel of niet aan het criterium is voldaan, begrijpelijk is. Het oordeel van de Hoge Raad of de beslissing van de feitenrechter in het licht van de vastgestelde feiten in stand kan blijven, levert een indicatie op over de feiten die wel of juist niet mogen leiden tot toepassing van het leerstuk en daarmee over de reikwijdte van het betreffende leerstuk.⁷

Voor de beoordeling van ontoerekenbaarheid schrijft de Hoge Raad geen criterium voor dat de feitenrechter bij zijn oordeel over ontoerekenbaarheid moet aanleggen. De motivering van de beslissing van de feitenrechter over ontoerekenbaarheid wordt in de schaarse jurisprudentie van de Hoge Raad bovendien zó terughoudend getoetst dat zich daaruit geen conclusies laten

⁴ Zie paragraaf 2.2.4.

⁵ HR 8 mei 2001, *NJ* 2001, 480, r.o. 4.4; HR 2 december 2014, *NJ* 2015, 390 m.nt. Mevis, r.o. 3.1.

⁶ HR 30 november 2004, *NJ* 2005, 94 m.nt. Mevis, r.o. 3.5; HR 9 oktober 2012, *NJ* 2012, 594, r.o. 2.6.

⁷ De Hullu 2015, p. 25-26, 29-31, 572-573; Rozemond 2007; 2011, p. 15-20, 165-166; Van Willigenburg 2011, p. 371-378. De wijze waarop de Hoge Raad vormgeeft aan zijn casuïstische jurisprudentie over materieelrechtelijke leerstukken is bekritiseerd, onder andere omdat rechtszekerheid soms onvoldoende gewaarborgd zou zijn. (Borgers 2011, p. 132-137; Franken 2006; Rozemond 2007, p. 473, 492-495.)

trekken over de reikwijdte van ontoerekenbaarheid.⁸ Evenmin is duidelijk wanneer voldaan is aan het stoornisvereiste van artikel 39 Sr. Onzeker is of de stoornissen in de zin van artikel 39 Sr volledig samenvallen met de in de psychiatrie erkende stoornissen of dat het stoornisvereiste (ten dele) een ander bereik heeft.⁹ De beide voorwaarden waaraan voldaan moet zijn voor een geslaagd beroep op ontoerekenbaarheid zijn noch in de wet, noch in de rechtspraak van de Hoge Raad nader uitgewerkt. De materiële reikwijdte van artikel 39 Sr is daardoor onduidelijk afgebakend. Onbekend is onder welke omstandigheden de psychisch gestoorde verdachte geen strafrechtelijk verwijt kan worden gemaakt.

Het ontbreken van een duidelijk toetsingskader voor ontoerekenbaarheid heeft een negatieve invloed op drie aspecten die een indicatie zijn voor de kwaliteit van rechtspraak:

Rechtseenheid / rechtszekerheid Soms geven feitenrechters in de motivering van een uitspraak blijk van een materiële beoordeling van ontoerekenbaarheid. Analyse van gepubliceerde uitspraken van feitenrechters in hoofdstuk drie van dit onderzoek laat zien dat relatief veel verschillende – en in een substantieel aantal zaken onjuiste – criteria voor ontoerekenbaarheid in de rechtspraak worden toegepast. In de meeste gevallen blijkt echter uit uitspraken van feitenrechters niet van een materiële beoordeling van ontoerekenbaarheid, maar wordt het advies van de gedragsdeskundige over de mate waarin de verdachte toerekeningsvatbaar is ongemotiveerd overgenomen. Uit de analyse in hoofdstuk vier volgt dat in de forensische gedragswetenschappen geen consensus bestaat over de maatstaf aan de hand waarvan de gedragsdeskundige moet bepalen of de verdachte ontoerekeningsvatbaar is.¹⁰ Aan een gedragswetenschappelijk advies om een feit niet aan de verdachte toe te rekenen, kunnen daarom criteria met een heel verschillende reikwijdte ten grondslag liggen. Doordat niet één criterium dwingend is voorgeschreven, wordt de beoordeling van ontoerekenbaarheid feitelijk door verschillende criteria beheerst. Vanuit het oogpunt van rechtseenheid en rechtszekerheid is dat onwenselijk, omdat daardoor het risico bestaat dat vergelijkbare zaken verschillend worden beoordeeld.¹¹

⁸ Zie paragraaf 2.3.

⁹ Zie paragraaf 1.3.

¹⁰ “Forensische gedragswetenschappen” wordt in dit onderzoek gebruikt als overkoepelende aanduiding voor forensische psychologie en psychiatrie.

¹¹ Aldus ook Meynen & Kooijmans 2015, p. 180-181.

Rechtsbescherming De verdachte die zich beroept op ontoerekenbaarheid kan dat verweer niet onderbouwen met een op een afgebakend toetsingskader gebaseerd betoog dat de voorwaarden voor ontoerekenbaarheid vervuld zijn. Hij kan zich evenmin met een beroep op het voor ontoerekenbaarheid geldende toetsingskader met juridische argumenten verweren tegen gedragswetenschappelijke rapportage waarin geadviseerd wordt over de vraag of het feit kan worden toegerekend. Dat laatste is niet alleen van belang als de gedragsdeskundige adviseert het feit niet aan de verdachte toe te rekenen. Het is denkbaar dat de verdachte zich wil verzetten tegen het stigma dat ontoerekenbaarheid mogelijk oplevert en in weerwil van de conclusies van de gedragsdeskundige wil betogen dat het feit wél toegerekend kan worden.¹² Ook in hoger beroep of in cassatie kan de verdachte het oordeel van de feitenrechter over ontoerekenbaarheid niet ter discussie stellen met een beroep op een afgebakend toetsingskader. Hij kan niet met een beroep op een criterium voor ontoerekenbaarheid betogen dat de feitenrechter in strijd met het recht heeft geoordeeld door de toepassing van een onjuiste maatstaf, noch kan hij met aan casuïstiek ontleende argumenten klagen over de motivering van de rechter dat de voorwaarden voor ontoerekenbaarheid niet vervuld zijn.

Rechtsontwikkeling De interpretatie van materieelrechtelijke leerstukken wordt vaak gekleurd door maatschappelijke ontwikkelingen. Een voorbeeld daarvan is de ontwikkeling van de rechtspraak van de Hoge Raad over overmacht als noodtoestand bij euthanasie en hulp bij zelfdoding in de tweede helft van de twintigste eeuw. Onder invloed van veranderende medisch-ethische opvattingen over de legitimiteit van levensbeëindigend handelen bij uitzichtloos en ondraaglijk lijden, heeft de Hoge Raad in die omstandigheden gaandeweg meer ruimte geboden voor strafuitsluiting.¹³ Ontoerekenbaarheid heeft zich als juridisch leerstuk sinds de invoering van het Wetboek van Strafrecht eind negentiende eeuw in de rechtspraak van de Hoge Raad niet verder ontwikkeld. Dat is opmerkelijk, omdat de voor ontoerekenbaarheid relevante maatschappelijke context – de gedragswetenschappelijke kennis over psychische stoornissen én de in de maatschappij levende

¹² In Hof Den Bosch 26 februari 2008, LJN BC5105 weigert de verdachte bijvoorbeeld mee te werken aan onderzoek in het Pieter Baan Centrum omdat hij zichzelf toerekeningsvatbaar vindt.

¹³ HR 27 november 1984, *NJ* 1985, 106 m.nt. Van Veen; HR 21 juni 1994, *NJ* 1994, 656 m.nt. Schalken; HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167 m.nt. Schalken. Zie ook Dolman 2006, p. 252-288.

opvattingen over de wijze waarop psychisch gestoorde verdachten strafrechtelijk bejegend zouden moeten worden – sindsdien een ontwikkeling van meer dan een eeuw heeft doorgemaakt. Het is onwaarschijnlijk dat deze veranderde maatschappelijke context geen consequenties moet hebben voor de reikwijdte van ontoerekenbaarheid.¹⁴

De Hoge Raad kan – als hoogste rechterlijke instantie – de voorwaarden voor ontoerekenbaarheid afbakenen. Daarmee zou worden aangesloten bij de drie taken van de Hoge Raad in het Nederlandse rechtsbestel: het waarborgen van de rechtseenheid, het bieden van rechtsbescherming en het bevorderen van de rechtsontwikkeling.¹⁵ Door de voorwaarden voor ontoerekenbaarheid op vergelijkbare wijze als de andere algemene leerstukken in zijn rechtspraak af te bakenen, zou de Hoge Raad feitenrechters een richtsnoer bieden voor de beoordeling van ontoerekenbaarheid. Een verdachte kan met aan het toetsingskader ontleende juridische argumenten verweer voeren. Hij kan betogen waarom wel of niet aan de voorwaarden voor ontoerekenbaarheid is voldaan en hij kan dat betoog onderbouwen door te verwijzen naar vergelijkbare zaken in de rechtspraak van de Hoge Raad. Maatschappelijke ontwikkelingen kunnen ten slotte worden verdisconteerd in de rechtspraak doordat de Hoge Raad het toetsingskader daaraan kan aanpassen, ruimer of beperkter kan interpreteren of andere eisen kan stellen aan de motivering dat wel of geen sprake is van ontoerekenbaarheid.¹⁶

¹⁴ Hummelen & De Jong 2011, p. 149-150: ‘Hiermee vergelijkbaar heeft de rechter, [...], bij de vraag of een psychische stoornis moet leiden tot niet toerekenen, naast psychische en psychiatrische aspecten te maken met normatieve aspecten. Daarmee wordt ook hier de veranderende tijdgeest een relevante factor. Zo was er bijvoorbeeld in de jaren zeventig van de vorige eeuw, toen in het strafrechtelijk denken weinig aandacht was voor het slachtoffer en rechtsbescherming van de verdachte voorop stond, wellicht meer ruimte voor niet toerekenen wegens een psychische stoornis dan in de context van de huidige maatschappelijke opvattingen. Tegenwoordig heeft het slachtoffer een sterkere positie gekregen en is – ongeacht of de rechter dit persoonlijk een goede ontwikkeling vindt – de maatschappelijke behoefte aan vergelding pregnanter geworden.’

¹⁵ Van Dorst 2012, p. 161. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 576, nr. 3, p. 1-2. Na de invoering van de Wet versterking cassatierechtspraak (*Stb.* 2012, 175) is de nadruk sterker op het bevorderen van de rechtsontwikkeling en het waarborgen van rechtseenheid komen te liggen, ten koste van de rechtsbescherming in individuele zaken. Tot de rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad wordt echter niet alleen gerekend de rechtsbescherming in individuele zaken die aan de Hoge Raad zélf worden voorgelegd: ‘Daarnaast treedt een rechtsbeschermend effect op, doordat ook in zaken waarin de rechtzoekende niet doorprocedeert tot aan de Hoge Raad, de feitenrechters het recht toepassen met inachtneming van de rechtspraak van de Hoge Raad.’ (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 576, nr. 3, p. 2.)

¹⁶ Bij andere algemene leerstukken worden maatschappelijke ontwikkelingen op die wijze in de rechtspraak verwerkt. Balkema & Vegter (2013, p. 3-4) zien bijvoorbeeld

Een nadere materiële afbakening van de voorwaarden voor ontoerekenbaarheid door de Hoge Raad en een indringender toets van de motivering van het oordeel van de feitenrechter, zouden goed passen in de ontwikkeling van de laatste jaren waarbij de Hoge Raad zich in zijn jurisprudentie krachtiger op het terrein van het materiële strafrecht doet gelden. Hij geeft nadrukkelijker richting aan de reikwijdte van verschillende materieelrechtelijke leerstukken en stelt regelmatig hogere eisen aan de motivering van de feitenrechter dat een bepaald leerstuk van toepassing is.¹⁷

Een relativering van de hiervóór genoemde negatieve gevolgen voor de kwaliteit van de rechtspraak, kan zijn dat de beschreven problemen mogelijk vooral theoretisch van aard zijn. Het feit dat de Hoge Raad geen noodzaak ziet zich uit te spreken over de materiële reikwijdte van artikel 39 Sr, duidt er mogelijk op dat in cassatie niet (vaak) geklaagd wordt over de toepassing van artikel 39 Sr. De wijze waarop ontoerekenbaarheid in de praktijk door feitenrechters beoordeeld wordt, functioneert dus kennelijk – zo zou gedacht kunnen worden – naar tevredenheid van zowel verdachten als openbaar ministerie. Klaarblijkelijk is geen sprake van een lacune in de rechtsbescherming en wordt ook niet geklaagd over rechtsongelijkheid of rechtsonzekerheid. Tegen deze relativering kan worden ingebracht dat oorzaak en gevolg hier niet goed zijn te onderscheiden. Als in cassatie niet geklaagd wordt over ontoerekenbaarheid, kan dat juist verband houden met het ontbreken van een duidelijk toetsingskader over de toepassing waarvan in cassatie geklaagd kan worden.

Ontwikkelingen in het forensisch-gedragswetenschappelijke debat over de advisering *pro justitia* leveren ten slotte een belangrijke aanvullende reden op om duidelijkheid te bieden over de materiële reikwijdte van ontoerekenbaarheid. De kans bestaat dat in de nabije toekomst de forensische gedragsdeskundige niet langer zal (willen) adviseren over de toerekeningsvatbaarheid van de verdachte.¹⁸ Waar de feitenrechter nu nog in de meeste zaken het advies van de gedragsdeskundige zonder nadere

een verband tussen een versoepeling van de voorwaarden voor een beroep op noodweer(exces) in de rechtspraak van de Hoge Raad en gewijzigde opvattingen in de samenleving over het recht op zelfverdediging. Vellinga & Vellinga-Schootstra (2013, p. 298) brengen de verzwaarde motiveringseisen die de Hoge Raad sinds 2012 aan het bewijs van voorbedachte raad stelt (zie voetnoot 17) in verband met het bieden van tegenwicht: '[...] voor de ontwikkeling in de richting van meer en strenger strafrecht.'

¹⁷ Leerstukken die materieel scherper zijn afgebakend zijn bijvoorbeeld witwassen (HR 8 januari 2013, NJ 2013, 266 m.nt. Borgers) en verkrachting (HR 12 maart 2013, NJ 2013, 438 m.nt. Keijzer). Zwaardere motiveringseisen worden gesteld aan onder andere het bewijs van roekeloosheid (HR 22 mei 2012, NJ 2012, 488 m.nt. Bleichrodt) en voorbedachte raad (HR 15 oktober 2013, NJ 2014, 156 m.nt. Keulen). Zie ook Vellinga & Vellinga-Schootstra 2013, p. 297-298. Zie ook CAG Knigge 13 mei 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1305, onder 4.6.

¹⁸ Zie paragraaf 4.5.

motivering overneemt, zal hij dan een eigen oordeel *moeten* vormen. Als het zwaartepunt van de beoordeling van ontoerekenbaarheid verschuift van de gedragsdeskundige naar de rechter, lijkt het van belang dat de Hoge Raad het oordeel van de feitenrechter normeert en indringender op begrijpelijkheid toetst. Zonder afbakening van de voorwaarden voor ontoerekenbaarheid heeft de feitenrechter immers geen toetsingskader waar hij zich naar kan richten bij de beoordeling van de vraag of sprake is van ontoerekenbaarheid.

II Probleemstelling

De problematische gevolgen van het ontbreken van een afbakening van de voorwaarden voor ontoerekenbaarheid, rechtvaardigen onderzoek naar een invulling van het toetsingskader voor deze schulduitsluitingsgrond. De probleemstelling van dit onderzoek luidt daarom:

Op basis van welk toetsingskader moet ontoerekenbaarheid worden beoordeeld?

Omdat artikel 39 Sr twee voorwaarden verbindt aan strafuitsluiting – een stoornisvereiste en een criterium – valt de probleemstelling in twee deelvragen uiteen:

I Hoe moet het stoornisvereiste van artikel 39 Sr worden afgebakend?

II Aan welk criterium moet ontoerekenbaarheid worden getoetst?

Met deze probleemstelling wordt een sinds enkele decennia grotendeels verstomd debat over een juridisch criterium voor ontoerekenbaarheid nieuw leven in geblazen.¹⁹ De Hullu constateert in zijn handboek dat in recente rechtspraak en strafrechtelijke literatuur weinig aandacht is voor '[...] nadere invulling van de wettelijke maatstaf,' en merkt in een voetnoot op: 'Of een dergelijke invulling materieel gezien veel oplevert, is de vraag: het gaat om dezelfde kern.'²⁰ De vraag rijst waarom een afbakening van de voorwaarden van ontoerekenbaarheid weinig op zou leveren. Als het daadwerkelijk om "dezelfde kern" gaat, dan zou het immers mogelijk moeten zijn deze kern te vangen in een criterium en daarmee duidelijkheid te scheppen. Tegelijkertijd is het de vraag of de veronderstelling dat het om dezelfde kern gaat wel juist is. De in hoofdstuk twee van dit onderzoek beschreven in de strafrechtelijke literatuur verdedigde criteria en de in deel II onderzochte Amerikaanse criteria voor *insanity* hebben een verschillende reikwijdte. *A priori* staat

¹⁹ Zie paragraaf 2.4. Het debat is in 2013 opgeleefd met de oratie van Meynen. (Zie paragraaf 4.6.)

²⁰ De Hullu 2015, p. 346 (voetnoot 342).

daarom niet vast dat zij een gemeenschappelijke kern hebben. Mogelijk is ook dat zij dezelfde kern delen, maar tot verschillende uitkomsten leiden in de toepassing op grensgevallen. Een afbakening van de voorwaarden voor ontoerekenbaarheid is daarom – in het licht van de hiervóór beschreven problemen – wel degelijk van belang.²¹ In dit onderzoek wordt de problemstelling benaderd vanuit gezichtspunten die nog niet eerder benut zijn.

III Opbouw en methode

Het onderzoek is opgebouwd uit drie delen. In *deel I* wordt door middel van analyse van wetsgeschiedenis, jurisprudentie van de Hoge Raad en strafrechtelijke literatuur onderzocht hoe artikel 39 Sr geïnterpreteerd wordt en wordt de aan de problemstelling ten grondslag liggende premisse onderbouwd dat een afbakening van het stoornisvereiste en het criterium ontbreekt. Door middel van onderzoek naar jurisprudentie van feitenrechters en forensisch-gedragswetenschappelijke literatuur over en richtlijnen voor de advisering *pro justitia* wordt vervolgens onderzocht welke maatstaven in de feitenrechtspraak en in de advisering *pro justitia* bij de beoordeling van ontoerekenbaarheid worden toegepast.

Deel II is een rechtsvergelijkend onderzoek naar de *insanity defense* in het Amerikaanse strafrecht.²² In de Amerikaanse rechtspraak is veel ervaring opgedaan met het beoordelen van de vraag of een psychisch gestoorde verdachte van straf moet worden uitgesloten aan de hand van verschillende *tests* voor *insanity*.²³ Onderzoek naar deze *tests* biedt inzicht in verschillende mogelijkheden om een met ontoerekenbaarheid vergelijkbare strafuitsluitingsgrond te normeren en de problemen die daarbij ontstaan.

De Verenigde Staten kennen 52 strafrechtelijke jurisdicties – vijftig staten, het federale District of Columbia en de federale jurisdictie. De *police*

²¹ Meynen & Kooijmans 2015, p. 180: ‘We kunnen een belangrijke conclusie over standaarden [voor ontoerekenbaarheid, JB] trekken: ze verschillen aanzienlijk. Het kan voor een individuele verdachte alles uitmaken welke standaard in een rechtssysteem wordt gehanteerd. Daarmee wordt ook het belang van een juridische standaard duidelijk.’

²² Zie Blomsma 2012, p. 483-506 voor een vergelijking van ontoerekenbaarheid met de Duitse en Engelse equivalenten.

²³ Lensing (1993; 1996, p. 277-295) heeft eerder onderzoek gedaan naar de *tests* voor *insanity* in het Amerikaanse strafrecht als onderdeel van een algemeen rechtsvergelijkend onderzoek naar het Amerikaanse materiële strafrecht. Hij beperkt zich tot een beschrijving van de *M’Naghten rules* en de *MPC test* op hoofdlijnen. In de Nederlandse literatuur wordt regelmatig naar de Amerikaanse *tests* verwezen. (Van Bemmelen 1937, p. 224-227; Van Dijk 2008, p. 30; Haffmans 1989, p. 30; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 281-282; Meynen 2013, p. 8-14; Meynen & Kooijmans 2015, p. 179-180; Nieboer 1970, p. 173-175, 190-192.)

power – kort gezegd een algemene, soevereine bevoegdheid om de openbare orde te handhaven onder meer door middel van het strafrecht – is door de grondwet niet aan de federale overheid overgedragen en berust daarom bij de staten.²⁴ Het Amerikaanse materiële strafrecht is daardoor – met uitzondering van de strafrechtelijke handhaving van federale wetgeving – vooral een aangelegenheid van de staten.²⁵ Het materiële strafrecht verschilt sterk per jurisdictie. Dat geldt ook voor de *tests* voor de strafuitsluitingsgrond *insanity*.²⁶ Het (Anglo-)Amerikaanse strafrecht kent vier verschillende *tests* voor *insanity*: de *M’Naghten rules*, de *irresistible impulse test*, de *product test* en de *MPC test*. In de Amerikaanse jurisdicties bestaan als gevolg van verschillende combinaties van deze *tests* met elkaar en verschillende formuleringen van de *tests*, veel incarnaties van de *insanity defense*. In vier staten is de *insanity defense* zelfs geheel afgeschaft.²⁷ In dit onderzoek staan de vier *tests* centraal en wordt – voor zover mogelijk – geabstraheerd van verschillende combinaties en formuleringen van de *tests*. De *tests* voor *insanity* zijn alle in verband te brengen met diverse in de Nederlandse literatuur verdedigde criteria voor ontoerekenbaarheid.

In het onderzoek naar de Amerikaanse *tests* voor *insanity* staat ten eerste de historische ontwikkeling van de *tests* centraal. De historische ontwikkeling van de *tests* is om twee redenen van belang. De *tests* en de overwegingen die tot aanvaarding van de verschillende *tests* hebben geleid, zijn niet goed te begrijpen buiten de historische context waarin zij tot stand zijn gekomen en alleen al daarom kunnen zij niet goed los van die context worden onderzocht. Deze ontwikkeling laat bovendien een sterke dialectiek zien tussen recht, gedragswetenschappen en in de maatschappij levende opvattingen over de wijze waarop psychisch gestoorde verdachten strafrechtelijk bejegend zouden moeten worden. Dergelijke dialectiek is in Nederland afwezig, of

²⁴ *Berman v. Parker*, 348 U.S. 26 (1954), 31-33; *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. _ (2012). Ten aanzien van het District of Columbia komt de federale overheid de *police power* toe. Zie ook Chemerinsky 2011, p. 238; LaFave e.a. 2009, p. 17-18.

²⁵ Burnham 2011, p. 30, 549; LaFave e.a. 2009, p. 18; Robinson & Dubber 2007, p. 319-320. In *Powell v. Texas* (392 U.S. 514 (1968), 536) merkt het Supreme Court op: ‘The doctrines of *actus reus*, *mens rea*, insanity, mistake, justification, and duress have historically provided the tools for a constantly shifting adjustment of the tension between the evolving aims of the criminal law and changing religious, moral, philosophical, and medical views of the nature of man. This process of adjustment has always been thought to be the province of the States.’ (Zie ook *Montana v. Egelhoff*, 518 U.S. 37 (1996), 56.) 99 procent van alle vervolgingen en 96 procent van alle vervolgingen voor ernstiger misdrijven (*felonies*) vindt plaats onder de statelijke jurisdicties. (LaFave e.a. 2009, p. 18.)

²⁶ *Due process* verplicht de staten niet tot een bepaalde *test* voor *insanity*. (*Leland v. Oregon*, 343 U.S. 790 (1952), 800-801; *Powell v. Texas*, 392 U.S. 514 (1968), 535-537; *Clark v. Arizona*, 548 U.S. 735 (2006), 748-753.)

²⁷ Zie ook *Clark v. Arizona*, 548 U.S. 735 (2006), 749-752.

in ieder geval niet zichtbaar in de rechtspraak over ontoerekenbaarheid. Onderzoek naar de historische ontwikkeling van de *tests* voor *insanity*, biedt inzicht in de mate waarin gedragswetenschappelijke inzichten en veranderende opvattingen over de wijze waarop psychisch gestoorde verdachten strafrechtelijk bejegend zouden moeten worden, invloed kunnen hebben op de normering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van psychisch gestoorde verdachten. Ten tweede wordt de wijze waarop *insanity* in de Amerikaanse rechtspraak wordt toegepast onderzocht. Onderzoek naar de wijze waarop de *tests* voor *insanity* in de verschillende Amerikaanse jurisdicties worden toegepast, laat zien hoe verschillende normeringen van een met ontoerekenbaarheid vergelijkbare strafuitsluitingsgrond nader kunnen worden afgebakend in de rechtspraak en welke problemen daarbij rijzen. Op de lessen die daaruit kunnen worden getrokken wordt in het derde deel voortgebouwd.

In *deel III* wordt de probleemstelling beantwoord. Vier methoden om de wet te interpreteren worden onderscheiden: taalkundige, wetshistorische, teleologische en systematische interpretatie. Uit de analyse in deel I volgt dat taalkundige en wetshistorische interpretatie van artikel 39 Sr geen aanknopingspunten voor een toetsingskader voor ontoerekenbaarheid bieden. Uit de tekst van de wet laat zich niets afleiden over de afbakening van de voorwaarden voor ontoerekenbaarheid. De wetsgeschiedenis van het stoornisvereiste is voor meerdere interpretaties vatbaar.²⁸ Uit de wetsgeschiedenis volgt weliswaar dat bij de beoordeling van ontoerekenbaarheid een criterium moet worden toegepast, er is echter van afgezien een bepaald criterium dwingend voor te schrijven.²⁹

Van de juridische interpretatiemethoden blijven over de teleologische en de systematische interpretatie. Artikel 39 Sr moet een onderscheid maken tussen verdachten die wel en verdachten die niet gestraft mogen worden. Een teleologische interpretatie van artikel 39 Sr is denkbaar door ontoerekenbaarheid in verband te brengen met de doelen die met bestraffing worden nagestreefd. In de hedendaagse strafrechtelijke handboeken wordt de verenigingstheorie als de heersende theorie over de met straf na te streven doelen aangewezen.³⁰ De verenigingstheorie houdt in – kort gezegd – dat met bestraffing verschillende doelen worden nagestreefd: generale preventie, speciale preventie en vergelding. Volgens een teleologische interpretatie van artikel 39 Sr is van ontoerekenbaarheid sprake als met bestraffing geen van die strafdoelen gediend is.

²⁸ Zie paragraaf 1.3.3.

²⁹ Zie paragraaf 2.2.4.

³⁰ Hazewinkel-Suringa/Remmeling 1996, p. 921-922; De Hullu 2015, p. 6-7; Kelk/De Jong 2013, p. 26-28. Zie ook Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 26-30; Bleichrodt & Vegter 2013, p. 8-23.

Interpretatie van ontoerekenbaarheid in termen van de met bestraffing na te streven preventieve doelen, staat op gespannen voet met het in het Nederlandse strafrecht geldende beginsel “geen straf zonder schuld”.³¹ De verdachte moet een verwijt kunnen worden gemaakt, wil hij gestraft mogen worden.³² Een uitsluitend op de preventieve strafdoelen gebaseerde teleologische interpretatie van ontoerekenbaarheid – zoals in de Nederlandse literatuur door Peters is verdedigd – houdt in dat toegerekend mag worden als met bestraffing generale en speciale preventie gediend zijn. Er is geen sprake van ontoerekenbaarheid als strafoplegging kan voorkomen dat anderen strafbare feiten plegen of dat de verdachte opnieuw een strafbaar feit pleegt.³³ Het schuldbeginnsel werpt echter een barrière op tegen bestraffing alléén omdat aan de straf een nuttig effect kan worden toegekend.³⁴ De vraag of bestraffing nuttig is met het oog op het voorkomen van strafbare feiten in de toekomst, moet worden onderscheiden van de vraag of de verdachte schuld in de zin van verwijtbaarheid aan een in het verleden gepleegd feit heeft. Als aan bestraffing van een psychisch gestoorde verdachte een nuttig effect kan worden toegekend, betekent dat niet dat hem ook een verwijt kan worden gemaakt.

Vergelding als strafdoel veronderstelt dat de verdachte een verwijt kan worden gemaakt. Bij de beoordeling of zich een schulduitsluitingsgrond voordoet, wordt vastgesteld of sprake is van schuld in de zin van verwijtbaarheid. De schulduitsluitingsgronden en het strafdoel vergelding houden daardoor verband met elkaar. Als ontoerekenbaarheid wordt aangenomen, kan de verdachte geen verwijt worden gemaakt en is er geen schuld te vergelden. Juist vanwege deze samenhang is teleologische interpretatie in het licht van dit strafdoel echter niet vruchtbaar. De vraag rijst dan immers onder welke omstandigheden het strafdoel vergelding niet langer gediend is met bestraffing van een psychisch gestoorde verdachte. Daarvoor moet worden bepaald wanneer een psychische stoornis ertoe leidt dat een verdachte geen verwijt kan worden gemaakt en dat is nu juist de vraag die met behulp van teleologische interpretatie beantwoord moet worden.

Teleologische interpretatie van artikel 39 Sr lijkt geen begaanbare weg te zijn. Systematische interpretatie is de enige methode die rest om op zoek

³¹ HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, p. 681.

³² Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 43-45; Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 193-195, 288-290; De Hullu 2015, p. 69; Kelk/De Jong 2013, p. 60-61, 66-67.

³³ Peters 1966, p. 248-250. Zie ook paragraaf 2.4.7. Ook bij Bentham ((1823) 2007, p. 173), Kelk (1990, p. 29-31) en Rozemond (2014, p. 382-383) zijn elementen van een op de preventieve strafdoelen gebaseerde teleologische interpretatie van ontoerekenbaarheid te herkennen.

³⁴ Van Dijk 2008, p. 118-125; Kooijmans & Meynen 2012, p. 479; Pompe 1957, p. 102-104.

te gaan naar een afbakening van het toetsingskader voor artikel 39 Sr.³⁵ In een systematische interpretatie van ontoerekenbaarheid wordt artikel 39 Sr geïnterpreteerd aan de hand van de plaats die ontoerekenbaarheid in het materieelrechtelijke systeem inneemt. Ontoerekenbaarheid neemt daarin een bijzondere plaats in. De andere strafuitsluitingsgronden gelden in beginsel voor iedere verdachte zonder aanzien des persoons. Hoewel in sommige gevallen persoonlijke factoren mogen meewegen bij de vraag of strafuitsluiting is aangewezen,³⁶ zijn de andere strafuitsluitingsgronden gebaseerd op de veronderstelling dat de verdachte een psychisch normaal functionerend persoon is. Het strafrecht richt zich – in de woorden van de toelichting op artikel 47 ORO (het eerste ontwerp van het huidige artikel 39 Sr) – tot de normaal ontwikkelde mens.³⁷ Alleen wanneer de verdachte tot een bijzondere categorie behoort – hij moet aan een psychische stoornis lijden – komt hij mogelijk in aanmerking voor strafuitsluiting op grond van artikel 39 Sr. Een psychische stoornis leidt dus soms tot een recht op strafuitsluiting, waar de andere strafuitsluitingsgronden dat recht niet zouden hebben toegekend als de verdachte psychisch normaal zou hebben gefunctioneerd.

Deze bijzondere positie van artikel 39 Sr in het stelsel van strafuitsluitingsgronden, maakt dat een interpretatie van ontoerekenbaarheid aan de hand van de plaats die ontoerekenbaarheid in het materieelrechtelijke systeem inneemt, bruikbaar is voor de afbakening van de beide voorwaarden voor ontoerekenbaarheid. Onder welke omstandigheden sprake is van een stoornis in de zin van artikel 39 Sr, kan worden achterhaald door te onderzoeken welke eisen het materiële strafrecht stelt aan het psychisch functioneren van de “normale” verdachte. Met “normale verdachte” worden in dit onderzoek verdachten aangeduid die niet aan een stoornis in de zin van artikel 39 Sr lijden. Als bekend is wat de in de materieelrechtelijke systematiek besloten liggende veronderstellingen over normaal psychisch functioneren zijn, kan daaruit worden afgeleid wanneer sprake is van een uitzondering op die veronderstellingen en dus wanneer sprake is van een stoornis in de zin van artikel 39 Sr.

³⁵ Uit de memorie van toelichting op het Wetboek van Strafrecht is af te leiden dat systematische interpretatie zich goed verhoudt tot de opzet van het wetboek: ‘[...] het gansche wetboek [is] als één harmonisch geheel op te vatten en te verklaren, en [...] elk artikel [bekomt] eerst zijne volle beteekenis wanneer het met alle andere wordt in verband gebracht.’ (Smidt & Smidt (red.) 1891b, p. 2.)

³⁶ De persoonlijkheid van de verdachte mag bijvoorbeeld worden betrokken in de beoordeling van psychische overmacht. (HR 6 december 2011, NJ 2012, 591 m.nt. Keulen, r.o. 3.4.) Bij noodweer(exces) kunnen de vaardigheden van de verdachte een rol spelen in het kader van een *Garantenstellung*. (De Hullu 2015, p. 323.)

³⁷ Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 364-365. Zie ook De Hullu 2015, p. 344-345; Kelk/De Jong 2013, p. 320-321.

Vervolgens moet de vraag worden beantwoord volgens welk criterium ontoerekenbaarheid moet worden beoordeeld. Voor een geslaagd beroep op ontoerekenbaarheid moet de verdachte niet alleen aan een stoornis lijden, de stoornis moet aanvaardbaar maken dat de verdachte van straf wordt uitgesloten onder omstandigheden waarin de psychisch normaal functionerende verdachte geen recht op strafuitsluiting heeft. Strafuitsluiting van een psychisch gestoorde verdachte op grond van artikel 39 Sr is aanvaardbaar als de stoornis een *strafrechtelijk relevant verschil* inhoudt met de “normale” verdachte, op grond waarvan aanvaardbaar is de normen voor strafuitsluiting die voor de “normale” verdachte gelden, niet onverkort op de psychisch gestoorde verdachte toe te passen. Omdat de wederrechtelijkheid van het feit objectief wordt beoordeeld,³⁸ kan een stoornis nooit aanvaardbaar maken dat ten aanzien van een psychisch gestoorde verdachte de normen voor rechtvaardiging niet worden gehandhaafd. De voorwaarden voor een geslaagd beroep op rechtvaardigingsgronden zoals noodweer of overmacht als noodtoestand, gelden voor de psychisch gestoorde verdachte in dezelfde mate als voor ieder ander. Het recht op strafuitsluiting van de psychisch gestoorde verdachte moet daarom worden beoordeeld in het licht van de normen voor *schulduitsluiting* die voor de “normale” verdachte gelden. Het criterium voor ontoerekenbaarheid moet die situaties bestrijken waarin de stoornis een strafrechtelijk relevant verschil met de “normale” verdachte inhoudt, op grond waarvan aanvaardbaar is de normen voor schulduitsluiting die voor de psychisch normaal functionerende verdachte gelden, niet onverkort op de psychisch gestoorde verdachte toe te passen.

In deel III – als het onderzoek verder gevorderd is – wordt de daar gehanteerde methode nader uitgewerkt.³⁹

IV Afbakening van het onderzoek

De probleemstelling is beperkt tot de vraag hoe de voorwaarden voor strafuitsluiting op grond van artikel 39 Sr afgebakend moeten worden. De derde materiële vraag van artikel 350 Sv naar de strafbaarheid van de verdachte staat centraal. De vraag rijst echter hoe het in dit onderzoek in deel III ontwikkelde toetsingskader zich verhoudt tot twee kenmerken van de bestaande praktijk waarin forensisch gedragsdeskundigen adviseren over de mate waarin de verdachte toerekeningsvatbaar is te achten. Ten eerste wordt in de rapportage *pro justitia* geadviseerd volgens een schaal met verschillende gradaties van toerekeningsvatbaarheid. Daarin bestaat ook ruimte voor verminderde toerekeningsvatbaarheid.⁴⁰ Verminderde

³⁸ Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 144; Van Dijk 2008, p. 18-21; De Hullu 2015, p. 190-191; Kelk/De Jong 2013, p. 153.

³⁹ Zie paragraaf 12.2.1 en 13.1.

⁴⁰ Zie paragraaf 4.2.

toerekeningsvatbaarheid is mogelijk van belang voor de beantwoording van de vierde materiële vraag welke straf of maatregel moet worden opgelegd. Aan het slot van het onderzoek wordt kort besproken of uit het in dit onderzoek ontwikkelde toetsingskader voor ontoerekenbaarheid een concept van verminderde toerekenbaarheid kan worden afgeleid, dat een functie kan vervullen bij de beantwoording van de vraag welke straf of maatregel aan de verdachte moet worden opgelegd. Verminderde toerekeningsvatbaarheid komt daarom ook aan de orde bij de beschrijving van de bestaande praktijk van de rapportage *pro justitia* en in het rechtsvergelijkende onderzoek. Ten tweede rijst de vraag of het zinvol is dat de forensisch gedragsdeskundige binnen het in dit onderzoek verdedigde toetsingskader blijft adviseren over de vraag of het feit aan de verdachte kan worden toegerekend. Ook deze kwestie komt aan het slot van het onderzoek in deel III aan de orde.

Net als bij de andere strafuitsluitingsgronden speelt in het kader van ontoerekenbaarheid de vraag op welke wijze moet worden geoordeeld over verdachten die zelf de hand hebben gehad in het ontstaan van de situatie ten aanzien waarvan ze zich op strafuitsluiting beroepen (*culpa in causa*). Bij ontoerekenbaarheid gaat het dan meestal om verdachten die door alcohol-, drug- of medicijngebruik een stoornis bij zichzelf hebben veroorzaakt. *Culpa in causa* blijft in dit onderzoek buiten beschouwing. *Culpa in causa* is wél afgebakend in de jurisprudentie van de Hoge Raad.⁴¹ De probleemstelling strekt zich daarom niet uit tot de relatief zeldzame gevallen waarin *culpa in causa* aan toerekening in de weg staat.

Ontoerekenbaarheid wordt regelmatig in verband gebracht met het filosofische debat over wilsvrijheid en de daarmee samenhangende vraag of strafrechtelijke aansprakelijkheid verenigbaar is met determinisme.⁴² Deze vraag valt buiten de probleemstelling van dit onderzoek. Het is binnen het bestek van dit juridische onderzoek niet mogelijk een filosofisch standpunt in te nemen over het al of niet bestaan van een vrije wil. De geldende uitgangspunten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid worden binnen dit onderzoek niet ter discussie gesteld. Of deze uitgangspunten wel of niet verenigbaar zijn met determinisme, valt buiten het kader van de vraag hoe de voorwaarden voor ontoerekenbaarheid moeten worden afgebakend.

De strafuitsluitingsgrond van artikel 39 Sr wordt in dit onderzoek aangeduid met de tegenwoordig in juridische literatuur ingeburgerde term “ontoerekenbaarheid”. In oudere literatuur, feitenrechtspraak en de rapportage *pro justitia* is de term “ontoerekeningsvatbaarheid”

⁴¹ HR 9 juni 1981, *NJ* 1983, 412 m.nt. Van Veen, r.o. 7; HR 14 december 2004, *NJ* 2006, 448, r.o. 3.6; HR 12 februari 2008, *NJ* 2008, 263 m.nt. Keijzer, r.o. 3.3-3.4. Zie ook Bijlsma 2011.

⁴² Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 148-149; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 13; De Hullu 2015, p. 345; Meynen 2011; Mooij 2003; 2004, p. 88.

meer gebruikelijk. In die context wordt in dit onderzoek soms “(on) toerekeningsvatbaarheid” gebruikt. Daarmee is niet bedoeld *a priori* een materieel onderscheid aan te brengen tussen “ontoerekenbaarheid” en “ontoerekeningsvatbaarheid”. In hoofdstuk vier wordt onderzocht of, en zo ja, in hoeverre een verschil bestaat tussen het juridische oordeel over de toepasselijkheid van artikel 39 Sr en de gedragswetenschappelijke advisering over toerekeningsvatbaarheid. Geen standpunt wordt ingenomen in het semantische debat over de vraag welke term – “ontoerekenbaarheid” of “ontoerekeningsvatbaarheid” – in welk verband juist is.⁴³

Het onderzoek is afgerond in december 2015. Relevante bronnen zijn tot die datum verwerkt, met uitzondering van Amerikaanse literatuur die niet in Nederland toegankelijk is. Deze laatste bronnen zijn actueel tot medio 2012.

⁴³ Zie onder meer De Haan 1916; Haffmans 1989, p. 34, 42-45; Pompe 1959, p. 186-187. Zie ook Van der Wolf 2012, p. 374, 533-535.

Deel I

Hoofdstuk 1

Het stoornisvereiste van artikel 39 Sr

1.1 Inleiding: drie manieren om ontoerekenbaarheid vorm te geven

Er zijn drie manieren waarop een strafuitsluitingsgrond voor psychisch gestoorde verdachten juridisch vorm kan worden gegeven.⁴⁴ Ten eerste kan de enkele omstandigheid dat de verdachte ten tijde van het delict aan een (bepaalde) psychische stoornis leed voldoende worden geacht voor strafuitsluiting. Artikel 64 Code Pénal 1810 zou hier een voorbeeld van zijn. Stelt de gedragsdeskundige de diagnose dat de verdachte *en état de démence* (“krankzinnigheid”) verkeerde, dan zou artikel 64 CP 1810 de rechter verplichten de verdachte te ontslaan van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Een stoornis – ook als deze geen verband met het delict houdt – is in deze benadering een voldoende voorwaarde voor straffeloosheid.⁴⁵

Een tweede manier om ontoerekenbaarheid vorm te geven is het loslaten van een psychische stoornis als vereiste voor ontoerekenbaarheid. Voldoende voor het aannemen van ontoerekenbaarheid is binnen die benadering dat de geestesgesteldheid van de verdachte ten tijde van het delict aan een bepaald criterium beantwoordt. Hazewinkel-Suringa/Rommeling geven als voorbeeld artikel 46 (bedoeld zal zijn artikel 49) van het negentiende-eeuwse ontwerp voor een wetboek van strafrecht voor de Noord-Duitse Bond: ‘Eine Handlung ist als Verbrechen oder Vergehen nicht zu betrachten, wenn die Freie Willensbestimmung des Täters zur Zeit der Tat ausgeschlossen war.’⁴⁶ Voor straffeloosheid is voldoende dat de verdachte niet uit vrije wil handelde. Het gebrek aan wilsvrijheid hoeft geen pathologische oorzaak te hebben. Beperkingen van de wilsvrijheid die niet door een psychische stoornis zijn veroorzaakt, kunnen binnen deze benadering óók tot ontoerekenbaarheid

⁴⁴ Hazewinkel-Suringa/Rommeling 1996, p. 282-284; Kelk/De Jong 2013, p. 327; Nieboer 1970, p. 68-70.

⁴⁵ Haffmans 1989, p. 29-30; Hazewinkel-Suringa/Rommeling 1996, p. 282-283; Kelk/De Jong 2013, p. 327; Nieboer 1970, p. 38-39. Artikel 64 CP 1810 bepaalt: ‘Il n’y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l’action [...]’. Overigens is artikel 64 CP 1810 in Frankrijk wel zo uitgelegd dat niet alleen een diagnose moet worden gesteld, maar dat voor ontoerekenbaarheid ook een verband tussen stoornis en delict vereist is. (Lloyd & Bénézec 1991, p. 285.) Van Deinsen (1860, p. 107) interpreteert het toentertijd in Nederland geldende artikel 64 CP 1810 ook zodanig dat niet alleen een stoornisvereiste geldt, maar tevens een criterium zoals in de hoofdtekst besproken.

⁴⁶ Hazewinkel-Suringa/Rommeling 1996, p. 283-284; Meyer 1871, p. 58-61.

leiden. In het uiteindelijke artikel 51 Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund is overigens wel een stoornisvereiste opgenomen.⁴⁷

Ten slotte kan de voorwaarde dat de verdachte ten tijde van het delict aan een stoornis leed, worden gecombineerd met een criterium voor ontoerekenbaarheid. Een voorbeeld daarvan is artikel 20 van het huidige Duitse Strafgesetzbuch. Daarin is een stoornisvereiste opgenomen (onder andere *krankhaften seelischen Störung*). Deze stoornis moet ertoe hebben geleid dat de verdachte: '[...] unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.'⁴⁸ Dit nadere criterium vereist een bepaald verband tussen stoornis en delict. Niet *iedere* stoornis die onder het stoornisvereiste kan worden geschaard, leidt tot strafuitsluiting,⁴⁹ maar slechts die stoornissen waardoor de verdachte niet in staat was de wederrechtelijkheid van het feit in te zien of volgens dat inzicht te handelen.

De combinatie van stoornisvereiste en criterium is de dominante benadering van ontoerekenbaarheid. Van de eerste twee manieren om ontoerekenbaarheid vorm te geven zijn slechts verouderde voorbeelden te geven.⁵⁰ Niet alleen het Duitse Strafgesetzbuch, ook alle Anglo-Amerikaanse *tests* voor *insanity*, de huidige Code Pénal en het Statuut van Rome kennen een combinatie van stoornisvereiste en criterium.⁵¹ Ook van artikel 39 Sr

⁴⁷ Meyer 1871, p. 58.

⁴⁸ Artikel 20 StGB: 'Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder wegen Schwachsinn oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.' Zie ook Haffmans 1989, p. 30-31; Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 284; Perron & Weißer, in: *Strafgesetzbuch Kommentar* 2014, art. 20 StGB, aant. I-III.

⁴⁹ Soms wordt deze benadering van ontoerekenbaarheid gekarakteriseerd met de aan Wiersma (1932, p. 99) ontleende uitdrukking "partiële toerekening", omdat slechts stoornissen die met het delict in verband staan tot ontoerekenbaarheid kunnen leiden. (Haffmans 1989, p. 44; De Hullu 2015, p. 345.) Deze term wordt in dit onderzoek vermeden. Nieboer (1970, p. 154-157) gebruikt "partialiteit" om toestanden tussen geestelijke gezondheid en "volledige psychische desintegratie" te beschrijven. Verwarrend is bovendien dat "partiële toerekening" taalkundig ook op verminderde toerekenbaarheid kan duiden.

⁵⁰ Het Noorse Wetboek van Strafrecht is mogelijk een uitzondering. Artikel 44 Straffeloven lijkt slechts een stoornisvereiste te stellen: 'A person who was *psychotic* or *unconscious* [cursiveringen JB] at the time of the act shall not be liable to a penalty.' (Vertaling: Det Kongelige Justis- og Politidepartement, *The General Civil Penal Code. With subsequent amendments, the latest made by Act of 21 December 2005 No. 131*, <www.ub.uio.no/ujur/ulovdata> (zoek op: <"penal code">, geraadpleegd december 2015).

⁵¹ Zie deel II over Anglo-Amerikaanse *tests*. Artikel 122-1 CP: 'N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique [stoornisvereiste, JB] ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes [criterium, JB].' Artikel 31 lid 1 sub A Statuut van Rome: '[...] a person shall not be criminally responsible if, at the time of that person's conduct: (a) The

wordt aangenomen dat deze benadering van ontoerekenbaarheid is gevolgd. Het stoornisvereiste (“gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens”) springt direct in het oog. Een criterium is echter niet in artikel 39 Sr opgenomen. Uit de tekst van artikel 39 Sr volgt slechts dat een stoornis aanleiding *kan* zijn een feit niet toe te rekenen, maar de wet bevat geen criterium met nadere voorwaarden waaronder een stoornis tot ontoerekenbaarheid leidt. In het volgende hoofdstuk wordt onderzocht of de aanname dat artikel 39 Sr de toepassing van een criterium impliceert juist is en welke criteria in dat verband naar voren zijn gebracht. In dit hoofdstuk wordt onderzocht hoe het stoornisvereiste van artikel 39 Sr geïnterpreteerd wordt en welke problemen bij de interpretatie van het stoornisvereiste rijzen.

1.2 Wetsgeschiedenis: de formulering van het stoornisvereiste

1.2.1 Inleiding

Het stoornisvereiste van artikel 39 Sr is enigszins archaïsch geformuleerd als: “gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens”. In deze paragraaf wordt aan de hand van de wetsgeschiedenis onderzocht of aan deze formulering een bijzondere betekenis toekomt en zo ja, welke.

1.2.2 “Geestvermogens”

Het stoornisvereiste in het oorspronkelijke regeringsontwerp van het Wetboek van Strafrecht lijkt op het huidige stoornisvereiste. Artikel 47 ORO eist dat de verdachte lijdt aan een “gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke storing zijner geestvermogens”.⁵² De term “geestvermogens” wordt in een door Minister van Justitie Modderman ingediend gewijzigd ontwerp echter vervangen door “verstandelijke vermogens” (artikel 37 GO). Daarmee wil Modderman tegemoet komen aan een bezwaar van de psychiater Ramaer tegen de formulering van het stoornisvereiste van artikel 47 ORO.⁵³ De wetgever zou door te spreken van “geestvermogens” namelijk een dualistisch standpunt innemen in het filosofische lichaam-geestdebat, omdat “geestvermogens” veronderstelt dat er een “geest” is die de “stof”

person suffers from a mental disease or defect [stoornisvereiste, JB] that destroys that person’s capacity to appreciate the unlawfulness or nature of his or her conduct, or capacity to control his or her conduct to conform to the requirements of law [criterium, JB].’

⁵² Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 364. Volgens artikel 47 ORO zou ook degene die in een “toestand van bewusteloosheid” verkeerde een beroep op ontoerekenbaarheid toe kunnen komen. Bewusteloosheid als grond voor ontoerekenbaarheid is geschrapt na debat daarover in de Tweede Kamer. (Zie paragraaf 1.3.2.)

⁵³ Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 373.

beheerst. Omdat het onwenselijk is dat de wetgever speculatieve filosofische posities inneemt, kan volgens Ramaer beter van “verstandelijke vermogens” worden gesproken. Daardoor wordt volgens hem filosofische stellingname vermeden.⁵⁴ De wijziging van “geestvermogens” in “verstandelijke vermogens” leidt niet tot discussie in de Staten-Generaal en krijgt kracht van wet in artikel 37 (oud) Sr.

Volgens Hazewinkel-Suringa/Remmeling is in artikel 37 (oud) Sr ook voor “verstandelijke vermogens” gekozen, omdat “geestvermogens” een te breed begrip zou zijn. Als het stoornisvereiste spreekt van “geestvermogens”, zouden ook verdachten die lijden aan een stoornis van hun “sociale” of “ethische vermogens” (*insania moralis*), maar niet van hun verstandelijke vermogens, zich op ontoerekenbaarheid kunnen beroepen. Deze verdachten zou geen beroep op strafuitsluiting toe mogen komen.⁵⁵ Dit argument is echter niet bij Ramaer of in de negentiende-eeuwse wetsgeschiedenis van het Wetboek van Strafrecht aan te treffen.

Met de invoering van de psychopathenwetten in de jaren twintig van de twintigste eeuw is de term “verstandelijke vermogens” in artikel 37 (oud) Sr weer vervangen door het huidige “geestvermogens”.⁵⁶ “Geestvermogens” moet volgens de memorie van toelichting bij de psychopathenwetten ondubbelzinnig uitdrukken dat niet alleen stoornissen die de verstandelijke vermogens aantasten binnen het bereik van het stoornisvereiste vallen, maar dat ook stoornissen die géén betrekking hebben op de intellectuele capaciteiten van de verdachte als stoornis in de zin van de wet gelden.⁵⁷

In de jaren tachtig van de twintigste eeuw is ontoerekenbaarheid door invoering van de Wet herziening tbr verplaatst van artikel 37 (oud) Sr naar het huidige artikel 39 Sr.⁵⁸ In de memorie van antwoord bij de Wet herziening tbr wordt voor de interpretatie van het stoornisvereiste in het Wetboek van Strafrecht verwezen naar de nadere memorie van antwoord bij de Wet bopz.⁵⁹ In artikel 1 lid 1 sub d Wet bopz is het stoornisvereiste hetzelfde geformuleerd als in artikel 39 Sr. Alle belangrijke psychische vermogens worden volgens de nadere memorie van antwoord bij de Wet bopz door de term “geestvermogens” bestreken:

⁵⁴ Ramaer 1880, p. 41.

⁵⁵ Hazewinkel-Suringa/Remmeling 1996, p. 288.

⁵⁶ *Stb.* 1925, 221; 1928, 251.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 1910/11, 239, nr. 4, p. 18. Zie ook *Kamerstukken II* 1914/15, 50, nr. 2, p. 5; 1922/23, 88, nr. 1, p. 2-3.

⁵⁸ *Stb.* 1986, 587.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 1980/81, 11 932, nr. 5, p. 31.

‘Onder geestvermogens moeten naar de bedoeling van het ontwerp worden verstaan de vermogens tot denken, voelen, willen, oordelen en doelgericht handelen. Deze vermogens worden bepaald en beïnvloed door biologische, psychische en sociale factoren.’⁶⁰

De term “storing” die nog in artikel 37 (oud) Sr wordt gebruikt, wordt door de Wet herziening tbr in het nieuwe artikel 39 Sr vervangen door het huidige “stoornis” om het artikel beter aan te laten sluiten bij de in de Wet bopz gebruikte terminologie.⁶¹

Zowel de wetsgeschiedenis van de psychopathenwetten als de wetsgeschiedenis van de Wet herziening tbr duidt erop dat de term “geestvermogens” is gekozen om uit te drukken dat stoornis van alle belangrijke psychische vermogens binnen het bereik van het stoornisvereiste valt.⁶²

1.2.3 “Gebrekkige ontwikkeling” en “ziekelijke stoornis”

De term “gebrekkige ontwikkeling” is volgens de memorie van toelichting bij het Wetboek van Strafrecht nodig om uit te drukken dat ook aangeboren beperkingen die geen “ziekelijke stoornis” zijn, maar wel een “abnormale gemoedstoestand” veroorzaken, tot ontoerekenbaarheid kunnen leiden.⁶³ In artikel 1 lid 1 sub d Wet bopz wordt hetzelfde onderscheid tussen “gebrekkige ontwikkeling” en “ziekelijke stoornis” gemaakt. Hiervóór bleek dat de toelichting op het stoornisvereiste in de nadere memorie van antwoord bij de Wet bopz relevant is voor de interpretatie van het stoornisvereiste van artikel 39 Sr. Van een “gebrekkige ontwikkeling” is volgens de nadere memorie van antwoord bij de Wet bopz sprake in gevallen van aangeboren of op jeugdige leeftijd ontstane zwakzinnigheid (“idiotie en imbecilitas mentis”). Een “ziekelijke stoornis” is een toestand waarin (tot op zekere hoogte) tot ontwikkeling gekomen geestvermogens tijdelijk of blijvend gestoord raken. Psychoses zijn daarvan een voorbeeld.⁶⁴

Hazewinkel-Suringa/Remmeling relativiseren de juridische relevantie van het onderscheid tussen de “gebrekkige ontwikkeling” en de “ziekelijke stoornis”, maar merken ook op dat sommige gedragsdeskundigen misschien

⁶⁰ *Kamerstukken II* 1979/80, 11 270, nr. 12, p. 12.

⁶¹ *Kamerstukken II* 1971/72, 11 932, nr. 3, p. 9.

⁶² Zie ook Van Bemmelen 1956, p. 83; Keulen 2013; Van der Wolf e.a. 2012, p. 787.

⁶³ Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 366. Als (enigszins raadselachtige) voorbeelden worden genoemd doofstomheid of blindheid. Later (Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 371) noemt Modderman een “niet-onderwezen doofstomme”.

⁶⁴ *Kamerstukken II* 1979/80, 11 270, nr. 12, p. 13-14. Andere voorbeelden die worden genoemd zijn dementie, “psychogene opwindingsstoelstanden” en bepaalde verslavingsstoelstanden.

een beperkt concept van psychische stoornis hanteren en aangeboren beperkingen niet als “ziekelijke stoornis” willen aanmerken. Expliciet bepalen dat aangeboren beperkingen tot ontoerekenbaarheid kunnen leiden, kan daarom zinvol zijn.⁶⁵ In de forensisch-gedragswetenschappelijke literatuur over de rapportage *pro justitia* wordt het onderscheid meestal gehandhaafd.⁶⁶ Het wordt door gedragsdeskundigen echter niet consequent toegepast. Een persoonlijkheidsstoornis wordt door de ene deskundige bijvoorbeeld als “gebrekkige ontwikkeling”, door de andere als “ziekelijke stoornis” betiteld.⁶⁷ Mogelijk is een consequent onderscheid gedragswetenschappelijk niet goed te maken.⁶⁸

In de juridische literatuur wordt de opvatting van Hazewinkel-Suringa/Rommelink dat aan het onderscheid tussen de “gebrekkige ontwikkeling” en de “ziekelijke stoornis” geen bijzondere betekenis toekomt door andere auteurs onderschreven. Een overkoepelende term als bijvoorbeeld “psychische afwijking”, “psychische stoornis” of “geestelijke stoornis” zou geen andere strekking hebben.⁶⁹ Ook in artikel 1 lid 1 sub d Wet bopz wordt de formulering “gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens” samengevat onder de noemer “stoornis van de geestvermogens”. Het Wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg is in dit verband tevens illustratief. Daarin wordt voorgesteld om “psychische stoornis of verstandelijke beperking” als stoornisvereiste in (onder meer) artikel 39 Sr op te nemen.⁷⁰ Tegelijkertijd wordt in de memorie van toelichting opgemerkt dat óók verstandelijke beperkingen als “psychische stoornis” moeten worden aangemerkt.⁷¹ Het voegt niets toe om de “verstandelijke beperking” als afzonderlijke categorie in de wet op te nemen, als verstandelijke beperkingen al onder de categorie “psychische stoornis” vallen. “Psychische stoornis” kan volstaan als koepelbegrip.⁷²

Ook in dit onderzoek wordt de meer gebruikelijke term “psychische stoornis” gehanteerd om te verwijzen naar het stoornisvereiste. De omslachtige wettelijke formulering en het weinig relevante onderscheid

⁶⁵ Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 289. Zie ook Kelk/De Jong 2013, p. 320.

⁶⁶ Zie bijvoorbeeld Brand 2001, p. 185, Van Kordelaar 2008, p. 31-32, Van Marle 2012, p. 118. Uit de gebruikelijke vraagstelling (NIFP 2014c) aan de gedragsdeskundige volgt dat deze expliciet moet aangeven of de onderzochte lijdt aan een ‘[...] ziekelijke stoornis en/of [cursivering JB] gebrekkige ontwikkeling van zijn geestvermogens.’

⁶⁷ Van Esch 2012, p. 298-300.

⁶⁸ Van Kordelaar 2008, p. 31-32.

⁶⁹ Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 149; Van Eck 1962, p. 289; Haffmans 1989, p. 46-47; De Hullu 2015, p. 346; Nieboer 1970, p. 66-67; Strijards 1987, p. 82. Zie ook CAG Silvis voor HR 22 mei 2012, LJN BW6184, onder 11. In zijn commentaar op artikel 47 ORO merkt de psychiater Ramaer (1880, p. 44) dit al op.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 399, nr. 2, p. 40.

⁷¹ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 399, nr. 3, p. 11.

⁷² Aldus ook Van Esch 2012, p. 31.

tussen de “gebrekkige ontwikkeling” en de “ziekelijke stoornis” worden daardoor vermeden. De neutrale term “psychische stoornis” doet tevens recht aan de conclusie van de vorige paragraaf dat stoornis van de “geestvermogens” in de zin van artikel 39 Sr stoornis van alle belangrijke psychische vermogens omvat.

1.3 Wat voor stoornisconcept bevat artikel 39 Sr?

1.3.1 Inleiding

Aan de formulering van het stoornisvereiste in artikel 39 Sr komt geen andere betekenis toe dan dat een psychische stoornis voorwaarde is voor ontoerekenbaarheid. Daarmee is echter nog niets gezegd over de materiële afbakening van het begrip “psychische stoornis”. Een wettelijk stoornisvereiste kan twee verschillende stoornisconcepten bevatten. In de eerste plaats kan het stoornisvereiste materieel volledig samenvallen met stoornissen in psychiatrische zin. Dat wil zeggen dat aan het stoornisvereiste voldaan is als ten aanzien van een verdachte is vastgesteld dat hij ten tijde van het delict leed aan een in de psychiatrie erkende psychische stoornis. Het in de wet opgenomen stoornisvereiste gaat dan uit van een *psychiatrisch stoornisconcept*.⁷³ Het alternatief is dat een stoornisvereiste een *juridisch stoornisconcept* bevat.

Het opwerpen van de mogelijkheid van een juridisch stoornisconcept kan enige verbazing wekken. Hoe kan onder “psychische stoornis” iets anders worden verstaan dan wat daaronder wordt begrepen in de wetenschappelijke discipline die zich toelegt op de bestudering van dit fenomeen? Ten eerste kunnen bepaalde in de psychiatrie erkende stoornissen expliciet van het stoornisvereiste worden uitgesloten. In Amerikaanse jurisdicties is het bijvoorbeeld niet ongebruikelijk om uitdrukkelijk te bepalen dat bepaalde persoonlijkheidsstoornissen (bijvoorbeeld de antisociale persoonlijkheidsstoornis) buiten het bereik van het stoornisvereiste vallen. Dergelijke stoornissen kunnen daardoor nooit grond voor strafuitsluiting zijn.⁷⁴ Door de uitsluiting van een of meer in de psychiatrie erkende stoornissen is het juridische stoornisconcept *beperkt* dan de stoornissen die in de psychiatrie erkend worden en valt het daar dus ook niet volledig mee samen. Een op deze manier beperkt stoornisconcept wordt in dit onderzoek aangeduid met *negatief gedefinieerd juridisch stoornisconcept*.

⁷³ In de psychiatrie is debat over de afbakening van het concept “psychische stoornis”. Wanneer in dit onderzoek van een stoornis in psychiatrische zin wordt gesproken, is niet bedoeld om een standpunt in dat gedragswetenschappelijke debat in te nemen. Met “stoornis in psychiatrische zin” worden de *de facto* in de psychiatrie erkende stoornissen aangeduid. (Zie paragraaf 12.1.)

⁷⁴ Zie paragraaf 6.3.3, 9.2 en 9.3.2.

In de tweede plaats is denkbaar dat *positief* gedefinieerd is wat een stoornis in de zin van de wet is. In Colorado is *mental illness* bijvoorbeeld wettelijk gedefinieerd als: ‘[...] only those severely abnormal mental conditions that grossly and demonstrably impair a person’s perception or understanding of reality [...]’.⁷⁵ Van een stoornis in juridische zin is in Colorado dus *uitsluitend* sprake als een ernstige abnormale mentale toestand wordt vastgesteld waardoor de waarneming of het begrip van de werkelijkheid ernstig beperkt is. Het wettelijke stoornisvereiste gaat in een dergelijk geval uit van een *positief gedefinieerd juridisch stoornisconcept*. Een positief gedefinieerd juridisch stoornisconcept valt niet volledig samen met de stoornissen die in de psychiatrie worden erkend en kan zowel een breder als een beperkter bereik hebben.

1.3.2 Een negatief gedefinieerd juridisch stoornisconcept?

Bevat artikel 39 Sr een negatief gedefinieerd stoornisconcept? De tekst van de wet bevat geen beperkingen. Volgens Hazewinkel-Suringa/Rommelink volgt uit de wetsgeschiedenis van artikel 39 Sr echter dat een alcoholroes buiten het bereik van het stoornisconcept van artikel 39 Sr valt.⁷⁶ Het stoornisconcept van artikel 39 Sr is in dat geval negatief gedefinieerd, omdat een in de psychiatrie erkende stoornis is uitgesloten. Alcoholintoxicatie is in de *DSM-5* namelijk opgenomen als *substance related disorder*.⁷⁷ Ook Hazewinkel-Suringa/Rommelink erkennen dat alcoholintoxicatie “medisch gesproken” kan worden beschouwd als een “acute psychose”.⁷⁸ Een dergelijke beperking van het stoornisconcept betekent dat zowel vrijwillige als onvrijwillige intoxicatie met alcohol niet tot een ontslag van alle rechtsvervolgning op grond van artikel 39 Sr kan leiden. Slechts een beroep op de ongeschreven strafuitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld kan dan strafuitsluiting tot gevolg hebben.⁷⁹ Andere stoornissen als gevolg van intoxicatie – bijvoorbeeld “vergiftigingstoestanden” tengevolge van gas of kolendamp – kwalificeren volgens Hazewinkel-Suringa/Rommelink wél als

⁷⁵ Artikel 16.108.101.5 lid 2 sub b Colorado Revised Statutes.

⁷⁶ Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 292-293. Aldus ook Pompe 1959, p. 193-194. Zie ook Nieboer 1970, p. 63-64; Wemes 1990, p. 89-91. In het Noyon/Langemeijer/Rommelink wordt de vraag opgeworpen of het wel nodig is artikel 39 Sr zo beperkt te interpreteren, maar ook: ‘Misschien dat onze maatschappij rubricering van dronenschap als ziekelijke storing evenwel niet verdraagt.’ (Machielse, in: *Het Wetboek van Strafrecht*, art. 39 Sr, aant. 4 (online, laatst bijgewerkt februari 2009). Kelk/De Jong (2013, p. 334-335) lijkt uit de wetsgeschiedenis dezelfde conclusie te trekken als Hazewinkel-Suringa/Rommelink.

⁷⁷ APA 2013, p. 497-499.

⁷⁸ Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 292.

⁷⁹ Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 292; Gritter 2015, p. 507.

stoornissen in de zin van artikel 39 Sr.⁸⁰ Een alcoholroes waarbij zich een ongewone “ziekelijke storing der geestvermogens” voordoet (“pathologische roes”) en intoxicatie als gevolg van medicijn- of drugsgebruik scharen Hazewinkel-Suringa/Remmeling onder de twijfelgevallen.⁸¹

De uitsluiting van alcoholintoxicatie van het stoornisconcept van artikel 39 Sr is volgens Hazewinkel-Suringa/Remmeling het gevolg van een aanpassing van de formulering van het stoornisvereiste in het oorspronkelijk regeringsontwerp en het gewijzigd ontwerp.⁸² Artikel 47 ORO en 37 GO bepalen dat niet alleen de “gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke storing” tot ontoerekenbaarheid kan leiden, maar ook de “toestand van bewusteloosheid” (artikel 47 ORO) of de “staat van bewusteloosheid” (artikel 37 GO) waarin de verdachte verkeerde. Daaronder moet volgens de memorie van toelichting onder andere de zeldzame situatie worden begrepen waarin als gevolg van drankgebruik *ieder* bewustzijn ontbreekt.⁸³ Naar aanleiding van deze passage zijn de Raad van State en enkele Kamerleden verontrust, omdat zij vrezen dat hierdoor in dronkenschap gepleegde feiten onbestraft zullen blijven. “Bewusteloosheid” moet volgens hen daarom geschrapt worden als grond voor ontoerekenbaarheid. Anderen benadrukken dat opnemen van “bewusteloosheid” in het stoornisvereiste overbodig is, omdat degene die bewusteloos is niet (opzettelijk) handelt en dus ook geen strafbare feiten kan plegen. Dan is de vraag of een strafbaar feit kan worden toegerekend helemaal niet aan de orde en hoeft “bewusteloosheid” geen deel uit te maken van het stoornisvereiste. Modderman laat zich door dit laatste argument overtuigen. Daarom schaaft hij zich achter een amendement waarmee bewusteloosheid uit het stoornisvereiste wordt geschrapt. Dit amendement wordt aangenomen.⁸⁴

Alleen het eerste argument pleit mogelijk voor uitsluiting van (zelf) intoxicatie door alcohol van het stoornisconcept. Het schrappen van “bewusteloosheid” als grond voor ontoerekenbaarheid berust echter óók op het tweede – zelfstandige – argument. Dat argument vloeit voort uit de systematiek van het Wetboek van Strafrecht en houdt geen verband met uitsluiting van intoxicatie van het stoornisconcept. Het gaat daarom te ver om te stellen dat “de wetgever” alcoholintoxicatie categorisch heeft willen

⁸⁰ Een vergiftiging door bijvoorbeeld koolmonoxide kan volgens de *DSM-5* onder andere worden geclassificeerd als een *substance induced disorder*. (APA 2013, p. 487-488.)

⁸¹ Hazewinkel-Suringa/Remmeling 1996, p. 291, 292-293.

⁸² Hazewinkel-Suringa/Remmeling 1996, p. 277-278, 292. Zie ook Nieboer 1970, p. 64.

⁸³ Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 365.

⁸⁴ Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 366-383. *Culpa* kan volgens Modderman (Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 380) in geval van bewusteloosheid als gevolg van vrijwillige dronkenschap mogelijk wel worden bewezen, bijvoorbeeld als sprake is van een omissiedelict.

uitsluiten van het bereik van het stoornisvereiste, hoewel enkele Kamerleden en mogelijk ook de Raad van State die gedachtengang lijken te volgen.⁸⁵

Uit het feit dat de term “bewusteloosheid” na deze discussie is geschrapt uit het stoornisvereiste, volgt bovendien niet dat intoxicatie niet onder de “gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke storing zijner geestvermogens” geschaard kan worden. Die mogelijkheid is in het parlementaire debat niet aan de orde geweest.⁸⁶ Alcohol, medicijn- en drugsintoxicatie worden in de hedendaagse literatuur en rechtspraak in de sleutel van *culpa in causa* bij ontoerekenbaarheid geplaatst.⁸⁷ Intoxicatie is daarom niet uitgesloten van het bereik van artikel 39 Sr en daarom te kwalificeren als een stoornis in de zin van artikel 39 Sr.⁸⁸

Sommige auteurs betogen dat tijdelijke, kortstondige stoornissen niet onder het stoornisconcept van artikel 39 Sr vallen.⁸⁹ Een verdachte die bijvoorbeeld een verkeersongeluk veroorzaakt door een plotseling verlies van bewustzijn zou zich niet met succes op ontoerekenbaarheid kunnen beroepen, omdat hij niet aan een stoornis in de zin van artikel 39 Sr lijdt. Hem rest een beroep op afwezigheid van alle schuld wegens verontschuldigbare onmacht. Mulder acht deze beperking van het stoornisvereiste noodzakelijk, omdat een overigens gezonde verdachte die tijdelijk het bewustzijn verliest, niet in een psychiatrisch ziekenhuis moet kunnen worden geplaatst (artikel 37 Sr) of ter beschikking worden gesteld (artikel 37a Sr).⁹⁰ Door een tijdelijk bewustzijnsverlies niet als een stoornis aan te merken kan geen van beide maatregelen worden opgelegd, omdat voor beide maatregelen vereist is dat de verdachte aan een psychische stoornis lijdt. In de memorie van toelichting bij het Wetboek van Strafrecht wordt echter opgemerkt dat een “voorbijgaande” stoornis binnen het bereik van artikel 39 Sr valt.⁹¹ Ook uit het feit dat tijdelijke stoornissen als gevolg van intoxicatie een stoornis in de zin van artikel 39 Sr zijn, volgt dat kortdurende stoornissen tot ontoerekenbaarheid kunnen leiden. Kenmerkend voor intoxicatie is immers dat de stoornis van relatief

⁸⁵ Aldus ook Nieboer 1970, p. 64.

⁸⁶ Aldus ook Nieboer 1970, p. 64.

⁸⁷ Bijlsma 2011; De Hullu 2015, p. 349-351; Van Mulbregt & Koenraad 2013; Wemes 1990. HR 16 november 1965, *NJ* 1966, 404 m.nt. Enschedé; HR 9 juni 1981, *NJ* 1983, 412 m.nt. Van Veen, r.o. 7; HR 28 juni 1983, *NJ* 1984, 53 m.nt. 't Hart, r.o. 7.6; HR 21 september 1999, *NJ* 1999, 760, r.o. 3.3; HR 12 februari 2008, *NJ* 2008, 263 m.nt. Keijzer, r.o. 3.4. (In de in de *Nederlandse Jurisprudentie* opgenomen kop van het het arrest 16 november 1965 staat dat een beroep op bewustzijnsverlies als gevolg van een slaapmiddel in het kader van afwezigheid van alle schuld is geplaatst. Gritter (2015, p. 509-511) toont aan dat de zaak beter in de sleutel van artikel 39 Sr kan worden geplaatst.)

⁸⁸ Aldus ook Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 152-153.

⁸⁹ Mulder 1970, p. 237; Janssen & Van Leeuwen 2000, p. 879-880; Vellinga 1982, p. 168-169.

⁹⁰ Mulder 1970, p. 237.

⁹¹ Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 365.

korte duur is, omdat zij slechts duurt tot de intoxicatie is uitgewerkt. De door sommige auteurs verdedigde opvatting dat een tijdelijke stoornis buiten het bereik van artikel 39 Sr valt, is daarom in strijd met de wetsgeschiedenis en de rechtspraak van de Hoge Raad. Het argument om tijdelijke stoornissen buiten het bereik van artikel 39 Sr te houden, is bovendien niet overtuigend. Voor de plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis en de terbeschikkingstelling gelden aanvullende voorwaarden, onder andere de voorwaarde dat de verdachte gevaarlijk is. In het geval van een tijdelijk bewustzijnsverlies bij een overigens gezonde verdachte is (doorgaans) niet aan dit gevaarscriterium voldaan en kan om die reden al geen van beide maatregelen worden opgelegd. Het is daarom niet nodig nog een drempel op te werpen door het stoornisvereiste te beperken.⁹²

Artikel 39 Sr sluit uit dat feiten die onder invloed van hevige emoties van een “geestelijk gezonde” verdachte zijn gepleegd, binnen het bereik van artikel 39 Sr kunnen worden gebracht.⁹³ Dat is echter geen beperking van het stoornisconcept. Het is immers inherent aan een *stoornis*concept dat geestesgesteldheden die niet pathologisch zijn, maar deel uitmaken van de “normale” menselijke psychologie, buiten het bereik van een concept vallen dat per definitie betrekking heeft op pathologische psychische toestanden. Er zijn echter geen aanwijzingen dat bepaalde in de psychiatrie erkende stoornissen expliciet van het in artikel 39 Sr besloten liggende stoornisconcept zijn uitgesloten. Artikel 39 Sr bevat daarom geen negatief gedefinieerd juridisch stoornisconcept.

1.3.3 Een psychiatrisch of een positief gedefinieerd juridisch stoornisconcept?

Volgens Nieboer vallen onder artikel 39 Sr alle psychische afwijkingen die een “geestesziekte” zijn. Nieboer gebruikt de term “psychische afwijking” als ‘[...] een in de psychiatrie niet ongebruikelijke aanduiding voor psychische ziekten of psychische ziekteverschijnselen.’⁹⁴ Hij verzet zich tegen het toekennen van een eigen juridische (of sociale) betekenis aan “psychische afwijking”:

⁹² Aldus ook Gritter 2015, p. 507-508. Gritter (2015, p. 514-517) betoogt dat een tijdelijk bewustzijnsverlies in de meeste gevallen aan het bewijs van een strafbaar feit in de weg staat, omdat geen sprake is van een strafrechtelijk relevante gedraging. Ontoerekenbaarheid is dan niet aan de orde.

⁹³ De Hullu 2015, p. 346; Machielse, in: *Het Wetboek van Strafrecht*, art. 39 Sr, aant. 7 (online, laatst bijgewerkt februari 2009); Strijards 1987, p. 81. Kamerlid Van der Kaay merkte op: ‘Men zal zich dus niet kunnen beroepen bij voorbeeld op overdreven vaderlandsliefde, zoo als voor een Fransche jury zou gelden wanneer de daad tegen een Pruis is gepleegd, of, om bij Frankrijk te blijven, op minnenijd of wraakzucht bij eene miskende minnares.’ (Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 381.) Zie ook *Kamerstukken II* 1910/11, 239, nr. 4, p. 18.

⁹⁴ Nieboer 1970, p. 66-68.

‘Zonder te ontkennen dat de sociale dimensie van betekenis is voor psychische afwijkingen en voor grensvragen, die hier kunnen rijzen, menen wij dat de psychopathologie competent is haar eigen ziekte-criteria te concipiëren. Die competentie willen wij accentueren, al was het alleen maar om juristen ervan te weerhouden apodiktische uitspraken te doen op psychopathologisch gebied, [...]’.⁹⁵

Hazewinkel-Suringa/Remmeling noemen als voorwaarde om aan het stoornisvereiste te voldoen een ziekte in “psychiatrische zin”.⁹⁶ Kelk/De Jong stellen dat voor het begrip “ziekelijke stoornis” te rade moet worden gegaan bij: ‘[...] de wetenschappen die zich bezig houden met de psychopathologie, [...]’.⁹⁷ Als de symptomen van de verdachte te classificeren moeten zijn als een stoornis in psychiatrische zin om te voldoen aan het stoornisvereiste, ligt in artikel 39 Sr geen positief gedefinieerd juridisch stoornisconcept besloten, maar een psychiatrisch stoornisconcept. De reikwijdte van het stoornisconcept valt samen met en evolueert mee met psychiatrische opvattingen over wat een stoornis is.⁹⁸

De psychiater Mooij interpreteert het stoornisvereiste van artikel 39 Sr juist als een juridisch concept. Het is volgens Mooij niet vanzelfsprekend dat de consensus in de psychiatrie over wat als psychische stoornis te gelden heeft, overeenkomt met wat “maatschappelijk” als stoornissen worden beschouwd. Het begrip “psychische stoornis” heeft niet alleen een psychiatrische, maar ook een “conventionele” achtergrond.⁹⁹ Mooij stelt dat het strafrechtelijke stoornisconcept – waarin die “conventionele” achtergrond zou doorwerken – daarom zowel beperkter als ruimer kan zijn dan het psychiatrische. Het kan beperkter zijn, omdat een bepaalde in de psychiatrie onderscheiden stoornis te vaag of te ruim gedefinieerd is om “strafrechtelijk aanvaardbaar” te zijn als psychische stoornis. Het kan ruimer zijn als in de psychiatrie naar het oordeel van de strafrechter van een te beperkt concept wordt uitgegaan. Een stoornis in de zin van artikel 39 Sr moet volgens Mooij bovendien niet alleen “strafrechtelijk aanvaardbaar” zijn, maar ook “strafrechtelijk relevant”. Dat wil zeggen dat een stoornis potentieel tot strafuitsluiting moet kunnen leiden. Daarvan is pas sprake als de stoornis het “vermogen tot overleg” van de verdachte aantast.¹⁰⁰ In de psychiatrie erkende stoornissen die geen verband houden met het “vermogen tot overleg” zijn dus binnen Mooijs benadering

⁹⁵ Nieboer 1970, p. 27.

⁹⁶ Hazewinkel-Suringa/Remmeling 1996, p. 284. Zie ook Machielse, in: *Het Wetboek van Strafrecht*, art. 39 Sr, aant. 7 (online, laatst bijgewerkt februari 2009). Vgl. Hofstee 1987, p. 458; Vegter 2009, p. 284.

⁹⁷ Kelk/De Jong 2013, p. 320.

⁹⁸ Zie ook Kelk/De Jong 2013, p. 320.

⁹⁹ Kritisch over de interpretatie van het stoornisconcept als *common sense* of “conventioneel” begrip is Mackor (2012).

¹⁰⁰ Zie paragraaf 4.3.4.

geen stoornissen in de zin van artikel 39 Sr. Een “gedragstoornis” – die slechts wordt vastgesteld op grond van “uitwendig” gedrag – is volgens Mooij geen stoornis in de zin van de wet, omdat de stoornis niet de “geestelijke vermogens” van de verdachte raakt.¹⁰¹

Wetsgeschiedenis en rechtspraak van de Hoge Raad bieden argumenten voor zowel de eerste als de tweede interpretatie van het stoornisvereiste van artikel 39 Sr. Bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht wordt naar een formulering van het stoornisvereiste gezocht die in de psychiatrie niet tot verschil van mening kan leiden. De wettelijke formulering mag niet onbruikbaar zijn voor de deskundige of vooruitlopen op gedragswetenschappelijke vraagstukken.¹⁰² In de memorie van toelichting op de psychopathenwetten wordt opgemerkt dat “wetenschappelijk” vast moet staan dat sprake is van een afwijking van “ontwifelbaar ziekelijken aard”. Dit moet worden uitgedrukt in een voorgestelde toevoeging aan het stoornisvereiste dat de verdachte “lijdende was” aan een psychische stoornis.¹⁰³ Het Wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg zoekt met de term “psychische stoornis” als wettelijk stoornisvereiste zelfs expliciet aansluiting bij de in de *DSM-IV (TR)* gebruikte terminologie.¹⁰⁴ Deze passages uit de wetsgeschiedenis duiden op een stoornisconcept dat niet afwijkt van wat in de psychiatrie onder psychische stoornis wordt verstaan. Ook de rechtspraak van de Hoge Raad biedt steun aan de interpretatie dat in artikel 39 Sr een psychiatrisch stoornisconcept besloten ligt. De Hoge Raad beschouwt de vaststelling van een stoornis als voorwaarde voor de oplegging van tbs op grond van artikel 37a lid 1 Sr als een feitelijk oordeel en toetst dat slechts op begrijpelijkheid.¹⁰⁵ Als de Hoge Raad het stoornisvereiste van artikel 39 Sr hetzelfde interpreteert, dan duidt deze overweging erop dat artikel 39 Sr geen positief gedefinieerd juridisch stoornisconcept bevat. Als het stoornisvereiste een positief gedefinieerd juridisch concept zou zijn, dan is de vaststelling dat wel of geen sprake is van een stoornis niet alleen van feitelijke aard, maar vergt deze ook een juridisch oordeel.

In de in de vorige alinea aangehaalde passage uit de memorie van toelichting bij de psychopathenwetten wordt echter niet alleen opgemerkt dat voor de rechter “wetenschappelijk” moet vaststaan dat sprake is van een ziekelijke stoornis, maar ook dat moet worden gewaakt tegen “te ver getrokken psychiatrisering” en dat de rechter geheel vrij is in zijn waardering van “den aard der psychische afwijkingen”.¹⁰⁶ In een later ontwerp van de psychopathenwetten is de aanvankelijk voorgestelde toevoeging aan het

¹⁰¹ Mooij 2004, p. 120-124, 130-131; Mooij 2005b, p. 12-14.

¹⁰² Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 365, 371, 373. Zie ook Mevis & Vegter 2011, p. 116.

¹⁰³ *Kamerstukken II* 1910/11, 239, nr. 4, p. 18. Zie ook Mevis & Vegter 2011, p. 117.

¹⁰⁴ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 399, nr. 2, p. 11.

¹⁰⁵ HR 22 januari 2008, LJN BC1311, r.o. 4.3.2; HR 18 december 2012, *NJ* 2013, 466 m.nt. Keulen, r.o. 3.4.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II* 1910/11, 239, nr. 4, p. 18.

stoornisvereiste van de woorden “lijdende aan” bovendien juist geschrapt, omdat ook in gevallen waarin een “gebrekkige ontwikkeling” niet “ziekelijk” is, artikel 39 Sr mogelijk toepassing vindt.¹⁰⁷ Deze passages duiden op een eigen betekenis van het strafrechtelijke stoornisconcept dat afwijkt van de stoornissen die in de psychiatrie worden erkend. Ook de rechtspraak van de Hoge Raad over het stoornisvereiste van artikel 37a lid 1 Sr wijst in de richting van een positief gedefinieerd stoornisconcept. Volgens de Hoge Raad heeft de rechter een “eigen verantwoordelijkheid” bij de vaststelling of de verdachte aan een psychische stoornis in de zin van artikel 37a lid 1 Sr lijdt en is hij niet gebonden aan de door de deskundigen uitgebrachte adviezen.¹⁰⁸ Aan deze formeelrechtelijke rolverdeling tussen de rechter en de gedragsdeskundige,¹⁰⁹ voegt de Hoge Raad in een arrest van 18 december 2012 toe dat niet vereist is dat een afwijking te classificeren is volgens de categorieën van de *DSM-IV (TR)* om als “gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis” te kunnen worden aangemerkt.¹¹⁰ Deze mogelijkheid is al in oudere jurisprudentie gegeven. In een arrest uit 1976 heeft de Hoge Raad een ontslag van alle rechtsvervolging in stand gelaten van een verdachte die “overspannen” was, terwijl niet is vastgesteld dat de overspannenheid als een stoornis in de zin van de *DSM* (of een andere psychiatrische classificatie) te classificeren is.¹¹¹ De overweging dat classificatie volgens de *DSM* niet vereist is, wijst niet zonder meer op een positief gedefinieerd juridisch stoornisconcept – een stoornisconcept dat afwijkt van het bereik van de in de psychiatrie erkende stoornissen. De in de psychiatrie erkende stoornissen vallen immers niet samen met de in de *DSM* opgenomen stoornissen.¹¹² Vervolgens overweegt de Hoge Raad echter dat de enkele omstandigheid dat een afwijking volgens de *DSM* als stoornis te classificeren is, niet hoeft te betekenen dat sprake is van een stoornis *in de zin van* artikel 37a lid 1 Sr. Deze overweging ten overvloede lijkt erop te duiden dat het juridische stoornisconcept materieel kan afwijken van de in de psychiatrie erkende stoornissen. Kennelijk bestaan in de psychiatrie erkende stoornissen die geen stoornis in de zin van artikel 37a lid 1 Sr zijn. De Hoge Raad laat echter

¹⁰⁷ *Kamerstukken II* 1914/15, 50, nr. 2, p. 5.

¹⁰⁸ HR 22 januari 2008, LJNBC1311, r.o. 4.3.2; HR 18 december 2012, NJ 2013, 466 m.nt. Keulen, r.o. 3.4 Zie ook CAG Knigge 27 augustus 2013, ECLI:NL:PHR:2013:895.

¹⁰⁹ Keulen 2013.

¹¹⁰ HR 18 december 2012, NJ 2013, 466 m.nt. Keulen, r.o. 3.5. Het hof (r.o. 3.2) had overwogen: ‘Hyperseksualiteit staat echter, [...], niet omschreven in de *DSM-IV-TR* en wordt door het hof op zichzelf dan ook niet als psychische stoornis aangemerkt.’ Zie ook Hof Arnhem 18 mei 2011, NJ 2011, 442 m.nt. Schalken. Zie ook Keulen 2013; Mevis & Vegter 2011, p. 120; Van der Wolf e.a. 2012, p. 788-790.

¹¹¹ HR 30 maart 1976, NJ 1976, 492 m.nt. Van Veen. Zie ook Gritter 2015, p. 511-513; De Hullu 2015, p. 346; Keulen 2013.

¹¹² Zie paragraaf 12.1. Zie ook CAG Silvis voor HR 18 december 2012, NJ 2013, 466 m.nt. Keulen, onder 20.

in het midden onder welke omstandigheden sprake kan zijn van een in de *DSM* opgenomen stoornis die geen stoornis in de zin van artikel 37a lid 1 Sr is. Hoewel de rechtspraak van de Hoge Raad in dit verband dus wijst op een positief gedefinieerd juridisch stoornisconcept, valt daaruit niet af te leiden welke inhoud daaraan moet worden gegeven.

1.4 Conclusie

Voor ontoerekenbaarheid is vereist dat de verdachte aan een psychische stoornis lijdt. Het is echter onduidelijk of in het stoornisvereiste van artikel 39 Sr een psychiatrisch stoornisconcept of een positief gedefinieerd juridisch stoornisconcept besloten ligt. De wetsgeschiedenis en de jurisprudentie van de Hoge Raad ondersteunen beide interpretaties. Beide interpretaties worden ook in de literatuur verdedigd. Omdat een positief gedefinieerd juridisch stoornisconcept zowel een breder als een beperkter bereik kan hebben dan de in de psychiatrie erkende stoornissen, bestaat onzekerheid over de materiële reikwijdte van de eerste voorwaarde voor ontoerekenbaarheid. Het is onduidelijk hoe het eerste vereiste voor ontoerekenbaarheid is afgebakend.

Hoofdstuk 2

Een criterium voor ontoerekenbaarheid?

2.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk zijn drie manieren onderscheiden om een strafuitsluitingsgrond voor verdachten die aan een psychische stoornis lijden juridisch vorm te geven.¹¹³ Er kan ten eerste voor worden gekozen uitsluitend de voorwaarde te stellen dat de verdachte aan een stoornis lijdt. Ten tweede kan worden vereist dat de geestesgesteldheid van de verdachte beantwoordt aan een bepaald criterium voor ontoerekenbaarheid. De dominante benadering van ontoerekenbaarheid is echter een combinatie van stoornisvereiste en criterium. Niet iedere stoornis is volgens die benadering grond voor strafuitsluiting, maar slechts die stoornissen die in een door een criterium bepaald verband met het delict staan leiden tot ontoerekenbaarheid. De tekst van artikel 39 Sr bevat geen criterium voor ontoerekenbaarheid. Toch wordt op grond van de wetsgeschiedenis aangenomen dat artikel 39 Sr niet alleen een stoornisvereiste bevat, maar ook de toepassing van een criterium vereist. In dit hoofdstuk wordt eerst onderzocht of deze aanname juist is. Vervolgens wordt besproken welke voorstellen voor een criterium voor ontoerekenbaarheid in de juridische literatuur zijn gedaan.

2.2 Wetsgeschiedenis: de (mislukte) zoektocht naar een criterium

2.2.1 Inleiding

In 1870 wordt de Staatscommissie voor de Zamenstelling van een Wetboek van Strafrecht onder voorzitterschap van de Leidse hoogleraar De Wal ingesteld. De latere Minister van Justitie Modderman is lid van deze commissie. De werkzaamheden van de commissie leiden tot een ontwerp van een wetboek van strafrecht dat in 1875 met toelichting aan de Koning wordt aangeboden.¹¹⁴ Dit ontwerp is de basis van het Wetboek van Strafrecht geweest, zoals dat als oorspronkelijk regeringsontwerp wordt ingediend door Minister van Justitie Smidt en na verslag van de Kamercommissie en het regeringsantwoord daarop als gewijzigd ontwerp door minister Modderman.¹¹⁵ Ontoerekenbaarheid is bij de totstandkoming van het

¹¹³ Zie paragraaf 1.1.

¹¹⁴ Staatscommissie 1875.

¹¹⁵ Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 1-2.

Wetboek uitgebreid ter sprake gekomen, zowel in de Commissie De Wal (artikel 48 Ostd.) als bij de behandeling van het Wetboek van Strafrecht in de Tweede Kamer (artikel 47 ORO en 37 GO).¹¹⁶ In deze paragraaf wordt de wetsgeschiedenis geanalyseerd om te achterhalen of de aanname dat artikel 39 Sr de toepassing van een criterium vereist juist is.

2.2.2 De discussie over een criterium in de Commissie De Wal

De Wal opent de discussie in de staatscommissie over ontoerekenbaarheid door een criterium voor te stellen waarin het ontbreken van wilsvrijheid tot ontoerekenbaarheid leidt.¹¹⁷ Modderman stelt daarop een open redactie voor waarin geen criterium voor ontoerekenbaarheid is opgenomen. De rechter moet vaststellen dat de verdachte “niet-toerekeningsvatbaar” was.¹¹⁸ Het commissielid François pleit voor een criterium waarin voor ontoerekenbaarheid moet vaststaan dat de verdachte als gevolg van een stoornis beroofd is van “het geheel of gedeeltelijk vrije gebruik zijner verstandelijke vermogens”.¹¹⁹ Een op artikel 64 CP 1810 geïnspireerd voorstel van De Pinto om iedereen die gedwongen moet worden opgenomen op grond van de Krankzinnigenwet automatisch van straf uit te sluiten, zodat geen onderzoek hoeft te worden gedaan naar een verband tussen stoornis en delict, wordt door de overige commissieleden niet aanvaard.¹²⁰ Ook in de latere toelichting van de staatscommissie op het uiteindelijke artikel 48 Ostd. en de daarop gebaseerde memorie van toelichting bij artikel 47 ORO wordt de benadering van artikel 64 CP 1810 verworpen, onder andere omdat: “[...] de C.P. geheel uit het oog [verliest] het verband tussen den abnormalen toestand der geestvermogens en het concrete feit.”¹²¹

¹¹⁶ Zie Bosch 1965 (p. 129-138) voor een uitvoerige samenvatting van de discussie over artikel 48 Ostd. en een overzicht van alle verschillende voorgestelde redacties. Zie ook Nieboer 1970, p. 38-61. De discussie is op de volgende plaatsen in de notulen van de Commissie De Wal te vinden: Notulen Stc. I, p. 70-81; II, p. 65-75; III, p. 48-56, 518; IV, p. 287.

¹¹⁷ ‘Geene daad is strafbaar, indien de wilsvrijheid van den dader, met betrekking tot en op het tijdstip van het plegen dier daad, door gebrekkige ontwikkeling der verstandelijke vermogens of ziekelijke storing hunner werkzaamheid, geheel was uitgesloten.’ (Notulen Stc. I, p. 71.)

¹¹⁸ ‘Noch misdrijf, noch overtreding bestaat, wanneer de dader, tijdens zijn handelen of niet-handelen, ten gevolge van een voortdurende of tijdelijken abnormalen geestestoestand niet toerekeningsvatbaar was.’ (Notulen Stc. I, p. 72.)

¹¹⁹ ‘Geene daad is strafbaar, indien de dader, op het tijdstip zijner handeling van het geheel of gedeeltelijk vrije gebruik zijner verstandelijke vermogens beroofd was, en zijne daad van dit gemis of deze storing dier vermogens het gevolg is geweest.’ (Notulen Stc. I, p. 73.)

¹²⁰ Notulen Stc. I, p. 74.

¹²¹ Staatscommissie 1875, p. 67; Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 365.

Op de volgende vergadering blijkt dat het criterium van François op de meeste steun kan rekenen. Modderman heeft echter bezwaar tegen dat voorstel vanwege zijn voorkeur om het criterium voor ontoerekenbaarheid niet in de wet op te nemen. Mocht de commissie zijn voorstel niet over willen nemen, dan wil Modderman in plaats van te spreken over een causaal verband tussen stoornis en delict (“gevolg”) liever een algemene uitdrukking gebruiken, zoals “onder de werking van”.¹²² In het eerste concept luidt artikel 48 Otc. als volgt:

‘Geene daad is strafbaar, indien de dader, op het tijdstip zijner handeling van het geheel of gedeeltelijk vrije gebruik zijner geestvermogens beroofd was, en zijne daad gepleegd is onder de werking van dit gemis of deze storing dier vermogens.’¹²³

De suggestie van Modderman om “gevolg” te vervangen door “onder de werking van” is in deze redactie overgenomen. Toch kan het concept zijn goedkeuring niet wegdragen. Hij brengt een nota in waarin hij zijn bezwaren uiteenzet en zijn eigen voorstel uitwerkt. Ten eerste merkt hij op dat niemand zijn “geestvermogens” geheel vrij kan gebruiken, omdat bij iedereen dat vrije gebruik in meerdere of mindere mate wordt beperkt door ‘[...] vooroordelen, gemoedsaandoeningen, hartstochten enz.’ Verder heeft hij taalkundige bezwaren tegen de laatste zinsnede. Vervolgens herhaalt hij zijn pragmatische voorstel om in de wet slechts op te nemen dat strafuitsluiting volgt als de “toerekeningsvatbaarheid” ontbreekt en de ontwikkeling van ontoerekenbaarheid volledig aan wetenschap en praktijk over te laten.¹²⁴ Hij erkent echter dat de overige commissieleden eerder dit voorstel hebben verworpen, omdat de wet de rechter een leidraad zou moeten bieden.¹²⁵ Als alternatief stelt Modderman daarom voor de twee “elementen” die “algemeen erkend” worden als constitutief voor toerekenbaarheid als leidraad te nemen. Het betreft het vermogen de aard en strafbaarheid van het feit te begrijpen en: ‘[...] het vermogen [...] te handelen of niet te handelen overeenkomstig het besluit dat men, na korter of langer nadenken, genomen heeft.’ Als één van deze elementen door een stoornis is aangetast, is sprake van ontoerekenbaarheid.¹²⁶

¹²² Notulen Stc. I, p. 80.

¹²³ Notulen Stc., Bijl. nr. 50, p. 136.

¹²⁴ Notulen Stc., Bijl. nr. 64, p. 206-207. Later (Notulen Stc. II, p. 70) stelt Modderman dat hij bij nader inzien het woord “toerekeningsvatbaarheid” te dogmatisch vindt voor een wetboek.

¹²⁵ Notulen Stc. I, p. 71.

¹²⁶ Notulen Stc., Bijl. nr. 64, p. 208-210. Notulen Stc., Bijl. nr. 64, p. 210: ‘Niet strafbaar is een feit gepleegd tijdens zoodanige ziekelijke storing van den geest, waardoor hetzij het vermogen van den aard en de strafbaarheid van dat feit te begrijpen, hetzij de mogelijkheid van zelfbepaling was uitgesloten.’

Het laatste voorstel van Modderman krijgt geen bijval. De Pinto en Pols verwerpen het als te dogmatisch en vatbaar voor misverstanden, juist omdat ontoerekenbaarheid wordt gedefinieerd. Modderman doet daarop opnieuw een vergeefse poging de redactie van zijn eerste voorkeur – waarin ieder criterium voor ontoerekenbaarheid ontbreekt – ingang te doen vinden.¹²⁷

Voor de volgende vergadering dienen De Wal en De Pinto twee nieuwe amendementen op het eerste concept van het artikel in. Modderman meent dat de voorstellen “zakelijk” overeenkomen met het voorstel van zijn tweede voorkeur. Hij sluit zich aan bij de redactie van De Wal.¹²⁸ De commissie komt er echter niet uit. Na een “langdurige gedachtewisseling” blijft ieder bij zijn standpunt.¹²⁹ In de volgende vergadering waarin ontoerekenbaarheid wordt besproken, wordt – na opnieuw “velerlei discussie” – een voorstel van De Wal aangenomen met alleen de stem van Pols tegen.¹³⁰ Na enkele wijzigingen van ondergeschikte aard,¹³¹ luidt de definitieve redactie van artikel 48 Ostc.:

‘Niet strafbaar is hij die een feit pleegt terwijl hij tengevolge, hetzij van den toestand van bewusteloosheid waarin hij verkeert, hetzij van de gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke storing zijner geestvermogens, buiten staat is ten aanzien van dat feit zijnen wil te bepalen.’¹³²

Deze redactie is een compromis. Elementen uit de vele eerdere voorstellen zijn erin te herkennen.¹³³ De commissie heeft de ontwikkeling van het criterium – ondanks Moddermans herhaaldelijke voorstellen daartoe – niet volledig aan wetenschap en praktijk willen overlaten. Artikel 48 Ostc. bevat het criterium dat de verdachte buiten staat moet zijn geweest ten aanzien van het feit zijn wil te bepalen. De officiële toelichting van de staatscommissie op dit zo uitvoerig bediscussieerde artikel beslaat nog geen twee pagina’s. Het artikel zou geen verdere toelichting nodig hebben.¹³⁴

2.2.3 Van artikel 47 ORO naar 37 Sr: Moddermans redactie krijgt kracht van wet

In het door Minister van Justitie Smidt in 1879 ingediende oorspronkelijke regeringsontwerp is artikel 48 Ostc. ongewijzigd overgenomen, nu als artikel 47 ORO. De bij artikel 47 ORO opgenomen toelichting is letterlijk

¹²⁷ Notulen Stc. II, p. 65-66.

¹²⁸ Notulen Stc. II, p. 70.

¹²⁹ Notulen Stc. II, p. 72.

¹³⁰ Notulen Stc. III, p. 51-52.

¹³¹ Notulen Stc. III, p. 518; IV, p. 287.

¹³² Staatscommissie 1875, p. 7.

¹³³ Zie ook Bosch 1965, p. 136.

¹³⁴ Staatscommissie 1875, p. 67-68.

overgenomen van de toelichting van de Commissie De Wal op artikel 48 Ostc.¹³⁵

Artikel 47 ORO wordt voorafgaand aan de behandeling in de Tweede Kamer bekritiseerd door psychiaters. Ramaer maakt in *Psychiatrische aantekeningen op het ontwerp van wet tot vaststelling van een Wetboek van Strafrecht* bezwaar tegen het criterium dat de verdachte buiten staat moet zijn geweest zijn wil te bepalen. Hij stelt dat er weliswaar “krankzinnigen” zijn die hun wil niet kunnen bepalen, maar dat ook stoornissen bestaan die niet tot gevolg hebben dat iemand zijn wil niet kan bepalen. Niettemin is dan sprake van “krankzinnigheid”. Door “krankzinnigheid” te beperken tot het niet kunnen bepalen van de wil, gaat de wetgever volgens Ramaer uit van een opvatting van “krankzinnigheid” die in strijd is met de “psychiatrische ervaring”.¹³⁶ Ramaer stelt een criterium voor waarin een causaal verband tussen stoornis en delict tot strafuitsluiting leidt, een criterium dat volgens hem onderschreven wordt door de meest gezaghebbende psychiaters.¹³⁷

De geneesheren van vier krankzinnigengestichten richten naar aanleiding van artikel 47 ORO een schrijven aan de Tweede Kamer. Zij hebben anders dan Ramaer geen bezwaar tegen het criterium dat voor ontoerekenbaarheid de verdachte buiten staat moet zijn geweest zijn wil te bepalen. Wel zijn zij van oordeel dat de eis van een verband tussen stoornis en delict (“ten aanzien van dat feit”) berust op de volgens hen in de psychiatrie achterhaalde veronderstelling dat een “krankzinnige” verantwoordelijk kan zijn voor handelingen die niet direct uit zijn “krankzinnige voorstellingen” voortvloeien. Een “krankzinnige” kan volgens de geneesheren *nooit* verantwoordelijk worden gehouden voor zijn daden en moet dus – net als onder artikel 64 CP 1810 – altijd van straf worden uitgesloten.¹³⁸ Het advies van de geneesheren staat daarmee lijnrecht tegenover dat van Ramaer.

In het regeringsantwoord op het verslag van de Kamercommissie gaat Modderman – inmiddels als Minister van Justitie aangetreden – in op de door de psychiaters geleverde kritiek. Hij stelt vast dat Ramaer en de geneesheren tegengestelde suggesties doen.¹³⁹ Er moet daarom een formulering worden gevonden die zo ruim is dat noch de gedragsdeskundige, noch de rechter, wordt belemmerd in zijn oordeelsvorming:

¹³⁵ Staatscommissie 1875, p. 66-68; Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 364-366.

¹³⁶ Ramaer 1880, p. 45-60.

¹³⁷ Ramaer 1880, p. 60-65. Ramaer 1880, p. 73: ‘Niet strafbaar is hij die, hetzij in onbewustheid, hetzij [...] onder den invloed van storing zijner verstandelijke vermogens door ziekte een strafbaar feit pleegt.’

¹³⁸ Het schrijven van de geneesheren is opgenomen in Pott 1881 (p. 75-78). Zie ook Nieboer 1970, p. 72.

¹³⁹ Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 371, 373-374.

‘Waarlijk, hoe meer men de zoo uiteenlopende gevallen overdenkt, hoe dieper men gevoelt dat van *specificatie* geen heil te wachten is, maar veeleer eene formule moet gekozen worden zóó ruim dat zij noch de deskundigen, noch den rechter (van wier oordeel ten slotte, bij *elke* formule, toch alles afhangt) knelt.’¹⁴⁰

Hij stelt daarom de redactie zonder criterium voor die hij in de Commissie De Wal bij herhaling heeft verdedigd en die keer op keer werd afgewezen. Het gewijzigd ontwerp van (inmiddels) artikel 37 luidt daarom – voor zover hier relevant – als volgt:

‘Niet strafbaar is hij die een feit begaat dat hem, hetzij wegens den staat van bewusteloosheid waarin hij verkeert, hetzij wegens de gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke storing zijner verstandelijke vermogens, niet kan worden toegerekend.’¹⁴¹

Aan de bezwaren van Ramaer en de geneesheren zou door deze open formulering tegemoet zijn gekomen. Enerzijds is de wilsbepaling als criterium geschrapt en anderzijds bevat het artikel niet de eis van een causaal verband tussen stoornis en delict. Er is in het geheel geen criterium voor ontoerekenbaarheid opgenomen. Modderman licht het artikel als volgt toe:

‘Het woord “toegerekend” is in den meest letterlijken en feitelijken zin op te vatten. Als een feit gepleegd is onder een der in dit artikel aangewezen omstandigheden, dan onderzoekt de rechter nader of daaruit al of niet voortvloeit dat dat feit niet op ’s daders rekening kan worden geplaatst.’¹⁴²

‘Waar men met werkelijke krankzinnigen of idioten van doen heeft, zal dit onderzoek wel geen tijd kosten. In alle andere gevallen is dit nader onderzoek wenschelijk, ja noodig. Waar is de grens tusschen die gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke storing der verstandelijke vermogens die de toerekeningsvatbaarheid uitsluit en die welke haar laat bestaan? *Jus in causa positum*.’¹⁴³

Het navolgende debat in de Tweede Kamer over artikel 37 GO richt zich slechts op de “staat van bewusteloosheid” als onderdeel van het stoornisvereiste. Over een criterium voor ontoerekenbaarheid wordt in de Staten-Generaal niet gedebatteerd. Artikel 37 GO wordt aangenomen nadat

¹⁴⁰ Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 373.

¹⁴¹ Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 374.

¹⁴² Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 373.

¹⁴³ Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 374.

de “staat van bewusteloosheid” uit het stoornisvereiste is geschrapt.¹⁴⁴ Het stoornisvereiste van het huidige artikel 39 Sr is in de twintigste eeuw nog tweemaal gewijzigd.¹⁴⁵ De open formulering van Modderman heeft nog steeds kracht van wet in het huidige artikel 39 Sr.

2.2.4 Vereist artikel 39 Sr de toepassing van een criterium?

Nieboer leidt uit de wetsgeschiedenis af dat de wetgever weliswaar geen criterium voor ontoerekenbaarheid in de wet heeft opgenomen, maar dat artikel 39 Sr wel impliciet voorschrijft dat de rechter een criterium toepast.¹⁴⁶ Ook andere auteurs gaan daarvan uit. Alle auteurs die artikel 39 Sr interpreteren, vereisen dat voor ontoerekenbaarheid aan een nader criterium is voldaan.¹⁴⁷ Niemand betoogt dat de enkele vaststelling dat aan het stoornisvereiste is voldaan, voldoende is voor ontoerekenbaarheid.

De wetsgeschiedenis bevat argumenten voor die interpretatie van artikel 39 Sr. Door de commissie De Wal en in de memorie van toelichting bij artikel 47 ORO wordt de tot dan toe in Nederland geldende benadering van artikel 64 CP 1810 afgewezen, omdat de Code Pénal geen verband tussen stoornis en delict vereist. Artikel 48 Otc. en artikel 47 ORO schrijven daarom een criterium voor. Modderman lijkt zich te hebben kunnen vinden in het vereisen van een criterium voor ontoerekenbaarheid, gelet op zijn stem in de commissie De Wal tegen het op artikel 64 CP 1810 geïnspireerde voorstel van De Pinto. Ook het feit dat hij in de redactie van zijn tweede voorkeur een criterium opneemt waarin hij de twee “elementen” van toerekenbaarheid opneemt, duidt erop dat ontoerekenbaarheid volgens hem toepassing van een criterium impliceert, hoewel het zijn voorkeur heeft dit criterium niet in de wet te expliciteren. Nu de voorkeursredactie van Modderman uiteindelijk kracht van wet heeft gekregen, zou op grond daarvan kunnen worden aangenomen dat artikel 39 Sr de toepassing van een criterium vereist.

Die conclusie wordt echter bemoeilijkt doordat Modderman met de redactie van artikel 37 GO óók tegemoet wil komen aan de bezwaren die

¹⁴⁴ Zie paragraaf 1.3.2.

¹⁴⁵ Zie paragraaf 1.2.

¹⁴⁶ Nieboer 1970, p. 70-71. Aldus ook Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 284. Kelk/De Jong (2013, p. 326) zijn van oordeel dat artikel 39 Sr met zoveel woorden een verband tussen stoornis en delict vereist. Dat zou volgen uit het gebruik van het woord “wegens” in artikel 39 Sr. Ook de Richtlijn psychiatrisch onderzoek en rapportage in strafzaken van de Nederlandse Vereniging voor Psychiatrie (NVVP 2012, p. 58) gaat uit van die veronderstelling. Artikel 39 Sr bepaalt echter dat het feit wegens een psychische stoornis niet moet kunnen worden toegerekend. “Wegens” heeft dus taalkundig betrekking op het verband tussen stoornis en niet toerekenen en niet op een verband tussen stoornis en delict. (Aldus ook Haffmans 1989, p. 49; Nieboer 1970, p. 73.)

¹⁴⁷ Zie paragraaf 2.4.

de geneesheren van de krankzinnigengestichten naar voren brengen. De geneesheren stellen dat een “krankzinnige” nooit verantwoordelijk kan worden gehouden, *ook* niet voor handelingen die geen verband met zijn stoornis houden. Als artikel 37 GO ook aan *dit* bezwaar tegemoet moet komen, dan hoeft voor ontoerekenbaarheid geen criterium te worden toegepast. Net als onder artikel 64 CP 1810, moet de “krankzinnige” volgens de geneesheren zonder meer worden ontslagen van alle rechtsvervolging. Dat zou impliceren dat artikel 39 Sr ontoerekenbaarheid ook toelaat als de stoornis geen verband houdt met het delict.

De wetsgeschiedenis sluit deze interpretatie niet uit, nu Modderman met zijn formulering van artikel 37 GO zegt *alles* te hebben vermeden waar de psychiaters bezwaar tegen maken.¹⁴⁸ Het is echter geen aannemelijke lezing. Hoewel Modderman met de open formulering van artikel 37 GO tegemoet wil komen aan de bezwaren van de psychiaters, stelt hij in de aan het slot van de vorige paragraaf weergegeven citaten óók dat de rechter moet onderzoeken of het feit kan worden toegerekend *nadat* is vastgesteld dat aan het stoornisvereiste is voldaan. Eerder contrasteert Modderman in zijn nota voor de staatscommissie zijn open formulering met de benadering van De Pinto, wiens benadering door de commissie wordt verworpen.¹⁴⁹ De Pinto wil – net als de Code Pénal 1810 en de geneesheren – *geen* nader onderzoek door de rechter als “krankzinnigheid” eenmaal is vastgesteld.¹⁵⁰ Omdat artikel 37 GO volgens Modderman juist wél nader onderzoek vereist naar de vraag of de stoornis aan toerekening in de weg staat – hoewel dat volgens hem in het geval van “werkelijke krankzinnigen of idioten” weinig tijd zal kosten – is het onaannemelijk dat Modderman door aan de kritiek van de geneesheren tegemoet te komen ook de door hen voorgestane aan artikel 64 CP 1810 verwante benadering van ontoerekenbaarheid ingang heeft willen doen vinden.

Een tweede aan de wetsgeschiedenis ontleend argument verzet zich tegen de interpretatie dat artikel 39 Sr niet de toepassing van een criterium vereist. Het schrijven van de geneesheren heeft alleen betrekking op zogenaamde “krankzinnigen”. Ook artikel 64 CP 1810 is beperkt tot “krankzinnigheid” (*état de démence*). De term “krankzinnigheid” is in het stoornisvereiste van artikel 47 ORO echter vermeden, omdat “krankzinnigheid” een te beperkt aantal stoornissen zou omvatten:

‘Vooreerst is de uitdrukking krankzinnigheid (*démence*) als algemeene aanwijzing der oorzaken die bij volwassenen de toerekeningsvatbaarheid uitsluiten, te beperkend. Welk verschil in de wetenschap der psychiatrie nog heersche over den zin dezer

¹⁴⁸ Op een paar ondergeschikte, hier niet relevante punten na. (Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 373.)

¹⁴⁹ Notulen Stc., Bijl. nr. 64, p. 207-208.

¹⁵⁰ Notulen Stc. I, p. 74.

uitdrukking, een verschil reeds op zich zelf voldoende om het woord bij dit leerstuk te vermijden, zeker is het dat daardoor wordt aangeduid noch de toestand van bewusteloosheid uit welke oorzaak ook ontstaan, noch elke gebrekkige ontwikkeling der geestvermogens, bijv. die welke het gevolg kan zijn van aangeboren doofstomheid of blindheid, noch elke, zelfs voorbijgaande, storing dier vermogens.¹⁵¹

Omdat het stoornisvereiste van artikel 47 ORO een bredere categorie stoornissen (“inwendige oorzaken”) omvat dan “krankzinnigheid” in de Code Pénal, wint het verband tussen stoornis en delict aan betekenis volgens de memorie van toelichting bij artikel 47 ORO:

‘Ten andere verliest de C.P. geheel uit het oog het verband tusschen den abnormalen toestand der geestvermogens en het concrete feit. Al naarmate men nu de inwendige oorzaken van ontoerekenbaarheid [het stoornisvereiste, JB] ruimer opvat, is het ook te meer noodzakelijk rekening te houden met dat verband.’¹⁵²

In het vorige hoofdstuk is geconcludeerd dat het stoornisvereiste van artikel 39 Sr breed moet worden geïnterpreteerd. Stoornis van alle belangrijke psychische vermogens valt binnen het bereik van het stoornisvereiste van artikel 39 Sr. Geen enkele stoornis is *a priori* uitgesloten.¹⁵³ Vereist artikel 39 Sr niet een verband tussen stoornis en delict, dan betekent dat dat *iedere* verdachte bij wie een psychische stoornis wordt vastgesteld, ontoerekenbaar is. Daardoor krijgt artikel 39 Sr een zéér breed bereik. Hoewel Modderman met artikel 37 GO tegemoet zegt te komen aan de kritiek van de geneesheren, heeft hij niet tevens voorgesteld het stoornisvereiste te beperken, bijvoorbeeld tot “krankzinnigheid”. Dat zou voor de hand hebben gelegen als hij de geneesheren óók had willen volgen in hun suggestie dat een “krankzinnige” nooit verantwoordelijk is voor zijn handelingen. Het is niet aannemelijk dat Modderman, de regering en de Staten-Generaal met artikel 37 GO stilzwijgend de vérstrekkende consequentie aanvaarden dat *iedere* verdachte die aan een stoornis in de zin van artikel 39 Sr lijdt ontoerekenbaar is. Op grond van de wetsgeschiedenis kan daarom geconcludeerd worden dat voor de beoordeling van ontoerekenbaarheid een criterium moet worden toegepast, hoewel er bewust van is afgezien een criterium in de wet op te nemen. De ontwikkeling van het criterium voor ontoerekenbaarheid is daardoor – zoals steeds door Modderman beoogd is – overgelaten aan wetenschap en rechtspraktijk.¹⁵⁴

¹⁵¹ Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 365.

¹⁵² Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 365.

¹⁵³ Zie paragraaf 1.2 en 1.3.2.

¹⁵⁴ Zie ook Enschedé 1964, p. 64-65; Nieboer 1970, p. 70-71; Wiersma 1971, p. 187.

2.3 De Hoge Raad over ontoerekenbaarheid

De Hoge Raad schrijft voor de beoordeling van ontoerekenbaarheid geen criterium voor waaraan de feitenrechter moet toetsen.¹⁵⁵ Uit zijn jurisprudentie is wel af te leiden dat de enkele omstandigheid dat de verdachte ten tijde van het delict aan een stoornis leed, onvoldoende is om ontoerekenbaarheid aan te nemen. In een arrest uit 2008 over de voorwaarden voor de oplegging van tbs op grond van artikel 37a Sr overweegt de Hoge Raad:

‘Dit artikel [37a Sr, JB] eist, *anders dan bij de vraag of het feit de verdachte kan worden toegerekend* [cursivering JB], niet meer dan een verband [tussen stoornis en delict, JB] bestaande uit gelijktijdigheid.’¹⁵⁶

De rechter zal dus bij de beoordeling van ontoerekenbaarheid – zoals ook uit de wetsgeschiedenis volgt – een nader onderzoek in moeten stellen als is vastgesteld dat aan het stoornisvereiste is voldaan. Voor ontoerekenbaarheid is niet alleen een stoornis ten tijde van het delict vereist, maar ook een verband tussen stoornis en delict dat verder gaat dan een verband bestaande uit gelijktijdigheid. De Hoge Raad noemt echter niet wat voor verband tussen stoornis en delict voor ontoerekenbaarheid wél moet worden vastgesteld.

Soms komt het voor dat de Hoge Raad een overweging van een gerechtshof, een conclusie van een advocaat-generaal of een verweer van de verdachte aanhaalt waarin een criterium voor ontoerekenbaarheid genoemd wordt. Zo sluit het feit dat een stoornis die naar het oordeel van het hof de “keuzevrijheid” of de “gedragskeuzes van de verdachte c.q. diens gedragingen” zodanig heeft beïnvloed dat het feit niet kan worden toegerekend, volgens de Hoge Raad niet uit dat sprake is van voorbedachte raad.¹⁵⁷ In een arrest van 9 maart 1999 klaagt de verdachte dat de strafmotivering van het hof innerlijk tegenstrijdig is. Het hof neemt enerzijds het oordeel over van de gedragsdeskundigen dat de verdachte aan een persoonlijkheidsstoornis lijdt, maar anderzijds acht het hof de verdachte “volledig toerekeningsvatbaar”. In zijn conclusie stelt advocaat-generaal Jörg dat het enkele feit dat een stoornis ten tijde van het delict wordt vastgesteld nog niet betekent dat een

¹⁵⁵ De beoordeling of een beroep op ontoerekenbaarheid op grond van *culpa in causa* moet worden verworpen, moet worden getoetst aan het criterium of de verdachte: ‘[...] “verwijtbaar” is komen te verkeren in een toestand van ziekelijke storing van zijn geestvermogens [...]’ (HR 9 juni 1981, NJ 1983, 412 m.nt. Van Veen, r.o. 7; HR 12 februari 2008, NJ 2008, 263 m.nt. Keijzer, r.o. 3.3-3.4.) *Culpa in causa* blijft in dit onderzoek buiten beschouwing. (Zie Inleiding, IV.)

¹⁵⁶ HR 22 januari 2008, LJN BC1311, r.o. 4.4.2. Zie ook HR 14 september 1987, NJ 1988, 615, r.o. 4.2.

¹⁵⁷ HR 5 februari 2008, NJ 2008, 97, r.o. 3.4; HR 16 maart 2010, LJN BK8507, r.o. 2.7.

“causaal verband” tussen stoornis en delict aannemelijk is en dat de stoornis daarom aan toerekening in de weg staat.¹⁵⁸ De Hoge Raad oordeelt dat het cassatiemiddel faalt op de gronden zoals die in de conclusie vermeld zijn.¹⁵⁹ In een arrest van 21 september 1999 oordeelt de Hoge Raad dat het hof nader onderzoek had moeten verrichten naar het beroep van de verdachte op ontoerekenbaarheid. De verdachte voerde als verweer dat hij door de inname van medicijnen in een “schemertoestand” was geraakt waarbij geen sprake meer was van “vrije wilsbepaling”.¹⁶⁰ Uit het (indirect) aanhalen van verschillende criteria voor ontoerekenbaarheid die door andere(n) (instanties) worden gebezigd, kan niet worden afgeleid dat de Hoge Raad één of meerdere van die criteria overneemt en dwingend voorschrijft.

Het feit dat de Hoge Raad geen criterium voorschrijft, betekent niet zonder meer dat iedere nadere normering van ontoerekenbaarheid in de jurisprudentie van de Hoge Raad afwezig is. Mogelijk leveren arresten waarin de Hoge Raad de motivering van het oordeel van de feitenrechter toetst een indicatie op over de reikwijdte van artikel 39 Sr. Opvallend aan de – relatief schaarse – jurisprudentie van de Hoge Raad over ontoerekenbaarheid is dat de Hoge Raad het oordeel van de feitenrechter zeer terughoudend toetst. Hij benadrukt in zijn jurisprudentie steeds het deels feitelijke karakter van het oordeel over ontoerekenbaarheid, waardoor het zich in zoverre aan toetsing in cassatie onttrekt. De Hoge Raad beoordeelt de motivering van de beslissing van de feitenrechter over ontoerekenbaarheid op begrijpelijkheid.¹⁶¹ Daarbij worden in het algemeen geen hoge eisen gesteld aan de motivering van de verwerping van een beroep op ontoerekenbaarheid. Een verwerping van een beroep op ontoerekenbaarheid omdat niet aannemelijk is geworden dat de “labiele toestand” waarin de verdachte verkeerde zodanig was dat daardoor de strafbaarheid van de verdachte is uitgesloten, behoeft bijvoorbeeld geen nadere motivering.¹⁶²

In een aantal arresten toetst de Hoge Raad de motivering van de feitenrechter iets uitvoeriger, vooral in het licht van het verweer van de verdachte. In een arrest uit 1965 oordeelt de Hoge Raad dat de feiten waarop de rechtbank haar beslissing baseerde niet onverenigbaar zijn met het verweer van de verdachte dat een verkeersongeval door “slaaprijden” werd veroorzaakt, terwijl de rechtbank onweersproken heeft gelaten dat

¹⁵⁸ CAG Jörg voor HR 9 maart 1999, *NJ* 1999, 435, onder 6.

¹⁵⁹ HR 9 maart 1999, *NJ* 1999, 435, r.o. 3.2.

¹⁶⁰ HR 21 september 1999, *NJ* 1999, 760, r.o. 3.3.

¹⁶¹ HR 25 juni 1974, *NJ* 1974, 484; HR 15 april 1975, *NJ* 1975, 288 m.nt. Van Veen; HR 2 oktober 1984, *NJ* 1985, 271 m.nt. 't Hart, r.o. 7.3; HR 12 november 1985, *NJ* 1986, 327 m.nt. Van Veen, r.o. 6.1; HR 9 maart 1999, *NJ* 1999, 435, r.o. 3.2; HR 27 juni 2000, *NJ* 2000, 605, r.o. 4.4. Zie ook CAG Jörg voor HR 17 september 2002, *LJN* AE4197, onder 10.

¹⁶² HR 2 oktober 1984, *NJ* 1985, 271 m.nt. 't Hart, r.o. 7.3. Zie ook CAG Jörg voor HR 9 maart 1999, *NJ* 1999, 435, onder 6.

deze toestand voor de verdachte niet voorzienbaar was.¹⁶³ Een vergelijkbaar geval is de hiervóór besproken zaak waarin het hof had moeten beslissen op het verweer van de verdachte dat hij door de inname van medicijnen in een “schemertoestand” was geraakt waarbij geen sprake meer was van “vrije wilsbepaling”.¹⁶⁴ In beide zaken casseert de Hoge Raad. In een andere zaak heeft de gedragsdeskundige in verband met zijn advies over de mate van toerekeningsvatbaarheid van de verdachte het voorbehoud gemaakt dat “voldoende informatie gemist wordt” en dat andere factoren van invloed kunnen zijn geweest op de toerekeningsvatbaarheid van de verdachte. Dat voorbehoud noopte het hof niet tot een nadere motivering van zijn mede op de ter terechtzitting verkregen indruk van de persoonlijkheid van de verdachte gebaseerde oordeel dat het feit kan worden toegerekend.¹⁶⁵ Eenmaal lijkt de Hoge Raad het oordeel van de feitenrechter vol te toetsen. De Hoge Raad oordeelt in een arrest uit 1976 dat de rechtbank uit is gegaan van een *juiste* opvatting over het bepaalde in artikel 37 lid 1 (oud) Sr (tegenwoordig artikel 39 Sr) en op grond van de vastgestelde feiten heeft kunnen concluderen dat de verdachte aan een psychische stoornis leed in een zodanige mate dat het feit hem niet kan worden toegerekend. De rechtbank motiveert haar oordeel niet, maar verwijst naar de gebezigde bewijsmiddelen. Daaruit blijkt onder andere dat de verdachte “overspannen” was en dat het tenlastegelegde gevaarlijke rijgedrag volgens de verdachte verband hield met – kort gezegd – zijn overspannenheid.¹⁶⁶

Door de zeer terughoudende toetsing van de Hoge Raad en het beperkte aantal gevallen waarin hij de motivering van de feitenrechter iets uitvoeriger op begrijpelijkheid toetst, kunnen uit de jurisprudentie van de Hoge Raad geen conclusies worden over de reikwijdte die hij aan ontoerekenbaarheid toekent. Het enige dat met zekerheid uit de jurisprudentie van de Hoge Raad kan worden afgeleid, is dat voor ontoerekenbaarheid een verband tussen stoornis en delict aannemelijk moet zijn dat niet alleen bestaat uit gelijktijdigheid. De feitenrechter komt daardoor een grote mate van vrijheid toe bij de beoordeling van ontoerekenbaarheid.¹⁶⁷ Het arrest uit 1976 waarin sprake lijkt te zijn van volle toetsing is een uitzonderingsgeval waaraan waarschijnlijk geen grote betekenis moet worden toegekend.¹⁶⁸

¹⁶³ HR 16 november 1965, *NJ* 1966, 404 m.nt. Enschede.

¹⁶⁴ HR 21 september 1999, *NJ* 1999, 760, r.o. 3.3.

¹⁶⁵ HR 13 december 1983, *NJ* 1984, 653, r.o. 8.2.1-8.2.2. Zie ook HR 25 juni 1974, *NJ* 1974, 484.

¹⁶⁶ HR 30 maart 1976, *NJ* 1976, 492 m.nt. Van Veen. Zie ook paragraaf 1.3.3.

¹⁶⁷ Zie ook De Hullu 2015, p. 348.

¹⁶⁸ Aldus ook De Hullu 2015, p. 346 (voetnoot 338).

2.4 Criteria voor ontoerekenbaarheid in de strafrechtelijke literatuur

2.4.1 Inleiding

In de strafrechtelijke literatuur is de aan wetenschap en praktijk gerichte aanmoediging van Modderman om een criterium voor ontoerekenbaarheid te ontwikkelen wél gevolgd. Sinds de invoering van het Wetboek van Strafrecht zijn verschillende criteria verdedigd die bij de beoordeling van ontoerekenbaarheid zouden moeten worden aangelegd. In het vervolg van deze paragraaf worden deze criteria in chronologische volgorde beschreven.

2.4.2 Het ORO-criterium in handboeken uit de eerste helft van de twintigste eeuw

In oudere handboeken wordt het voor ontoerekenbaarheid toe te passen criterium ontleend aan artikel 47 ORO – dat nooit kracht van wet gekregen heeft – en de memorie van toelichting daarop. Het gaat om combinaties van het in artikel 47 ORO opgenomen criterium dat de verdachte ‘[...] buiten staat is ten aanzien van [het] feit zijn wil te bepalen’ en de toelichting dat van toerekenbaarheid geen sprake is als de verdachte het ‘[...] ongeoorloofde zijner handeling niet kan beseffen en hare gevolgen niet kan berekenen.’¹⁶⁹

Van Hamel stelt dat toerekenbaarheid een staat van psychische normaliteit en rijpheid is, die “drieërlei geschiktheid” vereist: geschiktheid om de feitelijke strekking van handelingen te begrijpen, om het maatschappelijk ongeoorloofde ervan te beseffen en om ten aanzien van die handelingen de wil te bepalen.¹⁷⁰ Volgens Van Hamel kan alleen het tweede “bestanddeel” ter discussie worden gesteld. Voor strafbaarheid is immers geen vereiste dat de verdachte beseft dat zijn handeling ongeoorloofd was. De vraag rijst dan waarom ontbreken van besef van het ongeoorloofde van de handeling als gevolg van een stoornis wél tot strafuitsluiting moet leiden. Van Hamel verwijst naar de memorie van toelichting bij het Wetboek van Strafrecht. Ontbreken van besef van het ongeoorloofde als vereiste voor strafbaarheid wordt daar gerechtvaardigd doordat ieder normaal mens inziet dat een misdrijf in strijd is met de “zedelijke en maatschappelijke orde”.¹⁷¹ Daaruit volgt volgens Van Hamel blijkbaar dat ontbreken van dat inzicht in uitzonderingsgevallen tot ontoerekenbaarheid kan leiden.

Zevenbergen en Simons hanteren vergelijkbare criteria, zij het dat zij het eerste “bestanddeel” van Van Hamel weglaten en dat het bij hen draait om het inzicht in het *onrechtmatige* van de gedraging.¹⁷² Het tweede “bestanddeel” van Van Hamel – inzicht in het *maatschappelijk* ongeoorloofde – vindt

¹⁶⁹ Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 364.

¹⁷⁰ Van Hamel 1913, p. 387-388.

¹⁷¹ Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 77.

¹⁷² Simons 1927, p. 195; Zevenbergen 1924, p. 150. Zie ook Zevenbergen 1916.

Zevenbergen te streng en problematisch omdat verschillende opvattingen bestaan over wat maatschappelijk wel en niet geoorloofd is. Voldoende voor ontoerekenbaarheid is dat de verdachte door een stoornis het *recht* niet kende of kon kennen.¹⁷³ Bij Pompe is voor ontoerekenbaarheid beslissend dat de verdachte onvoldoende in staat was de betekenis die het feit in de rechtsorde heeft te beseffen of – als hij dat besef had – niet volgens dat besef zijn wil kon bepalen.¹⁷⁴ Van Hattum noemt een vergelijkbaar criterium.¹⁷⁵

2.4.3 Van Bemmelen: abnormaliteit

Van Bemmelen stelt dat aan alle opvattingen over ontoerekenbaarheid de premisse ten grondslag ligt dat de “normale mens” toerekenbaar is.¹⁷⁶ Het is volgens hem daarom noodzakelijk te onderzoeken wat onder normaliteit en abnormaliteit moet worden verstaan om een beter begrip van ontoerekenbaarheid te krijgen. Na analyse van verschillende criteria voor ontoerekenbaarheid en het normaliteitsbegrip bij onder anderen Kant, komt Van Bemmelen tot de volgende conclusies. Om te beoordelen of iemand “normaal” of “abnormaal” is, moet niet naar één eigenschap van de verdachte worden gekeken, maar naar de hele persoonlijkheid. Criteria die uitsluitend één of enkele psychische capaciteit(en) benadrukken – het ORO-criterium stelt bijvoorbeeld alleen het besef en de wil van de verdachte centraal – schieten daarom tekort. Om als “normaal” te kunnen worden aangemerkt moet de verdachte zich volgens Van Bemmelen – buiten het gepleegde strafbare feit – op geoorloofde wijze in de maatschappij kunnen handhaven. Is de verdachte daartoe voldoende in staat, dan wordt verondersteld dat hij zich door de strafdreiging van het feit had kunnen laten weerhouden. Het feit kan dan worden toegerekend. Heeft een psychische stoornis tot gevolg dat de verdachte zich *niet* op geoorloofde wijze in de maatschappij kan handhaven en is het strafbare feit een uitvloeisel van die afwijking, dan kan het niet worden toegerekend. Pleegt iemand bijvoorbeeld in dronkenschap een strafbaar feit, dan moet in de eerste plaats worden onderzocht of deze verdachte zich in het algemeen op geoorloofde wijze kan handhaven. Bij de meeste mensen die in dronkenschap handelen is dat het geval. Hun kan het feit dus worden toegerekend. Blijkt dat de dronkenschap het gevolg is van een stoornis (“dipsomanie”) als gevolg waarvan de verdachte zich in het algemeen *niet* op geoorloofde wijze in de maatschappij kan handhaven, dan is dat aanleiding hem het feit niet (of verminderd) toe te rekenen.¹⁷⁷

Later heeft Van Bemmelen zijn standpunt herzien. “Normaliteit”

¹⁷³ Zevenbergen 1924, p. 151.

¹⁷⁴ Pompe 1959, p. 194.

¹⁷⁵ Van Hattum 1953, p. 334.

¹⁷⁶ Vgl. Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 364-365.

¹⁷⁷ Van Bemmelen 1937.

schiet als criterium voor ontoerekenbaarheid volgens hem tekort, omdat het begrip veel verschillende betekenissen heeft en filosofisch beladen is. De meeste ernstigere delicten worden bovendien gepleegd door mensen die “abnormaal” zijn. De veronderstelling van normaliteit verliest daardoor in het strafrecht veel zijn waarde. Van Bemmelen stelt daarom voor in alle gevallen waarin de rechter een gevangenisstraf van vier jaar of meer overweegt, voorlichting over de geestesgesteldheid van de verdachte door deskundigen verplicht te stellen. Als daaruit blijkt dat de verdachte ten tijde van het delict aan een psychische stoornis leed, dan legt de rechter tbs op en is bestrafing uitgesloten. Het is dan aannemelijk dat de stoornis heeft bijgedragen aan de totstandkoming van het delict. De verdachte moet voor de stoornis behandeld worden. Kan geen stoornis worden vastgesteld dan wordt de verdachte – zo nodig – gestraft. Een criterium voor ontoerekenbaarheid wordt niet toegepast, omdat niemand erin geslaagd is een bevredigend criterium voor ontoerekenbaarheid te formuleren. “Ontoerekenbaarheid” moet daarom uit het strafrechtelijke vocabulaire worden geschrapt.¹⁷⁸

2.4.4 Röling: rechtssubjectiviteit

Volgens Röling wordt ontoerekenbaarheid bepaald door de verhouding tussen de rechtsorde en de verdachte. De rechtsgenoten – bij monde van de rechter – beoordelen of een strafbaar feit aan de verdachte is toe te rekenen. Een strafbaar feit is aan de verdachte toe te rekenen als de verdachte door de rechter een “wezenlijk rechtssubject” wordt geacht. Om dat vast te kunnen stellen is een “identiteitsoordeel” vereist. De verdachte moet op gelijke voet met de andere rechtsgenoten “geestelijk deel hebben” aan de rechtsorde. Dat vergt geen feitelijke vaststelling, maar een normatieve beoordeling of de verdachte ten tijde van het feit in voldoende mate “rechtens relevant kon handelen”. Of dat het geval is wordt bepaald door – en daarmee herinterpreteert Röling het ORO-criterium – de mate waarin de verdachte de betekenis van het strafbare feit *gelijkwaardig* kon beseffen en naar dat inzicht zijn wil kon bepalen. Niet alleen een psychische stoornis kan ertoe leiden dat de verdachte niet voldoet aan het criterium om gelijkwaardig aan de rechtsorde deel te nemen. Een daad kan zo ernstig zijn dat “zonder aanzien des persoons” het identiteitsoordeel achterwege blijft. De daad zelf drukt dan de ongelijkheid van de verdachte ten opzichte van de rest van de maatschappij uit. Evenmin sluit Röling uit dat bepaalde groepen, bijvoorbeeld op grond van biologische criteria, als geheel aan het gelijkheidsoordeel kunnen ontsnappen.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Van Bemmelen 1956, p. 86-99.

¹⁷⁹ Röling 1938.

2.4.5 Hazewinkel-Suringa: karakter

In de nog niet door Remmelink bewerkte drukken van haar handboek toont Hazewinkel-Suringa zich beïnvloed door het karaktercriterium voor ontoerekenbaarheid dat is verdedigd door de psychiater Wiersma. Volgens Wiersma wordt een strafbaar feit toegerekend als het blijk geeft van een verwerpelijk karakter. Daarvan is sprake als het feit het gevolg is van egoïstische neigingen of van een gebrek aan (supra)sociale neigingen.¹⁸⁰ Wanneer een strafbaar feit als gevolg van een stoornis *niet* onder invloed van verwerpelijke karaktereigenschappen tot stand is gekomen, kan het niet worden toegerekend. Een verdachte die bijvoorbeeld onder invloed van een waanvoorstelling zijn familie ombrengt, omdat hij denkt hen slechts op die manier van de ondergang te kunnen redden, geeft geen blijk van een verwerpelijk karakter. Medelijden – een sociale neiging – is de drijfveer van zijn handelen.¹⁸¹

Hazewinkel-Suringa leidt onder meer uit de hogere strafmaat voor feiten met voorbedachte raad begaan af dat het karakter – de “slechte wilsgesteldheid” of “asociale of amorele gezindheid” – de grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid is. Omdat een moord met voorbedachte raad wordt gepleegd, geeft zij blijk van een grotere onverschilligheid voor het leven van het slachtoffer dan doodslag. Bij doodslag bepalen “karaktervreemde” factoren – bijvoorbeeld drift – het feit mede. Als karakter de grondslag is voor strafrechtelijke aansprakelijkheid, dan betekent dit dat toerekenbaarheid ontbreekt als het feit niet het gevolg is van een “slechte wilsgesteldheid”, maar van een psychische stoornis.¹⁸² De wet vereist volgens Hazewinkel-Suringa dat de rechter voor de beoordeling van ontoerekenbaarheid drie vragen beantwoordt:

- ‘1e. Vertoont de dader gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke storing van zijn geestvermogens;
- 2e. is het strafbare feit daarvan een uitvloeisel, is er dus causaal verband tussen ziekte en daad;
- 3e. behoort op die grond de toerekening van het feit achterwege te blijven, is dus de geestelijke gestoordheid en niet des daders slechte wilsgesteldheid de oorzaak van het gebeurde?’¹⁸³

¹⁸⁰ Wiersma 1932, p. 68. Onder sociale neigingen verstaat Wiersma (1932, p. 60) onder meer medelijden, hulpvaardigheid en mensenliefde. Suprasociale neigingen – bijvoorbeeld rechtvaardigheidsgevoel – zijn gericht op het vervullen van abstracte idealen.

¹⁸¹ Wiersma 1932, p. 71-72.

¹⁸² Hazewinkel-Suringa 1968, p. 146-150. Zie ook Hazewinkel-Suringa 1968, p. 549-550.

¹⁸³ Hazewinkel-Suringa 1968, p. 148-149.

Wiersma is later van standpunt veranderd, omdat het niet goed mogelijk zou zijn iemand verantwoordelijk te houden op grond van karaktereigenschappen in het ontstaan waarvan hijzelf de hand niet heeft gehad.¹⁸⁴ In de door Rummelink bewerkte drukken van het handboek van Hazewinkel-Suringa wordt het karakter als grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid kritisch bejegend. De drie vragen van Hazewinkel-Suringa worden anders geformuleerd.¹⁸⁵

2.4.6 Van Eck: psychologische voorwaarden voor wilsvrijheid

Van Eck neemt als uitgangspunt dat toerekenen betekent dat de verdachte het delict uit vrije wil heeft begaan. Heeft een stoornis tot gevolg dat de verdachte niet uit vrije wil kan handelen, dan is sprake van ontoerekenbaarheid. Of een handeling daadwerkelijk uit vrije wil is geweest, onttrekt zich volgens Van Eck echter aan ieder onderzoek. Wel kunnen “psychologische voorwaarden” worden onderscheiden waaraan voldaan moet zijn om van wilsvrijheid te spreken.¹⁸⁶ Deze voorwaarden laten zich gedragswetenschappelijk onderzoeken.¹⁸⁷ Van Eck onderscheidt vier subcriteria voor ontoerekenbaarheid.

Van Eck gaat ten eerste na wat het betekent om een handeling “gewild” te noemen. “Willen” veronderstelt “kennen”. Het eerste subcriterium van het criterium van Van Eck is daarom dat de verdachte een *bewuste* gedraging moet hebben verricht. Is de verdachte zich helemaal niet van zijn handeling bewust geweest, dan volgt een vrijspraak omdat hij geen strafrechtelijk relevante gedraging heeft verricht. Vervolgens is de vraag *in hoeverre* het gedrag bewust moet zijn geweest. Dit onderdeel bestaat uit een feitelijke component – in hoeverre wist de verdachte bijvoorbeeld dat hij iemand doodde? – en een normatieve component – wist hij dat zijn daad fout was? In deze twee componenten is het aan de memorie van toelichting ontleende deel van het ORO-criterium te herkennen. Is een verdachte zich niet voldoende bewust geweest van de feitelijke strekking van zijn handelen, dan is geen sprake van opzettelijk handelen en kan het feit niet worden bewezen.¹⁸⁸ De feitelijke component komt in het geval van dodelijke delicten dus niet aan de orde in verband met artikel 39 Sr. De normatieve component interpreteert Van Eck hetzelfde als Van Hamel.¹⁸⁹ “Fout” zou bij voorkeur als ethisch

¹⁸⁴ Wiersma 1971, p. 189-190.

¹⁸⁵ Hazewinkel-Suringa/Rummelink 1971, p. 614-616; 1996, p. 14-15. Vgl. Hazewinkel-Suringa 1968, p. 549-550. Zie ook paragraaf 2.5.2.

¹⁸⁶ Van Eck 1959, p. 10-11, 20.

¹⁸⁷ Van Eck 1959, p. 22-23.

¹⁸⁸ Vgl. HR 22 juli 1963, *NJ* 1968, 217 m.nt. Enschedé; HR 9 juni 1981, *NJ* 1983, 412 m.nt. Van Veen, r.o. 6.

¹⁸⁹ Zie paragraaf 2.4.2.

onjuist moeten worden geïnterpreteerd, niet als wederrechtelijk (in strijd met de rechtsorde). Vervolgens rijst de vraag of de verdachte de onjuistheid van zijn daad daadwerkelijk moet hebben ingezien, of dat voldoende is dat hij het had *behoren* in te zien. Volgens Van Eck is de eerste interpretatie juist. Bij *doleuze delicten* is de veronderstelling dat de gemiddelde burger het onjuiste van zijn handelen inziet. In uitzonderingsgevallen moet worden onderzocht of bij de verdachte dat inzicht wel echt bestond.¹⁹⁰

Na deze drie subcriteria aan de hand waarvan bepaald kan worden of een verdachte het delict *bewust* heeft gewild, is ten slotte de vraag aan de orde wat het betekent dat de verdachte het delict *in vrijheid* heeft gewild. Volgens Van Eck is om de wil in vrijheid te kunnen bepalen nodig dat de verdachte in staat is de waarde van zijn daad van alle kanten te kunnen bekijken en af te wegen tegen andere waarden. Dit “overleg” moet tevens ongedwongen en onbevangen te zijn.¹⁹¹ Het laatste subcriterium van Van Eck is daarom dat de verdachte ‘[...] bij zijn oordeel omtrent de waarde van zijn daad zo vrij en onbevangen stond dat hij de betrekkelijkheid van deze waarde in kon zien.’¹⁹²

2.4.7 Peters: instrumenteel toerekenen

Peters benadert in zijn dissertatie ontoerekenbaarheid vanuit een pragmatisch, instrumenteel perspectief. De rechter rekent toe, omdat hij daarmee een opvolgende actie – het opleggen en tenuitvoerleggen van een sanctie – wil rechtvaardigen. Peters verzet zich tegen het hanteren van de in de vorige paragrafen besproken criteria, omdat geen logisch verband bestaat tussen deze criteria en de opgelegde sanctie. Als op grond van een bepaald criterium ontoerekenbaarheid wordt aangenomen, betekent dat bijvoorbeeld niet dat opsluiting in een gevangenis geen zinvolle sanctie zou kunnen zijn. Volgens Peters moet ‘[...] alleen worden toegerekend als het ergens goed voor is,’¹⁹³ als de toerekening gerechtvaardigd kan worden door een “rationele criminele politiek” die bij lichtere delicten bepaald wordt door algemene preventie en bij ernstigere delicten door speciale preventie. Van toerekening is simpelweg sprake als een sanctie wordt opgelegd, van ontoerekenbaarheid als een sanctie geen nuttig doel zou vervullen. Een conceptueel onderscheid tussen straf en maatregel maakt Peters niet. Afhankelijk van het verwachte effect kan een sanctie de vorm aannemen van (onder meer) opsluiting in een gevangenis of van opname in een psychiatrische inrichting. Bij oplegging van tbs wordt echter net zo goed toegerekend als bij oplegging van een gevangenisstraf.¹⁹⁴

¹⁹⁰ Van Eck 1959, p. 12-18.

¹⁹¹ Van Eck 1959, p. 18-20.

¹⁹² Van Eck 1959, p. 22.

¹⁹³ Peters 1966, p. 260.

¹⁹⁴ Peters 1966, p. 226-266.

2.4.8 Nieboer: causaliteit

Het “causale criterium” voor ontoerekenbaarheid is door de jurist en psychiater Nieboer verdedigd in zijn dissertatie. Volgens Nieboer is de mate van schuld omgekeerd evenredig aan het causale aandeel van de psychische afwijking in de totstandkoming van het delict. Niet-toerekenen betekent dat de stoornis als de oorzaak van het feit wordt aangemerkt. Heeft een stoornis het feit “volledig” veroorzaakt, dan is het voor de verdachte niet vermijdbaar geweest en kan hem geen verwijt worden gemaakt.¹⁹⁵ Andere criteria schieten volgens Nieboer tekort. Het ORO-criterium is bijvoorbeeld ontoereikend, omdat de mens meer psychische functies heeft dan alleen cognitie en wil. Het normaliteitscriterium van Van Bemmelen moet worden verworpen, omdat veel verdachten met een psychische stoornis hun abnormaliteit kunnen verbloemen met een *mask of sanity*.¹⁹⁶ De bezwaren van Nieboer tegen de andere criteria komen er in de kern op neer dat deze te beperkt zijn: sommige stoornissen leiden niet tot ontoerekenbaarheid terwijl zij wel degelijk in een causaal verband met het delict kunnen staan en daardoor de verwijtbaarheid aantasten. De andere criteria eisen weliswaar ook een verband tussen stoornis en delict, maar doordat het causale verband gekwalificeerd is, zijn zij niet ruim genoeg. Nieboer verheft causaliteit tot het “essentiële element” van ontoerekenbaarheid.¹⁹⁷

De mate waarin een stoornis heeft bijgedragen aan de totstandkoming van het delict noemt Nieboer de “determineringsintensiteit”. De “determineringsintensiteit” wordt door de gedragsdeskundige vastgesteld.¹⁹⁸ De mate van toerekening is omgekeerd evenredig aan de “determineringsintensiteit”. De beslissing die moet volgen bij verschillende “determineringsintensiteiten” kan worden weergegeven in een “imputatiecurve”, waarin de mate van toerekening op de horizontale as is afgezet tegen de “determineringsintensiteit” op de verticale as. Is de “determineringsintensiteit” nul procent, dan is de toerekening honderd procent en omgekeerd. De “imputatiecurve” is een stijgende lijn tussen deze twee punten die vloeiend afgeplat is aan de uiteinden. Dat wil zeggen dat bij enige, maar geringe invloed van de stoornis op het delict de toerekening “billijkheidshalve” volledig kan zijn. Bij een “determineringsintensiteit” van bijvoorbeeld meer dan negentig procent kan de toerekening “billijkheidshalve” al volledig achterwege blijven. Omdat sprake is van een curve laat het causale criterium van Nieboer ruimte voor verminderde toerekenbaarheid in gevallen waarin geen sprake is van “volledige” toerekening of ontoerekenbaarheid. Pas

¹⁹⁵ Nieboer 1970, p. 144-145.

¹⁹⁶ Nieboer 1970, p. 175-186.

¹⁹⁷ Nieboer 1970, p. 145.

¹⁹⁸ De mogelijkheid om de invloed van de stoornis op het delict gedragswetenschappelijk te kwantificeren wordt niet algemeen erkend in de forensische gedragswetenschappen. (Zie paragraaf 4.3.2.)

wanneer de invloed van de psychische stoornis groter is dan de invloed van de “normale criminogene tendenties” waaraan ieder mens blootstaat, bestaat grond het feit in verminderde mate toe te rekenen. Nieboer onderscheidt twee gradaties van verminderde toerekenbaarheid.¹⁹⁹

2.4.9 Haffmans: toerekenen als normatief oordeel over het daad-dadercomplex

Haffmans sluit in zijn dissertatie aan bij de opvattingen van Rölting, maar neemt er ten dele ook afstand van. Hij kan zich verenigen met Röltings opvatting dat toerekenen een normatief oordeel van de rechtsorde vergt. De vraag of iemand “wezenlijk rechtssubject” is, wordt in de benadering van Rölting echter vooral beantwoord aan de hand van de persoonlijkheid van de verdachte. Naar het oordeel van Haffmans leidt deze nadruk op de persoon van de verdachte tot een ontoelaatbaar *a priori*-onderscheid in de samenleving tussen “toerekeningsvatbaren” en “ontoerekeningsvatbaren”. Het uitgangspunt van Haffmans is dat iedere burger in beginsel als rechtssubject moet worden aangemerkt. Slechts over een concrete daad kan in de opvatting van Haffmans de rechtsorde het oordeel vellen dat die niet kan worden toegerekend. De daad zelf en alle de daad begeleidende omstandigheden moeten in dat oordeel worden betrokken. Anders dan bij Rölting ziet het normatieve toerekeningsoordeel bij Haffmans daarom niet alleen op de vraag of de verdachte een “wezenlijk rechtssubject” is, maar op het gehele “daad-dadercomplex”. Toerekenen in deze brede zin is het maken van een strafrechtelijk verwijt. De strafuitsluitingsgronden markeren de grens waaronder niet meer mag worden toegerekend.²⁰⁰ De toerekening in de zin van artikel 39 Sr is een species van de toerekening in brede zin. De rechter moet vóórdat hij beslist over ontoerekenbaarheid onderzoeken of sprake was van een psychische stoornis ten tijde van het delict, wat de aard en omvang van die stoornis was en wat de relatie tussen de stoornis en het begane feit was. Anders dan bij Nieboer wordt ontoerekenbaarheid niet volledig bepaald door het causale verband tussen stoornis en delict. De kern van artikel 39 Sr is volgens Haffmans het normatieve waardeoordeel *over* het verband tussen de stoornis en het delict en de overige omstandigheden van het geval. De rechter moet beoordelen of deze omstandigheden ruimte laten voor een verwijt aan de verdachte. Een criterium aan de hand waarvan kan worden bepaald of een verwijt kan worden gemaakt, stelt Haffmans niet.²⁰¹

¹⁹⁹ Nieboer 1970, p. 199-201, 204.

²⁰⁰ Haffmans 1989, p. 19-21, 36-38.

²⁰¹ Haffmans 1989, p. 45-46, 49, 53-54.

2.4.10 Van Dijk: irrationaliteit

In zijn dissertatie wijdt Van Dijk een beknopte paragraaf aan ontoerekenbaarheid. Volgens Van Dijk is strafrechtelijke aansprakelijkheid gebaseerd op controle van de verdachte over het al of niet begaan van het strafbare feit.²⁰² Bij ontoerekenbaarheid ontbreekt controle van de verdachte over het begaan van het feit, omdat het delict een uitvloeisel is van ernstige irrationaliteit. Normaal ontwikkelde mensen kunnen zich aan de wet houden omdat zij handelen op grond van inzichten die in overeenstemming zijn met de realiteit en omdat zij in staat zijn de strekking van de wet te begrijpen. Een psychische stoornis kan tot gevolg hebben dat dit rationele vermogen tot inzicht in ernstige mate is aangetast. Een psychotische verdachte handelt bijvoorbeeld irrationeel, omdat hij handelt op grond van inzichten die niet stroken met de werkelijkheid.²⁰³

2.5 Ontoerekenbaarheid in hedendaagse handboeken

2.5.1 Inleiding

Het debat over het criterium voor ontoerekenbaarheid is in de juridische literatuur van de laatste decennia vrijwel verstomd. De dissertatie van Haffmans is meer dan een kwart eeuw oud en de dissertatie van Nieboer – de enige met als centrale probleemstelling welk criterium voor ontoerekenbaarheid moet worden gehanteerd – al bijna een halve eeuw. Het recentere irrationaliteitscriterium van Van Dijk is een uitzondering, maar dat is slechts beknopt uitgewerkt en – in zijn eigen woorden – niet meer dan een “beperkte verduidelijking”.²⁰⁴

De verstomming van het debat over een criterium voor ontoerekenbaarheid zou erop kunnen duiden dat het als afgesloten wordt beschouwd en dat zich een consensus heeft gevormd over de wijze waarop ontoerekenbaarheid moet worden afgebakend. Het zou echter ook op het tegendeel kunnen duiden. Het is niet gelukt om consensus te bereiken. Omdat in het debat geen vooruitgang meer werd geboekt, is het gestaakt. Om na te gaan in hoeverre sprake is van consensus over de beoordeling van ontoerekenbaarheid, wordt in deze paragraaf onderzocht welke toetsingskaders de belangrijkste strafrechtelijke handboeken van de afgelopen twee decennia voorschrijven en in hoeverre deze kaders met elkaar overeenkomen.

²⁰² Van Dijk 2008, p. 7-12.

²⁰³ Van Dijk 2008, p. 29-33.

²⁰⁴ Van Dijk 2008, p. 33.

2.5.2 Drie vragen

Over de vragen die beantwoord moeten worden voor de beoordeling van ontoerekenbaarheid bestaat consensus. In verschillende bewoordingen schrijven alle handboeken in de kern dezelfde drie vragen voor:

Leed de verdachte aan een stoornis ten tijde van het delict?
Bestond een causaal verband tussen stoornis en delict?
Zo ja, kan het feit daardoor niet worden toegerekend?²⁰⁵

Deze drie vragen zijn terug te voeren op de drie vragen in het handboek van Hazewinkel-Suringa. Via de door Rummelink bewerkte drukken van haar handboek lijken de vragen te zijn doorgedrongen tot de meer recente handboeken van Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge (hierna: Van Bemmelen/Van Veen), Kelk/De Jong en De Hullu.

De derde vraag in het handboek van Hazewinkel-Suringa bevat aanvankelijk een criterium dat gebaseerd is op het karakter als grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid, namelijk of de psychische stoornis en niet de “slechte wilsgesteldheid” van de verdachte de oorzaak is van het delict. Rummelink staat kritisch tegenover het karakter als grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid.²⁰⁶ In de eerste door hem bewerkte druk van het handboek van Hazewinkel-Suringa is het criterium in de derde vraag zo aangepast dat slechts beantwoord hoeft te worden of de toerekening achterwege moet blijven omdat de stoornis de oorzaak is van het feit. De verwijzing naar de “slechte wilsgesteldheid” is verwijderd. In een toelichting bij de vragen merkt hij op dat behalve de “causale samenhang” tussen stoornis en delict onderzocht moet worden of voor “enig verwijt” plaats is gebleven.²⁰⁷ In de laatste druk stelt Rummelink dat in het kader van de derde vraag simpelweg moet worden onderzocht of toerekening op grond van de antwoorden op de eerste twee vragen achterwege hoort te blijven.²⁰⁸ Die wijziging is mogelijk ingegeven doordat in de eerdere formulering zowel bij de tweede als bij de derde vraag beantwoord moest worden of de stoornis in causaal verband stond met het delict.

Hoewel Rummelink geen verklaring geeft voor zijn herformulering van de vragen van Hazewinkel-Suringa, lijkt hij een voorkeur te hebben voor het door zijn promovendus Nieboer verdedigde causale criterium. In de laatste druk van zijn handboek is een afzonderlijke en positief getoonzette paragraaf gewijd aan de bespreking van Nieboers causale criterium voor

²⁰⁵ Hazewinkel-Suringa/Rummelink 1996, p. 278; De Hullu 2015, p. 347; Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 149; Kelk/De Jong 2013, p. 326-327.

²⁰⁶ Zie paragraaf 2.4.5.

²⁰⁷ Hazewinkel-Suringa/Rummelink 1971, p. 178.

²⁰⁸ Hazewinkel-Suringa/Rummelink 1996, p. 278.

ontoerekenbaarheid.²⁰⁹ In een publicatie over ontoerekenbaarheid stelt Rummelink dat hij zich goed kan verenigen met het “epistemologisch uitgangspunt” van Nieboer,²¹⁰ hoewel daaruit niet blijkt of hij méér dan kentheoretische uitgangspunten met Nieboer deelt. In het losbladige handboek *Het Wetboek van Strafrecht*, waarvan de zevende druk aanvankelijk door Rummelink en later door Fokkens en Machielse is bewerkt, wordt opgemerkt: ‘De stoornis moet oorzaak zijn van het gemis van toerekenbaarheid en daarmee oorzaak van het feit: vandaar de juistheid m.i. van de verderop te bespreken causale leer, [...]’.²¹¹ Het is onzeker of deze opmerking aan Rummelink kan worden toegeschreven, nu het commentaar op artikel 39 Sr bewerkt is door Machielse. Het lijkt er echter op dat in de bewerking de eerste persoon enkelvoud in het algemeen naar Rummelink verwijst.

Gegeven zijn sympathie voor het causale criterium is niet onaannemelijk dat de drie vragen zoals die door Rummelink geherformuleerd zijn, moeten worden geïnterpreteerd in het licht van het proefschrift van Nieboer. De formulering van de vragen door Rummelink lijkt goed aan te sluiten bij het kader dat Nieboer voor ogen staat. De wijze waarop de derde vraag in de eerste door Rummelink bewerkte druk geformuleerd is, sluit letterlijk aan bij Nieboers opvatting dat niet-toerekenen betekent dat de stoornis als oorzaak van het feit wordt aangemerkt. Ook de latere formulering sluit aan bij Nieboers benadering. Nadat de deskundige heeft vastgesteld dat sprake is van een causaal verband tussen stoornis en delict, moet in Nieboers model mede aan de hand van de “billijkheid” worden vastgesteld in welke mate moet worden toegerekend. Dit “billijkheidsoordeel” is aan de rechter voorbehouden. Dat past bij het kader van Rummelink. De rechter moet volgens Rummelink in het kader van de derde vraag beoordelen of – gegeven een causaal verband tussen stoornis en delict – plaats is voor een verwijt aan de verdachte.²¹²

De Hullu formuleert de derde vraag zo: ‘[...] welk oordeel moet – gelet op de eerste twee vragen én gelet op alle omstandigheden van het geval – over de toerekening worden gegeven?’ Deze vraag is “bij uitstek” juridisch en verlangt een normatief oordeel.²¹³ De nadruk op het normatieve oordeel en op het feit dat niet alleen het in het kader van de tweede vraag vastgestelde causale verband tussen stoornis en delict beslissend is, maar dat op alle omstandigheden van het geval gelet moet worden, sluit aan bij de benadering van Haffmans. Net als bij Haffmans is het verband tussen stoornis en delict

²⁰⁹ Hazewinkel-Suringa/Rummelink 1996, p. 286-287.

²¹⁰ Rummelink 1993, p. 135.

²¹¹ Machielse, in: *Het Wetboek van Strafrecht*, art. 39 Sr, aant. 8 (online, laatst bijgewerkt februari 2009).

²¹² Nieboer 1970, p. 209. Zie ook Hazewinkel-Suringa/Rummelink 1996, p. 286-287; Strijds 1987, p. 84.

²¹³ De Hullu 2015, p. 347-348. Zie ook De Hullu 2015, p. 345.

een factor van belang, maar gaat het uiteindelijk om het normatieve oordeel over alle omstandigheden van het geval. Dat wijkt af van Nieboers benadering waarin causaliteit het “essentiële element” is van ontoerekenbaarheid. Het causale criterium van Nieboer schaart De Hullu in een voetnoot dan ook onder de tweede vraag.²¹⁴

Volgens Van Bemmelen/Van Veen draait het bij de derde vraag om het normatieve oordeel of de verdachte een verwijt kan worden gemaakt. Verwijtbaarheid plaatsen zij in de sleutel van vermijdbaarheid. De verdachte moet in staat zijn geweest zich aan de wet te houden: ‘De gangbare toerekeningscriteria sluiten daarbij aan: had de dader voldoende inzicht in de draagwijdte van zijn handelen en was hij voldoende in staat zijn wil overeenkomstig dat inzicht te bepalen?’²¹⁵ Van Bemmelen/Van Veen lijken dus in het kader van de derde vraag een variant van het ORO-criterium voor te schrijven. Ook Kelk/De Jong halen in het kader van de derde vraag de versie van het ORO-criterium van Van Hamel aan. Zij stellen dat aantasting van het in het ORO-criterium centraal staande besef van de draagwijdte van de eigen gedragingen kan leiden tot ontoerekenbaarheid.²¹⁶

2.5.3 Uiteenlopende invulling van de derde vraag

Hoewel in de strafrechtelijke handboeken op het oog consensus lijkt te bestaan over de vragen die de rechter bij de beoordeling van ontoerekenbaarheid moet beantwoorden, wordt de derde vraag verschillend ingevuld. Hazewinkel-Suringa/Remmelink lijken aan te sluiten bij het causale criterium van Nieboer, De Hullu bij Haffmans en Van Bemmelen/Van Veen en Kelk/De Jong bij het ORO-criterium. Hoe groot de verschillen daadwerkelijk zijn is moeilijk te beoordelen op grond van wat in de handboeken wordt geschreven. In de handboeken wordt geen afbakening van het eigen standpunt ten opzichte van andere criteria gegeven. De verschillen zullen in deze paragraaf worden verkend aan de hand van de afbakening die Nieboer en Haffmans in hun dissertaties bieden.

Haffmans zet de verschillen tussen zijn benadering en die van Nieboer zwaar aan. Volgens Haffmans leidt toepassing van Nieboers model ertoe dat het oordeel van de rechter over ontoerekenbaarheid volledig afhankelijk is van de vaststellingen van de gedragsdeskundige, waardoor het een “frappante gelijkenis” vertoont met artikel 64 CP 1810: ‘[...] de medicus doet een uitspraak, stelt een diagnose vast en daaraan is automatisch een vaste rechterlijke beslissing gekoppeld.’²¹⁷ Nieboer stelt zelf echter dat het “juridisch billijkheidsoordeel” niet automatisch gekoppeld mag zijn aan

²¹⁴ De Hullu 2015, p. 348 (voetnoot 348).

²¹⁵ Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 148-150.

²¹⁶ Kelk/De Jong 2013, p. 329.

²¹⁷ Haffmans 1989, p. 51.

een door de deskundige vastgestelde “determineringsintensiteit”. Het gaat erom dat bij de toerekening “wordt gelet” op de mate waarin het feit door de stoornis werd veroorzaakt.²¹⁸ Hierdoor kan de indruk ontstaan dat de verschillen minder groot zijn dan Haffmans doet voorkomen.²¹⁹ Ook volgens Haffmans moet de rechter bij zijn normatieve oordeel immers rekening houden met het verband tussen stoornis en delict.²²⁰ Het is echter de vraag of die indruk juist is.

In Nieboers uitwerking van het causale criterium wordt de rechterlijke beslissing over de (mate van) toerekenbaarheid in verband gebracht met een bepaalde door de gedragsdeskundige vastgestelde “determineringsintensiteit”. De deskundige moet rapporteren over de “determineringsintensiteit” in vier gradaties, variërend van “zeer gering tot licht” via twee tussenliggende gradaties tot “zeer sterk tot algeheel”.²²¹ Het “billijkheidsoordeel” van de rechter houdt in dat ook bij een zeer sterke, maar onvolledige “determineringsintensiteit” ontoerekenbaarheid volgt. De vaststelling van de gedragsdeskundige dat sprake was van zeer sterke tot algehele “determineringsintensiteit”, lijkt daarom zonder meer te moeten leiden tot ontoerekenbaarheid.²²² Nieboer houdt een slag om de arm door te stellen dat plaatsing in die categorie “in de regel” tot ontoerekenbaarheid leidt.²²³ Omdat hij niet uitwerkt hoe het rechterlijke “billijkheidsoordeel” een zelfstandige rol kan vervullen ten opzichte van de vaststellingen van de deskundige, is het echter gissen hoe hij beoordelingsruimte voor de rechter wil creëren in zijn schijnbaar rigide model. Het “juridische billijkheidsoordeel” mag volgens Nieboer niet automatisch gekoppeld zijn aan een door de deskundige vastgestelde “determineringsintensiteit”, maar zijn model lijkt daar wel toe te dwingen.²²⁴ Haffmans’ analyse dat toepassing van Nieboers causale criterium ertoe leidt dat het oordeel van de rechter over ontoerekenbaarheid volledig of grotendeels afhankelijk is van de vaststellingen van de gedragsdeskundige over de “determineringsintensiteit” van de stoornis, lijkt juist te zijn.

²¹⁸ Nieboer 1970, p. 209.

²¹⁹ Aldus Machielse, in: *Het Wetboek van Strafrecht*, art. 39 Sr, aant. 8 (online, laatst bijgewerkt februari 2009).

²²⁰ Haffmans 1989, p. 53-54.

²²¹ Nieboer 1970, p. 204.

²²² Aldus ook Haffmans 1989, p. 51.

²²³ Nieboer 1970, p. 204.

²²⁴ Gedacht zou kunnen worden dat in het model van Nieboer vooral ruimte bestaat voor een “juridisch billijkheidsoordeel” in gevallen van *culpa in causa*. Nu Nieboer (1970, p. 205) van de deskundige vraagt om te rapporteren over de mate waarin de verdachte zelf aan het ontstaan van de stoornis heeft bijgedragen en over de mate waarin dat gedrag weer veroorzaakt is door een stoornis, lijkt ook het oordeel over *culpa in causa* bepaald te worden door de vaststellingen van de gedragsdeskundige over deze causale relaties.

Het strikte model van Nieboer contrasteert met Haffmans' benadering waarin het normatieve oordeel van de rechter over het verband tussen stoornis en delict en alle overige omstandigheden van het geval bepaalt of een feit kan worden toegerekend. De rechter moet volgens Haffmans onderzoeken of het "daad-dadercomplex" ruimte laat voor een verwijt van de rechtsorde aan de verdachte. Het bezwaar van Haffmans tegen het criterium van Nieboer is dat diens model geen ruimte biedt voor dit normatieve oordeel. Is voor Nieboer het causale verband tussen stoornis en delict het "essentiële element" voor ontoerekenbaarheid, bij Haffmans is het slechts één van de feitelijke gegevens waarover de rechter zijn normatieve oordeel moet vellen. De materiële reikwijdte van ontoerekenbaarheid zal hierdoor bij Haffmans waarschijnlijk aanzienlijk verschillen van de reikwijdte van Nieboers causale criterium. Vanwege zijn polemisch getoonzette bestrijding van het causale criterium van Nieboer lijkt hij in ieder geval zelf die overtuiging te zijn toegedaan. Of de verschillen werkelijk zo groot zijn is echter niet goed na te gaan, omdat de afbakening van Haffmans' benadering onduidelijk is. Beslissend voor ontoerekenbaarheid lijkt voor Haffmans te zijn de *overtuiging* van de rechter als representant van de rechtsorde dat de verdachte geen verwijt te maken valt. Aan welke norm de rechter zijn overtuiging moet toetsen, maakt Haffmans niet duidelijk. Hij verdedigt geen criterium waarin wordt uitgedrukt onder welke voorwaarden geen verwijt kan worden gemaakt en waardoor de materiële reikwijdte van ontoerekenbaarheid wordt afgebakend. Haffmans' benadering komt er in feite op neer dat in het kader van een schulditsluitingsgrond de rechter moet beoordelen of de verdachte een verwijt kan worden gemaakt. Dat geeft zijn benadering een tautologisch karakter.

Het ORO-criterium is volgens Nieboer beperkter dan het causale criterium. Volgens het causale criterium leidt iedere stoornis die in een "zeer sterk tot algeheel" causaal verband met het delict staat tot ontoerekenbaarheid. Het ORO-criterium leidt slechts tot ontoerekenbaarheid als het verband tussen stoornis en delict zodanig is dat de verdachte de gevolgen en het ongeoorloofde van zijn handeling niet kon beseffen en niet in staat was ten aanzien van het feit zijn wil te bepalen.²²⁵ Stoornissen die niet het besef of de wil van de verdachte in de zin van het ORO-criterium aantasten, maar wél in een causaal verband staan met het strafbare feit, leiden onder het ORO-criterium niet, onder het causale criterium mogelijk wél tot ontoerekenbaarheid. Haffmans lijkt het ORO-criterium om dezelfde reden van de hand te wijzen als het causale criterium. Bij ontoerekenbaarheid is volgens hem niet een "specifieke psychische gesteldheid" doorslaggevend, maar het normatieve oordeel over onder andere de psychische gesteldheid van de verdachte ten tijde van het delict.²²⁶

²²⁵ Nieboer 1970, p. 178-179.

²²⁶ Haffmans 1989, p. 33-34, 36, 38.

Voor de reikwijdte van de strafuitsluitingsgrond van artikel 39 Sr is van belang welk criterium wordt gehanteerd. De wijze waarop de derde vraag in hedendaagse handboeken wordt ingevuld, is gebaseerd op criteria die *in abstracto* sterk van elkaar verschillen. Of verschillen in uitkomst in de toepassing van de criteria op casusposities groot zullen zijn, is niet goed na te gaan door het abstracte niveau waarop het debat zich beweegt. Aan de vraag in hoeverre het causale criterium van Nieboer, de benadering van Haffmans en het ORO-criterium tot verschillende uitkomsten in dezelfde casus kunnen leiden, wordt noch door de auteurs zelf, noch in de handboeken aandacht besteed.

Uit deze analyse volgt dat de derde in de handboeken genoemde vraag zeer uiteenlopende interpretaties van artikel 39 Sr toelaat. In beginsel kan zij worden ingevuld met ieder criterium voor ontoerekenbaarheid. Elk criterium pretendeert immers een antwoord te bieden op de derde vraag: wanneer kan een feit niet worden toegerekend? Het debat draait er juist om aan de hand van welk criterium de derde vraag moet worden beantwoord. De consensus die uit de drie in de handboeken opgenomen vragen lijkt te spreken is daarom slechts schijn. Van consensus over de materiële afbakening van ontoerekenbaarheid is in de strafrechtelijke handboeken geen sprake.

2.6 Conclusie

Het tweede vereiste voor strafuitsluiting op grond van artikel 39 Sr is dat aan een criterium voor ontoerekenbaarheid is voldaan. In de wet is echter bewust niet een bepaald criterium dwingend voorgeschreven. De Hoge Raad schrijft evenmin een criterium voor aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of aan het tweede vereiste van ontoerekenbaarheid is voldaan. In de hedendaagse strafrechtelijke handboeken wordt weliswaar een toetsingskader voorgeschreven dat bestaat uit drie vragen, maar de laatste van die vragen wordt ingevuld met criteria voor ontoerekenbaarheid met een verschillende materiële reikwijdte. Naast het stoornisvereiste, is ook de tweede voorwaarde voor ontoerekenbaarheid dus niet afgebakend. Het ontbreken van een duidelijk toetsingskader voor ontoerekenbaarheid is – zoals in de inleiding op dit onderzoek uiteen is gezet – problematisch. In het volgende hoofdstuk wordt onderzocht in hoeverre de onduidelijke afbakening van ontoerekenbaarheid tot problemen leidt in de feitenrechtspraak.

Hoofdstuk 3

Criteria voor ontoerekenbaarheid in de feitenrechtspraak

3.1 Inleiding

De feitenrechter heeft door het ontbreken van een richtinggevend toetsingskader en de terughoudende toetsing van zijn oordeel door de Hoge Raad een grote mate van vrijheid ten aanzien van de maatstaven die hij aanlegt als hij over ontoerekenbaarheid moet beslissen. In dit hoofdstuk wordt onderzocht hoe de feitenrechter gebruik maakt van deze vrijheid door de criteria die in de feitenrechtspraak bij de beoordeling van ontoerekenbaarheid worden toegepast aan een onderzoek te onderwerpen. Door die criteria te analyseren ontstaat zicht op de maatstaven aan de hand waarvan ontoerekenbaarheid in de Nederlandse rechtspraak feitelijk beoordeeld wordt.

3.2 Wijze van selectie

In deze paragraaf wordt verantwoord op welke wijze relevante feitenrechtspraak is geselecteerd. Een eerste selectie is gemaakt door de zoekterm <ontoerekeningsvatbaar> in te voeren in de zoekmachine van <www.rechtspraak.nl>. Daardoor wordt tevens de zoekterm <ontoerekeningsvatbaarheid> bestreken. De te doorzoeken uitspraken zijn beperkt tot het rechtsgebied <strafrecht> en tot de instanties <gerechtshoven> en <rechtbanken>. Als periode is genomen de tien jaren van 1 januari 2002 tot en met 31 december 2011. Deze combinatie van zoekterm en andere parameters levert 519 treffers op.²²⁷

Voor de zoekterm <ontoerekeningsvatbaar> is gekozen vanwege de veronderstelling dat als de vraag aan de orde is of het feit aan de verdachte kan worden toegerekend de uitspraak deze term zal bevatten. “Ontoerekeningsvatbaar(heid)” is de in de gedragswetenschappelijke rapportage en in de feitenrechtspraak ingeburgerde uitdrukking voor de strafuitsluitingsgrond van artikel 39 Sr.²²⁸ Zoeken op <ontoerekenbaar> met overigens dezelfde parameters levert slechts 22 treffers op. Deze treffers overlappen met de uitspraken die worden gevonden door op

²²⁷ Geraadpleegd december 2015. De selectie is eind 2012 gemaakt.

²²⁸ Zie Inleiding, IV.

<ontoerekeningsvatbaar> te zoeken of zijn niet relevant voor de analyse.

Aan de selectie zijn geen uitspraken toegevoegd die de zoekterm <toerekeningsvatbaar> bevatten (3849 treffers bij dezelfde overige parameters). Met die term wordt een groot aantal uitspraken bestreken die niet relevant zijn. In gedragswetenschappelijke rapportages worden gradaties van toerekeningsvatbaarheid onderscheiden.²²⁹ In verreweg de meeste van de uitspraken waarin een vermindering van de toerekeningsvatbaarheid wordt vastgesteld, speelt de vraag of de verdachte voor strafuitsluiting in aanmerking moet komen helemaal niet. De aanname is gerechtvaardigd dat slechts in de zaken waarin de vraag is gerezen of artikel 39 Sr wel of niet moet worden toegepast de zoekterm <ontoerekeningsvatbaar> voorkomt. Hoewel het onwaarschijnlijk is, is niet uitgesloten dat hierdoor een enkele relevante uitspraak niet geselecteerd is. Dat is niet bezwaarlijk. Het gaat er niet om een volledig beeld te geven, maar een representatief beeld.

In de 519 uitspraken zijn 66 uitspraken aan te treffen waarin de motivering van de beslissing van de rechter over de strafbaarheid van de verdachte een materiële beoordeling van ontoerekenbaarheid bevat. De andere uitspraken bevatten geen materiële beoordeling. Uitspraken waarin de rechter de conclusie van de gedragswetenschappelijke rapportage(s) over de toerekeningsvatbaarheid zonder nadere toelichting overneemt, voldoen bijvoorbeeld niet aan dit selectiecriterium.²³⁰ Daaruit kan immers niet worden afgeleid of de rechter zich ook verenigt met de redenering die tot die conclusie heeft geleid. Evenmin zijn uitspraken toegevoegd waarin de rechter niet alleen de conclusie van de gedragsdeskundige overneemt, maar ook de gronden waarop die conclusie rust, zonder te preciseren om welke gronden het gaat.²³¹ In uitspraken worden rapportages doorgaans slechts beknopt weergegeven of geparafraseerd, zodat de redenering op grond waarvan de gedragsdeskundige tot zijn oordeel is gekomen niet (volledig) te achterhalen is. Ook wordt doorgaans door twee of meer deskundigen gerapporteerd, waardoor niet is uitgesloten dat deze op verschillende gronden tot dezelfde conclusie zijn gekomen en onduidelijk is welke gronden de rechter heeft overgenomen. In sommige uitspraken wordt het oordeel over ontoerekenbaarheid mede op andere omstandigheden gebaseerd dan de gedragswetenschappelijke rapportage, bijvoorbeeld op wat de rechtbank over de persoon van de verdachte is gebleken.²³² Als in de motivering niet wordt toegelicht hoe deze omstandigheden het oordeel over ontoerekenbaarheid hebben beïnvloed, voldoet ook een dergelijke uitspraak niet aan het selectiecriterium. Vanzelfsprekend vallen uitspraken af waarin de zoekterm <ontoerekeningsvatbaar> helemaal niet in verband met een

²²⁹ Zie paragraaf 4.2.

²³⁰ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 25 november 2011, LJN BU6184.

²³¹ Zie bijvoorbeeld Rb. Zwolle-Lelystad 14 april 2009, LJN BI2467.

²³² Zie bijvoorbeeld Rb. Assen 6 juni 2006, LJN AX7267.

in de betreffende zaak te nemen beslissing over artikel 39 Sr voorkomt.²³³ Uitspraken waarin een beroep op ontoerekenbaarheid wordt verworpen op grond van *culpa in causa* zijn – ten slotte – ook buiten beschouwing gelaten.²³⁴ *Culpa in causa* valt buiten het bestek van dit onderzoek.

3.3 Criteria voor ontoerekenbaarheid in de feitenrechtspraak van 2002 tot en met 2011

3.3.1 Inleiding

In deze paragraaf worden de 66 geselecteerde uitspraken geanalyseerd. Een materiële beoordeling van de aanwezigheid van een strafuitsluitingsgrond impliceert dat de rechter een maatstaf – een criterium – toepast, aan de hand waarvan bepaald wordt of er wel of geen grond voor strafuitsluiting is. In de volgende paragrafen zijn de criteria die in de 66 uitspraken voorkomen in tien categorieën ingedeeld. Sommige uitspraken bevatten meerdere criteria. Deze uitspraken zijn in meerdere categorieën ingedeeld. Bij ieder criterium wordt kort besproken of een overeenkomst bestaat met de in het vorige hoofdstuk besproken in de juridische literatuur verdedigde criteria voor ontoerekenbaarheid of met andere strafrechtelijke leerstukken.

3.3.2 Tien criteria

3.3.2.1 Stoornis

In tien uitspraken staat de stoornis van de verdachte centraal. Van ontoerekenbaarheid is sprake als de verdachte ten tijde van het delict psychotisch was,²³⁵ waandenkbeelden had²³⁶ of aan schizofrenie lijdt.²³⁷

De enkele vaststelling dat de verdachte aan een stoornis lijdt, is niet redengevend voor ontoerekenbaarheid. In het vorige hoofdstuk is geconcludeerd dat artikel 39 Sr vereist dat na die vaststelling nader onderzoek moet worden verricht naar de vraag of het feit kan worden toegerekend. Uit de uitspraken blijkt niet altijd of alléén de aanwezigheid van een stoornis beslissend is geweest. Doordat nadere overwegingen ontbreken, wordt echter de suggestie gewekt dat het enkele feit dat de verdachte aan een stoornis

²³³ Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht 18 februari 2011, LJN BP5092.

²³⁴ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 9 juni 2011, LJN BQ7589.

²³⁵ Rb. Almelo 23 december 2008, LJN BG8229; Rb. Haarlem 28 april 2009, LJN BI3819; Rb. Amsterdam 30 september 2010, LJN BO1076; Rb. Assen 18 januari 2011, LJN BQ4349.

²³⁶ Rb. Almelo 6 mei 2008, LJN BD0944; Rb. Utrecht 19 augustus 2008, LJN BE9462; Rb. Zutphen 20 oktober 2009, LJN BK0637; Rb. Assen 15 oktober 2010, LJN BO0535.

²³⁷ Rb. Almelo 28 oktober 2008, LJN BG1778; Rb. Zutphen 8 juli 2009, LJN BJ1979.

lijdt, voldoende is geweest voor het aannemen van ontoerekenbaarheid. De Rechtbank Almelo overweegt bijvoorbeeld dat de verdachte psychotisch was en dat *daarom* ontoerekenbaarheid wordt aangenomen.²³⁸

3.3.2.2 Weloverwogen handelen

In vier uitspraken wordt het feit dat de verdachte weloverwogen heeft gehandeld tegen hem gebruikt. De Rechtbank Den Bosch verwierpt een beroep op ontoerekenbaarheid, omdat de verdachte de vijf dagen vóór het begaan van het feit “planmatig” heeft gehandeld, onder meer door op internet te zoeken naar manieren om het slachtoffer van het leven te beroven.²³⁹ De Rechtbank Zutphen komt tot een vergelijkbaar oordeel.²⁴⁰ Ook het Gerechtshof Amsterdam rekent een feit toe aan een verdachte omdat “[...] verdachte het slachtoffer welbewust seksueel heeft benaderd, na enige tijd van twijfel en overweging [...], en daarbij reeds aanstonds een zekere mate van overrompeling en dwang heeft toegepast.”²⁴¹ Aan een andere verdachte rekent hetzelfde hof een feit toe, mede gelet op het “weinig impulsieve” en “weloverwogen” karakter van zijn handelen. De verdachte leed aan een paranoïde waanstoornis waardoor hij meende belaagd te worden door Jehova’s getuigen.²⁴²

Weloverwogen, planmatig en niet-impulsief handelen doet sterk denken aan de voor voorbedachte raad vereiste gelegenheid om na te denken over de betekenis en gevolgen van de voorgenomen daad en zich daarvan rekenschap te geven. Impulsief handelen (“een ogenblikkelijke gemoedsopwelling”) staat aan bewijs van voorbedachte raad in de weg.²⁴³ Voorbedachte raad sluit echter niet uit dat sprake is van ontoerekenbaarheid. Zou dat wel het geval zijn, dan zou het bewijs van moord impliceren dat een beroep op artikel 39 Sr uitgesloten is. Omgekeerd zou een vrijspraak van een psychisch gestoorde verdachte van moord, maar een veroordeling voor doodslag, al snel tot ontoerekenbaarheid moeten leiden. Dat zijn vérstrekkende consequenties waarvoor de wet en de rechtspraak van de Hoge Raad geen grondslag

²³⁸ Rb. Almelo 23 december 2008, LJN BG8229.

²³⁹ Rb. Den Bosch 28 augustus 2008, LJN BE9248.

²⁴⁰ Rb. Zutphen 21 september 2010, LJN BN7835.

²⁴¹ Hof Amsterdam 13 februari 2009, LJN BY2040.

²⁴² Hof Amsterdam 1 juni 2011, LJN BQ7128.

²⁴³ HR 9 oktober 2012, NJ 2012, 596, r.o. 2.3: ‘Voor een bewezenverklaring van het bestanddeel “voorbedachte raad” moet komen vast te staan dat de verdachte zich gedurende enige tijd heeft kunnen beraden op het te nemen of het genomen besluit en dat hij niet heeft gehandeld in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling, zodat hij de gelegenheid heeft gehad na te denken over de betekenis en de gevolgen van zijn voorgenomen daad en zich daarvan rekenschap te geven.’ Zie ook HR 28 februari 2012 en 19 juni 2012, NJ 2012, 518 en 519 m.nt. Keulen; HR 15 oktober 2013, NJ 2014, 156 m.nt. Keulen.

bieden. Het is daarom problematisch om een beroep op ontoerekenbaarheid te verwerpen op grond van het feit dat de verdachte weloverwogen, niet-impulsief handelde.

3.3.2.3 Inzicht in de draagwijdte van de gedragingen / willens en wetens handelen

In vier gevallen wordt een beroep op ontoerekenbaarheid (mede) beoordeeld op grond van de maatstaf of de verdachte (enig) inzicht had in de draagwijdte van zijn handelen of een daarmee vergelijkbaar criterium.²⁴⁴ De Rechtbank Utrecht overweegt bijvoorbeeld:

‘Van volledige ontoerekeningsvatbaarheid is volgens vaste jurisprudentie slechts sprake indien door de rechter wordt vastgesteld dat een verdachte als gevolg van een ziekelijke stoornis verstoken is geweest van elk inzicht in de draagwijdte van zijn handelen en de mogelijke gevolgen daarvan.’²⁴⁵

In zes andere uitspraken wordt ontoerekenbaarheid beoordeeld aan de hand van een criterium dat sterk neigt naar het inzichtcriterium. Beslissend is of de verdachte geen besef of bewustzijn had van wat zich afspeelde²⁴⁶ of dat hij de gevolgen van zijn gedragingen niet kon overzien.²⁴⁷

In één zaak wordt geen ontoerekenbaarheid aangenomen omdat de verdachte willens en wetens handelde. Een dienstweigering kan worden toegerekend omdat de verdachte *willens en wetens* dienst weigerde, volgens de Rechtbank Arnhem.²⁴⁸ De Rechtbank Groningen verwerpt een beroep op ontoerekenbaarheid omdat niet is gebleken dat de verdachte een “totaal willoos werktuig” was.²⁴⁹

Als de verdachte geen enkel inzicht heeft gehad in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen ervan, dan heeft de verdachte volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad niet opzettelijk gehandeld.²⁵⁰ Op grond van artikel 352 lid 1 Sv volgt dan vrijspraak van doleuze delicten. Dat houdt per definitie in dat *iedere* verdachte wiens strafbaarheid voor een

²⁴⁴ Rb. Utrecht 3 juni 2009, LJN BI6218; Rb. Rotterdam 27 november 2009, LJN BK6019; Rb. Haarlem 23 juli 2010, LJN BN2230; Rb. Utrecht 24 november 2011, LJN BV6430.

²⁴⁵ Rb. Utrecht 3 juni 2009, LJN BI6218.

²⁴⁶ Rb. Amsterdam 9 maart 2009, LJN BH5192; Rb. Zwolle Rb. Breda 23 maart 2010, LJN BL8559; Hof Den Haag 30 mei 2011, LJN BR5913.

²⁴⁷ Hof Amsterdam 13 februari 2009, LJN BY2040; Rb. Dordrecht 25 juni 2009, LJN BI9964; Hof Den Haag 29 april 2011, LJN BR5072.

²⁴⁸ Rb. Arnhem 6 november 2006, LJN AZ1537.

²⁴⁹ Rb. Groningen 27 januari 2011, LJN BP2252.

²⁵⁰ HR 22 juli 1963, NJ 1963, 217 m.nt. Enschedé; HR 9 juni 1981, NJ 1983, 412 m.nt. Van Veen, r.o. 6. Zie ook paragraaf 13.5.

bewezen verklaard doleus delict moet worden beoordeeld, enig inzicht in of besef van zijn handelen heeft gehad – anders zou hij zijn vrijgesproken en is de vraag naar zijn strafbaarheid niet aan de orde. In alle hier genoemde gevallen acht de rechter bewezen dat de verdachte opzettelijk handelde. Een beroep op ontoerekenbaarheid kan dan niet worden verworpen op grond van het feit dat de verdachte enig inzicht had in de draadwijdte van zijn gedragingen of een vergelijkbaar criterium. Hetzelfde geldt voor de redenering dat het feit kan worden toegerekend omdat de verdachte willens en wetens – dus opzettelijk – handelde. De vaststelling dat de verdachte geen “willoos werktuig” is, lijkt eveneens niet méér te behelzen dan dat hij willens en wetens handelde.

3.3.2.4 *Realiteitsbesef*

In zes uitspraken speelt het realiteitsbesef van de verdachte een rol in de beslissing over ontoerekenbaarheid. Het Gerechtshof Amsterdam rekent bijvoorbeeld een moeder het doden van haar kind niet toe, omdat:

‘Het denken van verdachte toen [werd] bepaald door waandenkbeelden. Zij stond los van de realiteit. Het verschil tussen binnenwereld en buitenwereld was opgeheven.’²⁵¹

De Rechtbank Maastricht rekent een feit niet toe aan een verdachte die weliswaar weloverwogen zijn vrouw van het leven beroofde, maar dat onder invloed van wanen vanuit een “volstrekt irreëel realiteitsbesef” heeft gedaan.²⁵² Voor het Gerechtshof Den Haag is van belang dat de verdachte geen onderscheid tussen fantasie en werkelijkheid kent.²⁵³ In drie andere uitspraken wordt voor ontoerekenbaarheid van belang geacht of de verdachte (in ernstige mate) verward was.²⁵⁴

Het toegepaste criterium in deze uitspraken doet denken aan het criterium voor ontoerekenbaarheid van Van Dijk. Een ontoerekenbare verdachte handelt volgens Van Dijk op grond van inzichten en verlangens die niet sporen met de realiteit.²⁵⁵ Ook in andere criteria, bijvoorbeeld het ORO-criterium, is het realiteitsbesef van de verdachte een subcriterium.

²⁵¹ Hof Amsterdam 17 september 2010, LJN BN7345.

²⁵² Rb. Maastricht 7 december 2010, LJN BO6490.

²⁵³ Hof Den Haag 29 april 2011, LJN BR5072.

²⁵⁴ Rb. Amsterdam 22 mei 2007, LJN BA5918; Rb. Amsterdam 9 maart 2009, LJN BH5192; Rb. Haarlem 30 maart 2011, LJN BR2457.

²⁵⁵ Zie paragraaf 2.4.10.

3.3.2.5 *Motief*

In drie uitspraken wordt een feit toegerekend, omdat een psychisch gestoorde verdachte op grond van “gewone” motieven handelt. De Rechtbank Amsterdam houdt een schizofrene verdachte verantwoordelijk voor een tasjesroof, onder meer omdat geldelijk gewin het motief voor het feit was.²⁵⁶ De Rechtbank Alkmaar oordeelt dat ontoerekenbaarheid ten tijde van het plegen van een moord niet zonder meer heeft bestaan op het moment dat het voornemen tot het plegen van de moord zich bij de verdachte vormde.²⁵⁷ Het Gerechtshof Amsterdam komt in hoger beroep tot dezelfde conclusie.²⁵⁸ Is het voornemen ontstaan onder invloed van een motief dat niet onder invloed van een psychische stoornis is gevormd, dan kan het feit worden toegerekend. Voor de Rechtbank Dordrecht lijkt juist de afwezigheid van een motief dat bij de persoonlijkheid van de verdachte past reden te zijn voor ontoerekenbaarheid. De Rechtbank rekent een feit (mede) op grond van de volgende overweging niet toe:

‘Met name de manier waarop de verdachte – volgens het rapport van de arts-patholoog – het slachtoffer om het leven heeft gebracht in samenhang met de handelingen die de verdachte na het intreden van de dood op het lichaam van de overledene heeft verricht, wijzen er op dat hij zich ten tijde van het delict in een toestand bevond die onverenigbaar lijkt te zijn met de wijze waarop verdachte door vrienden, familie en collega’s wordt omschreven.’²⁵⁹

De wijze waarop ontoerekenbaarheid in deze uitspraken is beoordeeld, doet denken aan het door Hazewinkel-Suringa gehanteerde karaktercriterium voor ontoerekenbaarheid. Een feit kan worden toegerekend als de verdachte onder invloed van een “slechte wilsgesteldheid” handelde.²⁶⁰

3.3.2.6 *Abnormaliteit*

In vijf uitspraken leidt het afwijkende, abnormale van het handelen of de gemoedstoestand van de verdachte (mede) tot ontoerekenbaarheid,²⁶¹ terwijl in twee uitspraken het feit dat de verdachte overigens normaal of

²⁵⁶ Rb. Amsterdam 22 mei 2007, LJN BA5918.

²⁵⁷ Rb. Alkmaar 9 juli 2002, LJN AE5199.

²⁵⁸ Hof Amsterdam 26 februari 2003, LJN AH8721.

²⁵⁹ Rb. Dordrecht 28 augustus 2008, LJN BE9415.

²⁶⁰ Zie paragraaf 2.4.5.

²⁶¹ Rb. Den Bosch 30 december 2004, LJN AT2705; Rb. Dordrecht 28 augustus 2008, LJN BE9415; Hof Den Haag 8 maart 2011, LJN BP6979; Hof Den Haag 29 april 2011, LJN BR5072; Rb. Maastricht 1 juni 2011, LJN BQ6633.

adequaat functioneerde juist reden is hem verantwoordelijk te houden.²⁶² De Rechtbank Maastricht stelt bijvoorbeeld dat het gedrag van de verdachte: ‘[...] dusdanig afwijkend van aard was, [...], dat zijn handelen hem niet kan worden toegerekend.’²⁶³ In deze uitspraken weerklinkt het door Van Bemmelen verdedigde normaliteitscriterium.²⁶⁴

3.3.2.7 ORO-criterium

Variaties op het ORO-criterium keren terug in acht uitspraken. In vier uitspraken gaat het om een combinatie van het inzicht van de verdachte in (de onrechtmatigheid van) zijn gedraging en de mogelijkheid om zijn wil (overeenkomstig dat inzicht) te bepalen²⁶⁵ of overeenkomstig dat inzicht of zijn wil te handelen.²⁶⁶ Het Gerechtshof Leeuwarden overweegt bijvoorbeeld:

‘Verdachte heeft er ter terechtzitting van het hof genoegzaam blijk van gegeven dat hij ten tijde van het delict wist en begreep dat het niet goed was om bij het verzorgingstehuis naar binnen te gaan en daar geld te stelen. Evenmin is aannemelijk geworden dat verdachte niet volledig in staat was om overeenkomstig dat besef te handelen. Derhalve acht het hof verdachte strafbaar.’²⁶⁷

In vier uitspraken wordt alleen het inzicht in het ongeoorloofde of het onrechtmatige van de gedraging genoemd.²⁶⁸

3.3.2.8 Controle

Een andere categorie wordt gevormd door elf uitspraken waarin – in verschillende bewoordingen – de mate van controle van de verdachte over het al of niet begaan van het feit centraal staat. Een feit wordt niet toegerekend, omdat de stoornis een “niet weerstaanbare invloed” heeft gehad,²⁶⁹ de

²⁶² Rb. Den Bosch 22 december 2009, LJN BK6857; Hof Arnhem 15 februari 2011, LJN BP4642.

²⁶³ Rb. Maastricht 1 juni 2011, LJN BQ6633.

²⁶⁴ Zie paragraaf 2.4.3.

²⁶⁵ Rb. Zwolle 2 maart 2010, LJN BL7179; Rb. Arnhem 12 juli 2010, LJN BN0972.

²⁶⁶ Hof Leeuwarden 16 september 2010, LJN BN7291; Hof Den Haag 4 augustus 2010, LJN BN3133.

²⁶⁷ Hof Leeuwarden 16 september 2010, LJN BN7291.

²⁶⁸ Rb. Zutphen 21 september 2010, LJN BN7835; Hof Amsterdam 1 juni 2011, LJN BQ7128; Hof Den Haag 29 april 2011, LJN BR5072; Rb. Zutphen 21 november 2008, LJN BG5081.

²⁶⁹ Rb. Zutphen 13 juli 2005, LJN AT9301.

verdachte “volledig stuurloos” was,²⁷⁰ (volledig) door de stoornis werd “gestuurd”²⁷¹ of het gedrag volledig werd “beheerst” of “bepaald” door de stoornis.²⁷² In andere gevallen wordt een feit juist wel toegerekend omdat de verdachte controle had over zijn “denken en doen”,²⁷³ weerstand kon bieden aan een aandrang²⁷⁴ of zijn gedrag nog kon sturen.²⁷⁵ Ook deze categorie neigt naar het criterium van Van Dijk. Van Dijk stelt dat de ontoerekenbare verdachte over onvoldoende controle over het al of niet begaan van het feit beschikt.²⁷⁶

3.3.2.9 *Vrije wil*

In zes uitspraken worden wilsvrijheid²⁷⁷ of keuzevrijheid²⁷⁸ als (onderdeel van een) criterium voor ontoerekenbaarheid genoemd. De Rechtbank Den Haag rekent niet toe omdat de verdachte niet in staat was haar handelen “in vrijheid te bepalen”.²⁷⁹ Van Eck acht wilsvrijheid beslissend voor ontoerekenbaarheid, maar is van oordeel dat de vraag of de verdachte uit vrije wil gehandeld heeft zich niet laat beantwoorden. Hooguit kan worden onderzocht of aan de psychologische voorwaarden voor wilsvrijheid is voldaan.²⁸⁰

3.3.2.10 *Causaliteit*

In zeventien uitspraken wordt de causale invloed van de stoornis op het delict als criterium voor ontoerekenbaarheid genoemd. Het betreft uitspraken waarin ontoerekenbaarheid wordt bepaald door het bestaan van

²⁷⁰ Rb. Dordrecht 28 augustus 2008, LJN BE9415.

²⁷¹ Rb. Den Haag 7 mei 2009, LJN BI3179; Rb. Den Haag 16 september 2011, LJN BT1745.

²⁷² Rb. Den Haag 25 oktober 2004, LJN AR4526; Rb. Amsterdam 30 maart 2009, LJN BH8888; Rb. Den Haag 17 mei 2011, LJN BQ5165; Rb. Den Bosch 29 juni 2011, LJN BQ9524.

²⁷³ Rb. Roermond 22 januari 2008, LJN BC4055.

²⁷⁴ Rb. Maastricht 30 november 2009, LJN BK4799.

²⁷⁵ Rb. Groningen 27 januari 2011, LJN BP2252.

²⁷⁶ Zie paragraaf 2.4.10.

²⁷⁷ Rb. Amsterdam 31 oktober 2002, LJN AE9566; Rb. Den Haag 25 oktober 2004, LJN AR4526; Rb. Amsterdam 22 mei 2007, LJN BA5918; Rb. Arnhem 12 juli 2010, LJN BN0972.

²⁷⁸ Rb. Roermond 8 september 2009, LJN BJ7130; Rb. Maastricht 15 oktober 2010, LJN BO0533.

²⁷⁹ Rb. Den Haag 7 mei 2009, LJN BI3179.

²⁸⁰ Zie paragraaf 2.4.6.

een “samenhang”,²⁸¹ een “direct”, “zeker”, “lineair” of “causaal” verband²⁸² tussen stoornis en delict. Ook wordt overwogen dat de verdachte “onder invloed” van de stoornis handelde²⁸³ of dat het gedrag “een gevolg” was van de stoornis.²⁸⁴ Deze categorie sluit aan bij het door Nieboer verdedigde causale criterium.²⁸⁵

3.4 Conclusie

In de 66 gepubliceerde zaken waarin feitenrechters in de periode van 2002 tot en met 2011 ontoerekenbaarheid materieel beoordelen, zijn tien verschillende criteria voor ontoerekenbaarheid aangetroffen. De feitenrechtspraak laat daarmee een grote verscheidenheid zien in de afbakening van het tweede vereiste van ontoerekenbaarheid. Opvallend is bovendien het betrekkelijk grote aantal fouten in de uitspraken. In twaalf uitspraken wordt het beroep op ontoerekenbaarheid getoetst aan een criterium dat relevant is voor het bewijs van opzet. Ook de zaken waarin de feitenrechter slechts vaststelt dat de verdachte aan een stoornis lijdt (tien uitspraken) of ontoerekenbaarheid toetst aan een criterium dat verwant is aan het voor voorbedachte raad geldende criterium (vier uitspraken), zijn problematisch. Het is niet onaannemelijk dat een deel van deze fouten mede het gevolg is van het ontbreken van een criterium dat de feitenrechter verplicht moet aanleggen bij de beoordeling van ontoerekenbaarheid. Los van deze onjuist gemotiveerde uitspraken, rijst – zoals in de inleiding op dit onderzoek uiteen is gezet – het risico van een gebrek aan rechtseenheid en rechtszekerheid wanneer een materieelrechtelijk leerstuk volgens criteria wordt beoordeeld die in potentiële reikwijdte verschillen.

²⁸¹ Rb. Utrecht 16 februari 2004, LJN AO3886.

²⁸² Rb. Den Bosch 30 december 2004, LJN AT2705; Hof Amsterdam 13 juli 2006, LJN AY3864; Hof Leeuwarden 16 april 2007, LJN BA3007; Rb. Den Bosch 28 augustus 2008, LJN BE9248; Hof Leeuwarden 4 maart 2010, LJN BL6493; Hof Den Haag 4 augustus 2010, LJN BN3133; Hof Amsterdam 17 september 2010, LJN BN7345; Rb. Zutphen 21 september 2010, LJN BN7835; Rb. Utrecht 10 november 2011, LJN BV6454; Hof Amsterdam 10 november 2011, LJN BU4617.

²⁸³ Rb. Rotterdam 4 mei 2004, LJN AO8902; Hof Amsterdam 6 juli 2009, LJN BJ3545; Hof Den Haag 22 april 2010, LJN BN2054; Rb. Maastricht 9 juni 2010, LJN BM7598; Hof Leeuwarden 9 juni 2011, LJN BQ7570; Hof Den Haag 2 augustus 2011, LJN BR3963.

²⁸⁴ Hof Amsterdam 13 februari 2009, LJN BY2040.

²⁸⁵ Zie paragraaf 2.4.8.

Hoofdstuk 4

Forensisch-gedragwetenschappelijke criteria voor ontoerekeningsvatbaarheid

4.1 Inleiding

De selectie van de in het vorige hoofdstuk geanalyseerde uitspraken is gemaakt door onder andere uitspraken buiten beschouwing te laten waarin de rechter het advies van de gedragsdeskundige(n) over de mate van toerekeningsvatbaarheid van de verdachte – al of niet met het overnemen van de gronden waarop het advies berust – zonder nadere toelichting tot de zijne maakt. Dergelijke uitspraken komen relatief vaak voor. Van de 519 treffers met de in paragraaf 3.2 beschreven parameters kunnen 279 tot deze categorie gerekend worden. De door Van Eck aan Van Hattum toegeschreven observatie dat de rechter bij de beslissing over ontoerekenbaarheid vaak *la bouche qui prononce les paroles du rapport* is,²⁸⁶ lijkt daarom nog steeds actueel. Het advies van de gedragsdeskundige over de mate van toerekeningsvatbaarheid van de verdachte bepaalt in veel zaken de uitkomst van de beoordeling van ontoerekenbaarheid. Dat doet de vraag rijzen aan de hand van welke maatstaf de gedragsdeskundige zijn advies bepaalt. In dit hoofdstuk wordt onderzocht welke criteria voor ontoerekeningsvatbaarheid worden voorgeschreven in de forensisch-gedragwetenschappelijke literatuur en richtlijnen.²⁸⁷

4.2 Gradaties van toerekeningsvatbaarheid: de vijf- en driepuntsschaal

Sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw is het gebruikelijk geweest om in de rapportage *pro justitia* een glijdende schaal van vijf gradaties van toerekeningsvatbaarheid te hanteren: toerekeningsvatbaar, enigszins verminderd, verminderd en sterk verminderd toerekeningsvatbaar en ontoerekeningsvatbaar.²⁸⁸ Consensus over de wijze waarop deze indeling gedragswetenschappelijk geoperationaliseerd moet worden, is niet

²⁸⁶ Van Eck 1959, p. 23. Van Eck verwijst niet naar een publicatie van Van Hattum.

²⁸⁷ Zie over rapportage *pro justitia* in het algemeen: Van Kordelaar 2008; Van Marle 2008. Over psychiatrisch onderzoek *pro justitia*: Van Marle 2012; Van Marle & Van der Wolf 2008; Ronhaar 2004. Over psychologisch onderzoek: Van Deutekom & Koenraadt 2004; Van Kordelaar 2012. NVVP 2012 en NIFP 2007 zijn richtlijnen voor psychiatrische, respectievelijk psychologische rapportage *pro justitia*.

²⁸⁸ Van der Wolf 2012, p. 540-541.

bereikt.²⁸⁹ Ter illustratie worden de uitwerking van de vijfpuntsschaal door Van Marle en de *Richtlijn rapportage pro justitia* van het Pieter Baan Centrum besproken.²⁹⁰

Toerekeningsvatbaarheid is zowel bij Van Marle als in de richtlijn het uitgangspunt: iedere verdachte is toerekeningsvatbaar, tenzij anders is gebleken. Bij de enigszins verminderd toerekeningsvatbare verdachte bestaat volgens Van Marle een toegenomen dispositie voor het begaan van een delict, zoals impulsiviteit, ziekelijke angsten of achterdocht. De wilsvrijheid is slechts voor een klein deel beperkt. De richtlijn heeft het over een zwak verband tussen stoornis en delict. Bij de verminderd toerekeningsvatbare verdachte hebben volgens Van Marle de psychische stoornis en de omstandigheden waaronder het delict is begaan in evenredige mate bijgedragen aan de totstandkoming ervan. Volgens de richtlijn van het Pieter Baan Centrum is dit een brede tussencategorie waaronder verdachten met persoonlijkheidsstoornissen zijn te scharen, maar ook verdachten met psychotische stoornissen die beperkt verband houden met het delict. De sterk verminderd toerekeningsvatbare verdachte lijdt in de opvatting van Van Marle aan een vergaande vermindering van de wilsvrijheid als gevolg van een ernstige psychische stoornis of een door de delictsituatie veroorzaakte verslechtering van het “psychiatrische toestandsbeeld”. De richtlijn van het Pieter Baan Centrum schaaft onder deze categorie met name een combinatie van een persoonlijkheidsstoornis en “uitgesproken debiliteit” of een ernstige borderlinepersoonlijkheidsstoornis. Bij de ontoerekeningsvatbare verdachte wordt volgens Van Marle de “gehele persoonlijkheid” overheerst door de psychische stoornis. Er is sprake van een direct oorzakelijk verband tussen stoornis en delict. De PBC-richtlijn heeft het over een stoornis van “psychotisch niveau”.²⁹¹

De uitwerkingen van Van Marle en het Pieter Baan Centrum lijken te bevestigen dat geen consensus bestaat over de operationalisering van de vijfpuntsschaal. De gradaties worden in verschillende termen beschreven, waarbij afwisselend de nadruk ligt op de (ernst van de) stoornis, het causaal verband tussen stoornis en delict en wilsvrijheid. Tegenwoordig wordt betwijfeld of de vijfpuntsschaal gedragswetenschappelijk verantwoord is.²⁹² Volgens Van Marle suggereert de onderverdeling in vijf gradaties een

²⁸⁹ Hummelen & De Jong 2011, p. 146; Van Esch 2012, p. 448; Van Marle 2008, p. 170-171.

²⁹⁰ Zie voor andere uitwerkingen van het onderscheid tussen de vijf gradaties: Brand 2001; Mooij 2004, p. 151-152; 2012a, p. 83-84; Van Mulbregt & Sierink 2004, p. 125-127. Zie voor een onderzoek naar de factoren die een rol spelen bij het bepalen van de verschillende gradaties in rapportages van het Pieter Baan Centrum: Harte & Van den Burg 2006. Zie ook Van Esch 2012, p. 40-42, 445-449.

²⁹¹ Van Marle 2012, p. 127; PBC 2002, p. 17.

²⁹² Van Marle 2008, p. 171; NIFP 2007, p. 66; 2014a, p. 3; NVVP 2012, p. 64-65. Zie ook Meynen 2013, p. 19-23.

mate van exactheid die niet waargemaakt kan worden. De betrouwbaarheid van de advisering over de gradaties van toerekeningsvatbaarheid is niet onderzocht. Van Marle is daarom tot de slotsom gekomen dat slechts een onderverdeling in drie gradaties wetenschappelijk onderbouwd kan worden. Een gedragsdeskundige kan op grond van zijn expertise een uitspraak doen over de vraag of de stoornis in een “direct oorzakelijk” verband met het delict staat (toerekeningsvatbaarheid) en of een oorzakelijk verband afwezig is (toerekeningsvatbaarheid). Ook kan hij aangeven dat naast de stoornis andere factoren van invloed zijn geweest op de totstandkoming van het delict (verminderde toerekeningsvatbaarheid). De gedragsdeskundige kan volgens Van Marle echter geen nader onderscheid aanbrengen binnen de categorie van de verminderde toerekeningsvatbaarheid.²⁹³

Hoewel de driepuntsschaal onder andere als te grofmazig bekritiseerd is,²⁹⁴ lijkt zij inmiddels de vijfpuntsschaal verdrongen te hebben als maatgevend voor de rapportage *pro justitia*. In 2007 wordt door het Nederlands Instituut voor Forensische Psychiatrie en Psychologie *Best practice ambulant. Forensisch-psychologisch onderzoek en rapportage in het strafrecht voor volwassenen* gepubliceerd, waarin psychologische advisering over de toerekeningsvatbaarheid volgens een driepuntsschaal verloopt.²⁹⁵ In 2012 volgt de psychiatrie met een door de Nederlandse Vereniging voor Psychiatrie (“NVVP”) aangenomen *Richtlijn psychiatrisch onderzoek en rapportage in strafzaken*.²⁹⁶ Een richtlijn als die van de Nederlandse Vereniging voor Psychiatrie is van belang voor de (tuchtrechtelijke) beoordeling of een rapportage aan de professionele standaard voldoet.²⁹⁷ In de NVVP-richtlijn wordt die normerende werking echter gerelativeerd, doordat de richtlijn uitdrukkelijk geen protocol is, maar slechts een “hulpmiddel”.²⁹⁸ In een notitie van het NIFP naar aanleiding van de *Best practice* en de NVVP-richtlijn wordt forensisch gedragsdeskundigen aangeraden om volgens de driepuntsschaal te adviseren.²⁹⁹

²⁹³ Van Marle 2008, p. 171-172.

²⁹⁴ Van Esch 2012, p. 448; Kristen & Franken 2009; Mevis 2010, p. 199-203; Mooij 2009, p. 24-25; 2012b; Van Mulbregt 2009, p. 281-282. Anders: Groenhuijsen & Kooijmans 2011. Zie ook Van der Wolf 2012, p. 141-142.

²⁹⁵ NIFP 2007, p. 65-68.

²⁹⁶ NVVP 2012, p. 64-66.

²⁹⁷ Van Esch 2012, p. 110-111; NIFP 2014b, p. 50-51. Zie ook Regionaal Tuchtcollege Zwolle 12 juni 2008, 031/2007, onder 5.2.

²⁹⁸ NVVP 2012, p. 21.

²⁹⁹ NIFP 2014a, p. 8.

4.3 Criteria voor ontoerekeningsvatbaarheid

4.3.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt onderzocht welke criteria voor ontoerekeningsvatbaarheid in de forensisch-gedragswetenschappelijke literatuur worden gehanteerd. Die criteria houden verband met de glijdende schaal van gradaties van toerekeningsvatbaarheid die in de forensische gedragswetenschappen wordt gehanteerd en worden daarom in die context besproken.

4.3.2 Nieboer: psychoanalytische benadering

Nieboers causale criterium is bedoeld als een medium waardoor communicatie tussen gedragsdeskundige en rechter plaats kan vinden. Dat houdt in dat de jurist de vaststellingen van de gedragsdeskundige over het causaal verband tussen stoornis en delict “omcodeert” naar juridische categorieën ‘[...] als wilsvrijheid, verantwoordelijkheid, schuld, enz.’³⁰⁰ De gedragsdeskundige hoeft zich niet over deze “juridische begrippen” uit te laten, maar moet aan de hand van gedragswetenschappelijke categorieën de “determineringsintensiteit” van de stoornis op het delict onderzoeken.³⁰¹

Nieboer – die ook psychiater was – stelt vast dat het voor de gedragsdeskundige in beginsel mogelijk is te rapporteren over de causale invloed van de stoornis op het delict.³⁰² Vervolgens werkt hij uit op welke wijze de gedragsdeskundige dit onderzoek vorm moet geven. Van de verdachte moet een “psychopathologisch profiel” worden ontworpen, waarin de ernst van de stoornis wordt geschetst aan de hand van de invloed ervan op verschillende psychische functies. Met behulp van een analyse van dat profiel kan een brug worden geslagen van de stoornis naar het delict. Daarvoor moet onderzocht worden in hoeverre de verstoring van drie specifieke psychische functies betekenis heeft gehad voor het gedrag van de verdachte. Het betreft ten eerste de mate waarin de verdachte het normenpatroon van de strafwet heeft geïnternaliseerd, ten tweede in hoeverre sprake is van een ‘[...] adequate innerlijke representatie van de sociale realiteit zoals de strafwet deze vooronderstelt,’ en ten derde de mate waarin de verdachte onder meer interne neigingen, driften en tendensen op sociaal aanvaardbare wijze kan reguleren.³⁰³ Deze drie psychische functies omschrijft Nieboer vervolgens in psychoanalytische termen.³⁰⁴ De eerste twee functies komen

³⁰⁰ Nieboer 1970, p. 193. Zie ook paragraaf 2.4.8.

³⁰¹ Nieboer 1970, p. 146, 193.

³⁰² Nieboer 1970, p. 158-161.

³⁰³ Nieboer 1970, p. 162-163.

³⁰⁴ Volgens Nieboer (1970, p. 130) is de psychoanalyse onmisbaar voor de beantwoording van de vragen die de gedragsdeskundige in het kader van ontoerekenbaarheid moet beantwoorden. Zie ook Brand 2001, p. 65.

overeen met het freudiaanse superego (het geweten als internalisering van het normen- en waardenpatroon dat – in deze context – door de strafwet wordt voorondersteld), respectievelijk het ego (kort gezegd het realiteitsbesef van de verdachte). De laatste functie betreft de regulering van het *Es* (de drang tot behoefte- en driftbevrediging). Normaalgesproken – bij psychisch gezonde personen – wordt de drang tot driftbevrediging bijgestuurd door het ego en het superego. Naarmate het geweten en het realiteitsbesef meer verstoord zijn, wordt de verdachte meer geregeerd door zijn impuls tot directe behoeftebevrediging en heeft de stoornis een grotere invloed op het delict uitgeoefend, zo lijkt de redenering van Nieboer te zijn.³⁰⁵

Op grond van deze analyse zal de gedragsdeskundige zich een oordeel moeten vormen over de mate waarin de stoornis het delict veroorzaakte: de “determineringsintensiteit”. In gedragswetenschappelijke zin gaat het volgens Nieboer overigens niet zozeer om een causaal verband, maar zou een term als “invloed” of “voorwaarde” volstaan. De kwalificatie van de relatie tussen stoornis en delict als “causaal” is een juridische.³⁰⁶ Nieboer is optimistisch over de mogelijkheid de causale invloed van de stoornis op het delict gedragswetenschappelijk te kwantificeren. De deskundige zal daarbij vooral op zijn klinische ervaring moeten varen.³⁰⁷ In de hedendaagse forensisch-gedragswetenschappelijke literatuur wordt vaak betwijfeld of de mate waarin de stoornis het delict veroorzaakte empirisch onderzocht kan worden.³⁰⁸

Nieboers psychoanalytische operationalisering van het causaal verband tussen stoornis en delict heeft een opvallende consequentie. Hij lijkt namelijk via een lange omweg aan te belanden bij een freudiaanse variant van het ORO-criterium,³⁰⁹ waarin het draait om de mate waarin de verdachte de feitelijke strekking van zijn handeling begrijpt (ego bij Nieboer), het inzicht in de ongeoorloofdheid ervan (superego) en om overeenkomstig dat besef de wil te bepalen en dus niet toe te geven aan de neiging een strafbaar feit te plegen (regulering van het *Es*). Dit is een opmerkelijke consequentie, omdat hij het ORO-criterium elders verwerpt.³¹⁰

³⁰⁵ Brand 2001, p. 65-66.

³⁰⁶ Nieboer 1970, p. 149, 165.

³⁰⁷ Nieboer 1970, p. 167-168.

³⁰⁸ Blansjaar 2011, p. 156; Brand 2001, p. 66; Hummelen & De Jong 2011, p. 146-148. Anders: Hummelen & Aben 2015.

³⁰⁹ Zie paragraaf 2.4.2.

³¹⁰ Nieboer 1970, p. 175-179. Zie paragraaf 2.4.8.

4.3.3 Brand: morele ontwikkeling

Doorgaans wordt de onderzoeksvraag voor de psychologische rapportage *pro justitia* hetzelfde geformuleerd als de onderzoeksvraag voor de psychiatrische rapportage *pro justitia*. Zowel psycholoog als psychiater moet de vraag beantwoorden in welke mate een verband bestond tussen de stoornis en het delict.³¹¹ Volgens Brand is dit opmerkelijk, omdat het diagnosticeren van stoornissen tot het psychiatrische domein behoort. De psycholoog heeft een andere expertise. Hij kan de intelligentie van de verdachte bepalen en onderzoek doen naar ontwikkelingsachterstanden of psychologische “scheefgroei”. Het psychologisch onderzoek kan daarom volgens Brand worden aangemerkt als onderzoek naar de “gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens” in de zin van artikel 39 Sr. De forensisch psycholoog kan het “mentale proces” ten tijde van het delict in kaart brengen.³¹² In zijn dissertatie wil Brand toerekeningsvatbaarheid uitwerken in termen die zich lenen voor psychologisch onderzoek.

Brand is van oordeel dat de wil niet relevant is voor de bepaling van toerekeningsvatbaarheid, noch zich gedragswetenschappelijk laat onderzoeken. Bij een psychisch gestoorde verdachte is volgens Brand in het algemeen de wilsfunctie intact, maar is de voorstelling van het onderscheid tussen goed en kwaad verstoord.³¹³ Dit cognitieve gebrek laat zich in kaart brengen door de psycholoog door middel van een onderzoek naar het “moreel besef” van de verdachte ten tijde van het delict.³¹⁴

Gebreken in moreel onderscheidingsvermogen kunnen volgens Brand achterhaald worden door middel van psychologisch onderzoek naar de persoonlijkheidsstructuur van de verdachte. Brand stelt voor de ontwikkelingspsychologie te gebruiken om die persoonlijkheidsstructuur in kaart te brengen.³¹⁵ De morele ontwikkeling van kind naar volwassene kan worden beschreven in termen van plotselinge overgangen van de ene naar de andere ontwikkelingsfase door middel van een socialiseringsproces. Bij iedere fase horen twee persoonlijkheidsstructuren met een bepaalde mate van ontwikkeling van het vermogen tot schuldbesef. Brand onderscheidt vier ontwikkelingsfasen en dus in totaal acht verschillende persoonlijkheidsstructuren. Pas tussen het negende en twaalfde levensjaar heeft het gevoelsleven en het vermogen tot empathie zich zodanig ontwikkeld dat het kind zich voor het eerst volwaardig schuldig kan voelen. De ontwikkeling van een volwassene kan in een bepaalde fase zijn blijven steken, waardoor zijn morele ontwikkeling niet “voltooid” is en hij geen

³¹¹ De “standaardvraagstelling” van het NIFP (2014c) geldt zowel voor de psycholoog als voor de psychiater.

³¹² Brand 2001, p. 75, 185-186.

³¹³ Kritisch hierover: Mackor 2002.

³¹⁴ Brand 2001, p. 58-60, 73-76, 113-114.

³¹⁵ Brand 2001, p. 88-89.

volwaardig vermogen tot schuldbesef heeft.³¹⁶

De acht persoonlijkheidsstructuren die Brand onderscheidt brengt hij in verband met een bepaalde mate van toerekeningsvatbaarheid.³¹⁷ De koppeling vindt plaats door te beoordelen in hoeverre voldaan is aan de vier subcriteria voor ontoerekenbaarheid van Van Eck.³¹⁸ Alleen ten aanzien van verdachten die niet bewust handelen – het eerste subcriterium van Van Eck – concludeert Brand tot toerekeningsvatbaarheid. Is wel aan het eerste subcriterium voldaan, maar niet aan één of meer van de overige drie criteria van Van Eck, dan is sprake van een vermindering van de toerekeningsvatbaarheid in drie gradaties. Brand geeft als voorbeeld een casus van een verdachte van doodslag. Volgens Brand weet de verdachte in de door hem beschreven casus op grond van de afkeurende reactie van de omgeving op de doodslag dat hij een regel heeft overtreden en dat hij straf heeft verdiend. In die zin heeft hij een beperkt schuldbesef. Het ontbreekt hem echter aan het empathische vermogen te begrijpen wat hij anderen heeft aangedaan. Zijn gewetensfunctie komt overeen met die van een vijfjarig kind. Slechts aan het eerste subcriterium van Van Eck (was ten tijde van het delict sprake van bewust gedrag?) is geheel voldaan. De verdachte was zich ten tijde van het delict slechts ten dele bewust van de feitelijke strekking van zijn handeling (tweede subcriterium), maar hij was zich niet werkelijk bewust dat hij “kwaad bedreef” (derde subcriterium) en kon evenmin de betreffende waarde van zijn daad inzien (vierde subcriterium). Omdat alleen aan het eerste criterium volledig en aan het tweede subcriterium slechts in beperkte mate is voldaan, concludeert Brand tot (sterk) verminderde toerekeningsvatbaarheid.³¹⁹

Brand past de subcriteria van Van Eck onjuist toe. Het eerste subcriterium van Van Eck leidt niet tot ontoerekenbaarheid. Er is dan geen sprake van een gedraging. De verdachte moet daarom worden vrijgesproken. Ook als de verdachte zich niet bewust is geweest van de feitelijke strekking van zijn handeling (tweede subcriterium), volgt in de regel vrijspraak. Opzet kan in dat geval niet worden bewezen. Is aan één van de laatste twee criteria niet voldaan, dan volgt ontoerekenbaarheid bij Van Eck. Brand gaat in dat geval echter uit van een vermindering van de toerekeningsvatbaarheid. Brand brengt Van Ecks criteria voor ontoerekenbaarheid dus ten onrechte in verband met vijf gradaties van toerekeningsvatbaarheid.

³¹⁶ Brand 2001, p. 102-111, 113, 136.

³¹⁷ Brand 2001, p. 136-150.

³¹⁸ Zie paragraaf 2.4.6.

³¹⁹ Brand 2001, p. 117-127. Hij plaatst “sterk” tussen haakjes, omdat het aan de rechter zou zijn aan het tweede criterium – waaraan slechts deels voldaan is – het juiste juridische gewicht toe te kennen.

4.3.4 Mooij: *vermogen tot overleg*

Volgens Mooij hangt ontoerekeningsvatbaarheid samen met de mate waarin de verdachte uit vrije wil handelde. Wilsvrijheid is – aldus Mooij – het vermogen om te reflecteren op wensen. Iemand kan zich van een voorgenomen handeling afvragen of hij de handeling daadwerkelijk “wil”.³²⁰ Mooij noemt dit vermogen om op voorgenomen handelingen te reflecteren het “vermogen tot overleg”. Het “vermogen tot overleg” wordt gevormd door twee psychische vermogens, het “vermogen tot inzicht” en het “vermogen tot redelijke doelstelling”. Het “vermogen tot inzicht” is het vermogen om overtuigingen op hun waarheid aan de realiteit te toetsen. Het “vermogen tot redelijke doelstelling” is het vermogen om wensen op hun zinvolheid te toetsen en om te beoordelen of de middelen om het doel te bereiken daarvoor geschikt zijn. Als deze vermogens zijn aangetast door een stoornis, dan kan de toerekeningsvatbaarheid van de verdachte verminderd zijn. Het “vermogen tot redelijke doelstelling” kan volgens Mooij beperkt zijn door een persoonlijkheidsstoornis, maar het wordt daardoor niet “opgeheven”. Volgens Mooij leiden persoonlijkheidsstoornissen daarom hooguit tot verminderde toerekeningsvatbaarheid. Het “vermogen tot inzicht” kan worden “opgeheven” door waanvoorstellingen. Omdat waanvoorstellingen niet vatbaar zijn voor correctie, hebben zij – per definitie – tot gevolg dat de verdachte zijn overtuigingen niet aan de realiteit kan toetsen. Waanvoorstellingen kunnen daarom tot ontoerekeningsvatbaarheid leiden.³²¹

Vervolgens stelt Mooij dat een causaal verband tussen de stoornis en het delict moet worden vastgesteld. De toerekeningsvatbaarheid wordt volgens Mooij door twee variabelen bepaald: de mate waarin het “vermogen tot overleg” is aangetast en de mate waarin die aantasting in verband staat met het delict. Mooij gaat – net als Nieboer – uit van gradaties van causaliteit. Een waanvoorstelling kan meer of minder in het delict “doorwerken”. Als een delict “geheel onder invloed” van een waanvoorstelling is gepleegd, volgt ontoerekeningsvatbaarheid. Een voorbeeld daarvan is een delict dat “direct” onder invloed van een bevelshallucinatie tot stand is gekomen. Het “vermogen tot inzicht” is “opgeheven” én er is sprake van een “direct” oorzakelijk verband. Hoewel een psychose naar zijn aard in ernstige mate het “vermogen tot overleg” van de verdachte beperkt, kan het zijn dat deze stoornis slechts in een beperkt verband met het delict staat. Dat is bijvoorbeeld het geval als een verdachte die aan een psychose lijdt een winkeldiefstal uit opportunistische motieven pleegt. Deze verdachte is verminderd toerekeningsvatbaar. Omgekeerd kan een persoonlijkheidsstoornis naar zijn aard geen volledige

³²⁰ Mooijs opvatting over wilsvrijheid is verwant aan de theorie van de filosoof Frankfurt over wilsvrijheid als het vermogen om in overeenstemming met *second order desires* te handelen. (Frankfurt 1971. Vgl. Mooij 2003, p. 510-511.)

³²¹ Mooij 2004, p. 116-124, 151-152.

beperking van het “vermogen tot redelijke doelstelling” betekenen, maar wel in een nauw verband met het delict staan. Een voorbeeld daarvan is de verdachte met een narcistische persoonlijkheid die door een “narcistische krenking” agressief reageert. Ook in die situatie is de verdachte verminderd toerekeningsvatbaar. Een “individualiserend”, beschrijvend onderzoek door de gedragsdeskundige naar onder andere de belevingswereld van de verdachte, kan het causale verband in kaart brengen.³²²

4.3.5 Het ORO-criterium

Naast de drie min of meer systematische uitwerkingen van de maatstaven voor de gedragswetenschappelijke advisering over toerekeningsvatbaarheid van Nieboer, Brand en Mooij, wordt in gedragswetenschappelijke literatuur en in de *Richtlijn rapportage pro justitia* van het Pieter Baan Centrum het criterium “inzicht in de ongeoorloofdheid van het feit” genoemd,³²³ vaak in combinatie met een criterium dat betrekking heeft op de mogelijkheid van de verdachte om in overeenstemming met dat inzicht te handelen.³²⁴ Dit criterium voor ontoerekeningsvatbaarheid lijkt op het ORO-criterium.³²⁵

4.3.6 Causaliteit

Het causale verband tussen stoornis en delict wordt in de gedragswetenschappelijke literatuur regelmatig genoemd als bepalend voor de mate van toerekeningsvatbaarheid.³²⁶ In de “standaardvraagstelling” van het NIFP wordt de gedragsdeskundige gevraagd te rapporteren over de mate waarin de stoornis het gedrag van de verdachte beïnvloedde en daaruit conclusies te trekken over de mate waarin het strafbare feit aan de verdachte kan worden toegerekend.³²⁷ Ook de *Richtlijn psychiatrisch onderzoek en rapportage in strafzaken* van de NVVP gaat uit van causaliteit tussen stoornis en delict als criterium voor ontoerekenbaarheid.³²⁸

³²² Mooij 2004, p. 122-125, 128-129, 151-152.

³²³ Van Marle 2012, p. 118; De Ruiter 2011, p. 109.

³²⁴ Carp 1956, p. 68-69; Van Leeuwen 1986, p. 19-21; Mooij 2012a, p. 82; Van Mulbregt & Sierink 2004, p. 123; PBC 2002, p. 16. Uit onderzoek van Van Esch (2012, p. 250) naar in 2001 gewezen uitspraken blijkt dat in de arrondissementen Arnhem en Assen – waar niet de toenmalige “standaardvraagstelling” van het NIFP (tegenwoordig: NIFP 2014c) werd gehanteerd – de deskundige gevraagd werd toerekeningsvatbaarheid aan de hand van het ORO-criterium te beoordelen.

³²⁵ Zie paragraaf 2.4.2.

³²⁶ Hummelen & Aben 2015, p. 167; Van Deutekom & Koenraadt 2004, p. 79-80; Van Kordelaar 2012, p. 95; Van Marle 2008, p. 171; Ronhaar 2004, p. 101.

³²⁷ NIFP 2014c. De “standaardvraagstelling” is gebaseerd op Van Panhuis 1994; 2000.

³²⁸ De *Best practice ambulant. Forensisch psychologisch onderzoek en rapportage in het strafrecht voor volwassenen* (NIFP 2007) bevat aanbevelingen voor de advisering over

Het juridische en psychiatrische causaliteitsconcept verschillen volgens de NVVP-richtlijn van elkaar, omdat bij ontoerekenbaarheid in juridische zin de stoornis als “de” oorzaak voor een delict zou worden aangewezen, terwijl vanuit gedragswetenschappelijk oogpunt een veelheid aan factoren (“multicausaliteit”) tot gestoord gedrag leidt. Predisponerende (bijvoorbeeld genen), luxerende (situatieve) en onderhoudende factoren (bijvoorbeeld armoede) spelen naast de stoornis een rol bij de totstandkoming van het delict. De rechter vraagt de psychiater echter specifiek te rapporteren over het verband tussen stoornis en delict. De psychiater moet daarom onderzoeken wat de aard en de ernst van de symptomen van de stoornis zijn. Aan de hand van dit onderzoek naar het psychisch (dis)functioneren van de verdachte kunnen de symptomen in verband worden gebracht met het delict en kan de psychiater de relatie tussen stoornis en delict “gedragsfunctioneel” wegen en kwantificeren.³²⁹ De rechter kan daaruit vervolgens een conclusie trekken over de “juridische oorzakelijkheid”.³³⁰

Hummelen & Aben pleiten ervoor de functionele benadering die door de richtlijn een impuls heeft gekregen te systematiseren.³³¹ De forensisch psychiater zou aan de hand van een uitgebreid *format* ten aanzien van alle psychische functies (cognitieve, affectieve en conatieve) en persoonlijkheidstrekken moeten onderzoeken in hoeverre deze ten tijde van het delict gestoord of intact waren. Door af te wegen in hoeverre gestoorde psychische functies en persoonlijkheidstrekken hebben bijgedragen aan de totstandkoming van het delict en in hoeverre de intacte psychische functies een “compenserende werking” hebben gehad, kan aan de hand van een vijfpuntsschaal worden bepaald in welke mate de stoornis aan de totstandkoming van het delict heeft bijgedragen. Een exacte kwantificering is niet mogelijk. Het gaat om een “globale inschatting” door de gedragsdeskundige.³³²

Hummelen & Aben zijn van oordeel dat de gedragsdeskundige zich moet beperken tot het inschatten van de mate waarin het delict door de stoornis is veroorzaakt en zich moet onthouden van een oordeel over de mate van toerekeningsvatbaarheid van de verdachte, omdat toerekeningsvatbaarheid

toerekeningsvatbaarheid die overeenkomen met de NVVP-richtlijn. De aanbevelingen uit de *Best practice* hebben echter ‘[...] in de praktijk hun weg niet gevonden [...]’ (NIFP 2014a, p. 4.) De *Best practice* blijft daarom verder buiten beschouwing.

³²⁹ Sommige gedragswetenschappers zijn sceptisch over de mogelijkheid het causale verband tussen stoornis en delict te kwantificeren. (Blansjaar 2011, p. 156; Brand 2001, p. 66; Hummelen & De Jong 2011, p. 146-148. Anders: Hummelen & Aben 2015.)

³³⁰ NVVP 2012, p. 58-62.

³³¹ De “functionele benadering” lijkt te zijn ingezet met twee publicaties van Van Panhuis (1994; 2000).

³³² Hummelen & Aben 2015.

een juridisch concept is.³³³ De NVVP-richtlijn is weifelend over de wenselijkheid om gedragswetenschappelijk advies te geven over de mate van toerekeningsvatbaarheid:

‘De beoordeling van de eventuele relatie tussen stoornis(sen) en ten laste gelegde is een advies aan de rechter. Het lijkt daarom juist om te spreken van een advies in het toerekenen van de stoornis, en de mate waarin deze heeft bijgedragen aan de totstandkoming van het ten laste gelegde, te betrekken [*sic*, JB]. De commissie realiseert zich dat het begrip “toerekeningsvatbaarheid” in Nederland zo is ingeburgerd dat veel rapporteurs en gebruikers van rapportages het niet makkelijk kunnen of willen loslaten. Vanuit die realiteit beveelt de commissie aan wel de hiervoor beschreven (functionele) benadering te volgen alvorens (toch) in termen van “toerekeningsvatbaarheid” een eindconclusie te formuleren.’³³⁴

Als toch een advies over de mate van toerekeningsvatbaarheid wordt gegeven dan moet dat volgens de richtlijn gebeuren volgens een driepuntsschaal op grond van een kwantificering van de invloed van de stoornis op het delict. Is het delict “volledig gemotiveerd” door de stoornis – een “symptoom” van de ziekte – dan is sprake van ontoerekeningsvatbaarheid. Ook wordt opgemerkt dat het advies om niet toe te rekenen wordt gegeven als de verdachte ‘[...] niet in staat was anders te handelen dan hij deed en hij door zijn stoornis absoluut disfunctioneerde.’ Van verminderde toerekeningsvatbaarheid is sprake als zowel een stoornis als “situatieve factoren” tot het delict hebben geleid. Bij toerekeningsvatbaarheid kan geen causaal verband tussen een stoornis en het delict worden vastgesteld. Het zwaartepunt van de rapportage *pro justitia* moet volgens de richtlijn echter liggen bij het onderzoek naar de invloed van de symptomen van de stoornis op het delict. Op grond daarvan kan de rechter beslissen om een feit al of niet toe te rekenen. Het gedragswetenschappelijke advies over de toerekeningsvatbaarheid is van ondergeschikt belang.³³⁵

4.4 Toerekeningsvatbaarheid: gedragswetenschappelijke vaststelling of verkapt juridisch oordeel?

De term “toerekeningsvatbaarheid” wordt soms gebruikt als gedragswetenschappelijke categorie. De gedragswetenschappelijke vaststelling van de mate van toerekeningsvatbaarheid zou iets anders zijn dan het juridische oordeel over ontoerekenbaarheid. De psychiater Van Leeuwen merkt in zijn oratie bijvoorbeeld op:

³³³ Hummelen & Aben 2015, p. 166.

³³⁴ NVVP 2012, p. 63.

³³⁵ NVVP 2012, p. 63-66.

‘Een daad *wordt* de dader toegerekend. Dat doet de rechter want toerekenen is normatief zoals het hele strafrecht normatief is: om te kunnen straffen is immers normatief denken noodzakelijk.’

[...]

Een dader *is* toerekeningsvatbaar voor een daad.

Toerekeningsvatbaarheid is aldus op te vatten als 't kenmerk van 'n individu op 'n bepaald tijdstip in relatie tot 'n bepaalde daad en daarmee is toerekeningsvatbaarheid toegankelijk voor medisch onderzoek.’³³⁶

Volgens Van Leeuwen is de bepaling van de toerekeningsvatbaarheid door de gedragsdeskundige van een andere orde dan de beslissing van de rechter over ontoerekenbaarheid. Vaststellen van toerekeningsvatbaarheid behoort exclusief tot het domein van de gedragswetenschapper. De gedragswetenschapper kan onderzoeken wat de feitelijke samenhang tussen de stoornis en het tenlastegelegde is. De toerekeningsvatbaarheid wordt daardoor volgens Van Leeuwen een “specifiek forensisch-psychiatrisch ziektebegrip”. Het is een “kenmerk” van de verdachte en daarom toegankelijk voor empirisch onderzoek.³³⁷ Nieboer maakt een vergelijkbaar onderscheid tussen het gedragswetenschappelijke en het juridische domein. Volgens hem moet de gedragsdeskundige het causale verband tussen stoornis en delict beschrijven in gedragswetenschappelijke termen, terwijl de rechter het causale verband moet vertalen naar (normatieve) juridische categorieën zoals wilsvrijheid en verwijtbaarheid.³³⁸ In andere gedragswetenschappelijke literatuur wordt eveneens onderscheiden tussen toerekeningsvatbaarheid als forensisch-gedragswetenschappelijke vaststelling enerzijds en ontoerekenbaarheid als juridisch oordeel anderzijds.³³⁹

Tegenover dit strikte onderscheid tussen ontoerekeningsvatbaarheid en ontoerekenbaarheid staan opvattingen die de toerekeningsvatbaarheidsbepaling door de gedragsdeskundige vooral zien als een *advies* aan de rechter over de te nemen beslissing over de strafbaarheid van de verdachte. Om iemand van advies te kunnen dienen kan niet anders dan vooruit worden gelopen op de door de ander te nemen beslissing. Voor de toerekeningsvatbaarheid betekent dat dat de psychiater daardoor het domein van de strafrechter betreedt. De vraagstelling aan de deskundige nodigt volgens de psycholoog Van Kordelaar de deskundige uit om ‘[...] met één been in het normatieve

³³⁶ Van Leeuwen 1986, p. 9.

³³⁷ Van Leeuwen 1986, p. 8-9.

³³⁸ Zie paragraaf 2.4.8 en 4.3.2.

³³⁹ Hummelen & De Jong 2011, p. 146; Mooij 2005a, p. 129; Van Panhuis 1994, p. 189.

domein te gaan staan.³⁴⁰ Andere gedragsdeskundigen lijken een vergelijkbare opvatting toegedaan.³⁴¹ Ook de NVVP-richtlijn en – in het voetspoor daarvan – het NIFP gaan uit van deze analyse.³⁴²

Vóór het laatste standpunt spreekt dat de in de gedragswetenschappelijke literatuur gehanteerde criteria voor ontoerekeningsvatbaarheid verwantschap vertonen met bepaalde in de juridische literatuur verdedigde criteria voor ontoerekenbaarheid. Brand neemt bijvoorbeeld het criterium voor ontoerekenbaarheid van Van Eck als uitgangspunt.³⁴³ Het criterium van Mooij (“vermogen tot overleg”) vertoont eveneens overeenkomsten met het vierde subcriterium van Van Eck (“vrij en onbevangen de betreffende waarde van de daad inzien”). Ook het ORO-criterium is met enige regelmaat in de forensisch-gedragswetenschappelijke literatuur aan te treffen. Rapporteren over de mate waarin de stoornis het delict veroorzaakte – zoals onder andere in de NVVP-richtlijn uitgangspunt is – lijkt alléén zinvol te zijn als het causale criterium als criterium voor ontoerekenbaarheid wordt gehanteerd. Bij toepassing van het causale criterium zoals dat door Nieboer is verdedigd, is de mate van toerekening immers afhankelijk van de mate waarin de stoornis het delict veroorzaakte. Zelfs Van Leeuwen – die in het hiervóór weergegeven citaat een strikt onderscheid tussen toerekeningsvatbaarheid en ontoerekenbaarheid aanbrengt – laat de gedragsdeskundige onderzoeken of voldaan is aan een criterium voor toerekeningsvatbaarheid dat hij ontleent aan het criterium van artikel 20 StGB.³⁴⁴

4.5 Gedragswetenschappelijke kritiek op de advisering *pro justitia*

Met name vanaf de laatste eeuwwisseling heeft gedragswetenschappelijke kritiek op de advisering over de toerekeningsvatbaarheid door de forensisch gedragsdeskundige zich erop toegespitst dat de gedragsdeskundige onbevoegd het domein van de rechter betreedt. Volgens Van Koppen is toerekeningsvatbaarheid een juridische term en kunnen gedragsdeskundigen er om die reden niet over rapporteren. Hij gaat zo ver te stellen dat de gedragsdeskundige die zich daar toch over uitlaat in strijd handelt met het voorschrift van artikel 343 Sv om te verklaren ‘[...] over wat zijn wetenschap en kennis hem leren omtrent datgene wat aan zijn oordeel onderworpen

³⁴⁰ Van Kordelaar 2012, p. 95.

³⁴¹ Hummelen & Aben 2015, p. 166, 170; Beukers 2005, p. 501-502; Van Marle 2008, p. 168; Meynen 2011; 2013, p. 18-19; Mooij 2009, p. 40.

³⁴² NIFP 2014a; NVVP 2012, p. 63. Zie ook NIFP 2007, p. 65.

³⁴³ Vgl. Van Eck 1959, p. 12: ‘[...] het [is] niet de vakdeskundige, die inhoud heeft te geven aan het begrip toerekenbaarheid en de psychologische criteria daarvan heeft te bepalen.’

³⁴⁴ Van Leeuwen 1986, p. 19-21. Zie paragraaf 1.1.

is [...].³⁴⁵ Andere gedragsdeskundigen werpen meer tentatief de vraag op of het niet verstandiger is de rapportage *pro justitia* te beperken tot een gedragswetenschappelijke beschrijving van het psychisch functioneren van de verdachte ten tijde van het delict. Daardoor wordt voorkomen dat de gedragsdeskundige zich begeeft op het terrein van de rechter door uitspraken te doen over juridische begrippen als verwijtbaarheid.³⁴⁶

De opvatting dat het onwenselijk is dat de gedragsdeskundige zich buiten zijn eigen vakgebied begeeft door over toerekeningsvatbaarheid te adviseren, heeft de laatste jaren aanmerkelijk aan invloed gewonnen. Volgens de NVVP-richtlijn moet het zwaartepunt van de rapportage *pro justitia* bij de beschrijving van de invloed van de symptomen van de stoornis op het delict liggen. Een advies over de mate van toerekeningsvatbaarheid lijkt minder wenselijk te worden geacht. In de notitie van het NIFP naar aanleiding van de richtlijn, wordt opgemerkt dat bij de advisering over toerekeningsvatbaarheid sprake is van “te vanzelfsprekende domeinoverschrijdingen”. De uiterste consequentie van de kritiek op advisering over toerekeningsvatbaarheid is volgens de notitie dat de gedragsdeskundige zich onthoudt van het doen van uitspraken die in het juridische domein liggen en daarom niet meer adviseert over toerekeningsvatbaarheid.³⁴⁷ Als deze ontwikkeling zich in dezelfde richting voortzet, dan is niet onwaarschijnlijk dat in de nabije toekomst de gedragsdeskundige de rechter niet langer zal (willen) adviseren over toerekeningsvatbaarheid.

4.6 De ethisch-filosofische “standaard” voor ontoerekenbaarheid van Meynen

In hoofdstuk twee zijn *juridische* criteria voor ontoerekenbaarheid besproken. In dit hoofdstuk staan *gedragswetenschappelijke* criteria voor toerekeningsvatbaarheid centraal. De “standaard” (hierna: het criterium) voor ontoerekenbaarheid die door psychiater en filosoof Meynen in zijn oratie is verdedigd, onttrekt zich aan deze indeling. Meynen gaat er namelijk van uit dat het bepalen van het criterium voor ontoerekenbaarheid geen gedragswetenschappelijke kwestie is.³⁴⁸ Hij constateert dat in het Nederlandse strafrecht geen criterium voor ontoerekenbaarheid geldt en stelt voor deze leemte te vullen met een aan de *ethiek* ontleend criterium.³⁴⁹

Meynen neemt daarbij een analyse van voorwaarden voor morele verantwoordelijkheid van de filosoof Wolf als uitgangspunt. Wolf leidt uit

³⁴⁵ Van Koppen 2004, p. 226.

³⁴⁶ Beukers 2005, p. 500-505; Blansjaar 2011, p. 156; Hummelen & Aben 2015, p. 166; Hummelen & De Jong 2011, p. 150-151; Meynen 2011.

³⁴⁷ NIFP 2014a.

³⁴⁸ Meynen 2011; 2013, p. 18-19.

³⁴⁹ Meynen 2013, p. 15.

filosofische literatuur af dat doorgaans twee voorwaarden worden gesteld aan morele verantwoordelijkheid. Handelingen moeten onder controle van de wil staan (*within the control of our wills*) én de actor moet zich met zijn “wil” identificeren (*our wills are [...] expressions of characters [...] that at any rate are acknowledged and affirmed by us*). Aan deze twee voorwaarden voegt Wolf een derde toe. Er zijn situaties denkbaar waarin iemand beide voorwaarden voor morele verantwoordelijkheid heeft vervuld, maar waarin hij toch niet verantwoordelijk kan worden gehouden. Het gaat dan om gevallen waarin een stoornis het vermogen aantast om de werkelijkheid feitelijk en normatief adequaat te waarderen (*the minimally sufficient ability cognitively and normatively to recognize and appreciate the world for what it is*). Wolf noemt deze derde voorwaarde voor morele verantwoordelijkheid *sanity* en zij ontleent haar criterium daarvoor aan de in het Anglo-Amerikaanse strafrecht toonaangevende *M’Naghten rules* voor *insanity*.³⁵⁰ *Sanity* als voorwaarde voor morele verantwoordelijkheid, grijpt in de analyse van Wolf dus terug op een juridisch criterium voor een met ontoerekenbaarheid vergelijkbare strafuitsluitingsgrond.

Meynen stelt dat een stoornis óók de eerste twee voorwaarden voor morele verantwoordelijkheid kan aantasten. Daardoor ontstaat een driedig criterium voor ontoerekenbaarheid. Een eerste grond voor ontoerekenbaarheid is gelegen in stoornissen die maken dat een handeling niet onder controle van de wil van de verdachte staat. Een voorbeeld daarvan is een klap die het gevolg is van een *tic* die bij het syndroom van Gilles de la Tourette hoort. Ten tweede kan een stoornis ertoe leiden dat iemand een handeling verricht die hij niet *zelf* wil. Dat is bijvoorbeeld het geval bij verdachten die onder invloed van bevelshallucinaties handelen. Ten slotte kan een stoornis het vermogen aantasten om een handeling en de context waarbinnen die handeling plaatsvindt cognitief en normatief te waarderen. Een waanstoornis kan bijvoorbeeld een “totaal vertekende perceptie” van de context van een handeling tot gevolg hebben.³⁵¹

Het criterium van Meynen is – evenals de hiervóór besproken criteria voor ontoerekeningsvatbaarheid – verwant aan verschillende juridische criteria voor ontoerekenbaarheid. Het derde subcriterium lijkt bijvoorbeeld op het subcriterium van het ORO-criterium dat de verdachte het ‘[...] ongeoorloofde zijner handeling niet kan beseffen en hare gevolgen niet kan berekenen.’ Meynen zelf relateert verschillende onderdelen van zijn criterium aan Anglo-Amerikaanse *tests* voor *insanity*, zoals de *M’Naghten rules*, de *product test* en de *MPC test*.³⁵²

³⁵⁰ Wolf 1987. Zie over de *M’Naghten rules* hoofdstuk zes.

³⁵¹ Meynen 2012, p. 301-302; 2013, p. 16-17.

³⁵² Meynen 2012, p. 302. Zie ook deel II.

4.7 Conclusie

In de forensisch-gedragswetenschappelijke literatuur en richtlijnen worden voor ontoerekeningsvatbaarheid verschillende criteria voorgeschreven. Het gebrek aan consensus in de forensische gedragswetenschappen over de voor ontoerekeningsvatbaarheid aan te leggen maatstaf, werkt door in rechterlijke uitspraken. De feitenrechter neemt immers in een meerderheid van de zaken waarin toepassing van artikel 39 Sr aan de orde is, het advies van de gedragsdeskundige over de mate van toerekeningsvatbaarheid zonder nadere motivering over. De rechter is sterk geneigd een feit niet toe te rekenen als de gedragsdeskundige de verdachte ontoerekeningsvatbaar acht. Nu over de voorwaarden waaronder de gedragsdeskundige tot ontoerekeningsvatbaarheid mag concluderen geen consensus bestaat, komen rechtseenheid en rechtszekerheid in het gedrang als de rechter zonder meer het oordeel van de gedragsdeskundige overneemt. Het ontbreken van een gedragswetenschappelijk criterium voor ontoerekeningsvatbaarheid heeft bovendien tot gevolg dat de verdachte zich niet goed kan verweren tegen een rapportage van een gedragsdeskundige waarin geadviseerd wordt over de vraag of het delict kan worden toegerekend. Hij kan immers niet (laten) toetsen of de gedragsdeskundige de juiste maatstaf heeft aangelegd en die juist heeft toegepast. Dat is problematisch vanuit het oogpunt van rechtsbescherming. Bovendien bestaat een reële mogelijkheid dat forensisch gedragsdeskundigen in de toekomst niet langer (willen) adviseren over de mate van toerekeningsvatbaarheid van de verdachte. Als die mogelijkheid zich realiseert, dan kan de rechter bij de beslissing over artikel 39 Sr niet langer varen op de rapportage *pro justitia*. Het belang van een afbakening van de voorwaarden voor ontoerekenbaarheid neemt daardoor toe. Een toetsingskader voor ontoerekenbaarheid stelt de rechter in staat zich een eigen oordeel over ontoerekenbaarheid te vormen.

Deel II

Hoofdstuk 5

Vergelijking met de *insanity defense* in het Amerikaanse strafrecht

5.1 Zijn *insanity* en ontoerekenbaarheid vergelijkbaar?

Niet in alle rechtssystemen is een strafuitsluitingsgrond voor psychisch gestoorde verdachten in het leven geroepen. In Zweden lijkt bijvoorbeeld geen functioneel equivalent van ontoerekenbaarheid te bestaan, omdat een psychische stoornis daar geen grond is om van bestraffing te worden uitgesloten.³⁵³ In de meeste rechtssystemen worden psychisch gestoorde verdachten echter onder bepaalde voorwaarden van straf uitgesloten.³⁵⁴ In het Nederlandse strafrecht wordt die functie vervuld door ontoerekenbaarheid. Een functioneel equivalent van ontoerekenbaarheid is de *insanity defense* in het Amerikaanse strafrecht. In de inleiding op dit onderzoek is uiteengezet dat onderzoek naar de *insanity defense* inzicht kan bieden in de mate waarin gedragswetenschappelijke inzichten en veranderende maatschappelijke opvattingen over de wijze waarop psychisch gestoorde verdachten strafrechtelijk bejegend zouden moeten worden, invloed kunnen hebben op de normering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de psychisch gestoorde verdachte. Ook kan onderzoek naar de wijze waarop de *tests* voor *insanity* in de Amerikaanse rechtspraak worden toegepast, laten zien hoe verschillende normeringen van een met ontoerekenbaarheid vergelijkbare strafuitsluitingsgrond nader kunnen worden afgebakend in de rechtspraak en welke problemen daarbij rijzen.³⁵⁵ Omdat ontoerekenbaarheid en *insanity* een vergelijkbare functie vervullen, zijn zij in principe vergelijkbaar. Volgens de functionele methode van rechtsvergelijking maakt dezelfde functie van twee leerstukken in verschillende rechtssystemen een vergelijking mogelijk.³⁵⁶

Vergelijkbaarheid op grond van functie betekent niet zonder meer dat voldoende gelijkenis bestaat voor rechtsvergelijking die relevant is in het licht van de probleemstelling van dit onderzoek. Met vergelijkend onderzoek naar de *insanity defense* wordt beoogd verschillende mogelijkheden om een strafuitsluitingsgrond voor psychisch gestoorde verdachten te normeren

³⁵³ Simon & Ahn-Redding 2008, p. 109.

³⁵⁴ Simon & Ahn-Redding 2008.

³⁵⁵ Zie Inleiding, III.

³⁵⁶ Bogdan 2013, p. 48-49; Michaels 2008, p. 367-369; Zweigert & Kötz 1998, p. 34. Functie is het *tertium comparationis*.

te onderzoeken. Als onderzoek naar de *insanity defense* daar inzicht in wil bieden, dan moeten ontoerekenbaarheid en *insanity* meer gemeen hebben dan alleen hun functie. Ontoerekenbaarheid en *insanity* moeten ook vergelijkbare strafuitsluitingsgronden zijn. Dit veronderstelt dat de materieelrechtelijke systematiek waarin ontoerekenbaarheid en *insanity* fungeren eveneens vergelijkbaar is. In deze paragraaf wordt daarom onderzocht in hoeverre de materieelrechtelijke systematiek van het Nederlandse en het Amerikaanse strafrecht vergelijkbaar is en zo ja, of de plaats die ontoerekenbaarheid en *insanity* daarin innemen overeenkomt.

Traditioneel wordt in de *common law* een onderscheid gemaakt tussen de objectieve zijde van het delict (*actus reus*) en de subjectieve zijde (*mens rea*).³⁵⁷ De voorwaarde van een *actus reus* drukt uit dat voor strafbaarheid altijd sprake moet zijn van een gedraging (*act, requirement of conduct*). Dat sluit strafbaarstelling van enkel intenties uit, maar betekent niet dat nalaten niet strafbaar mag worden gesteld.³⁵⁸ Om van een strafbaar feit te kunnen spreken moet de gedraging *voluntary* zijn verricht. Daarmee wordt bedoeld dat de gedraging bewust en onder invloed van de wil is verricht. Wanneer sprake is van reflexen, spasmes of slaapwandelen is een gedraging niet *voluntary*.³⁵⁹ Het *requirement of conduct* is vergelijkbaar met het vereiste van de gedraging in het Nederlandse strafrecht.³⁶⁰

Mens rea is het *mental element* van het delict.³⁶¹ De *common law* kent van oudsher veel verschillende concepten van *mens rea*, die bovendien geen vaste betekenis hebben. Traditionele *common law*-concepten van *mens rea* zijn onder meer *willfully, intentionally, maliciously, corruptly, wantonly, recklessly* of met *scienter* handelen.³⁶² De Model Penal Code heeft meer eenduidigheid

³⁵⁷ *Morisette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952), 251-252: 'Crime, as a compound concept, generally constituted only from concurrence of an evil-meaning mind with an evil-doing hand, was congenial to an intense individualism and took deep and early root in American soil.' Zie ook Williams 1961, p. 1, 30-31.

³⁵⁸ Bonnie e.a. 2004, p. 69; ALI 1985, art. 2.01 MPC, p. 214; LaFave 2010, p. 320-322. Het is in strijd met het in het veertiende amendement op de Grondwet neergelegde verbod op wrede en ongebruikelijke bestraffing (*cruel and unusual punishment*) om het hebben van een *status* (bijvoorbeeld het zijn van drugsverslaafde) strafbaar te stellen (*Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962)).

³⁵⁹ ALI 1985, art. 2.01 MPC, p. 215-222; Bonnie e.a. 2004, p. 73-76; LaFave 2010, p. 322-326.

³⁶⁰ Aldus ook Lensing 1996, p. 75, 94-95. Zie paragraaf 12.2.3.

³⁶¹ Williams 1961, p. 31. Aan *mens rea* kan ook de bredere betekenis van "verwijtbaarheid" worden toegekend. Doorgaans – ook in dit onderzoek – wordt *mens rea* echter in de beperkte betekenis van subjectief delictsbestanddeel (*mental element*) gebruikt. Kadish, Schulhofer & Steiker 2007, p. 213: 'Mens rea in its *narrow* sense is a more formal and more legalistic requirement; it refers only to the kind of awareness or intention that must accompany the prohibited act, under the terms of the statute defining the offense.'

³⁶² Kadish, Schulhofer & Steiker 2007, p. 217. Zie ook ALI 1985, art. 2.02 MPC, p. 230;

gebracht in de conceptualisering van *mens rea* door de vele in omloop zijnde *mens rea*-begrippen te vervangen door vier nauwkeurig in artikel 2.02 MPC gedefinieerde *mental states* (*purposely, knowingly, recklessly, negligently*).³⁶³ Artikel 2.02 MPC is één van de meest invloedrijke bepalingen van de Model Penal Code geweest. In veel Amerikaanse codificaties wordt de indeling van de Model Penal Code of een daarop gebaseerd model gebruikt.³⁶⁴ *Mens rea* is vergelijkbaar met de subjectieve delictsbestanddelen in het Nederlandse strafrecht.³⁶⁵

De *due process clause* van het veertiende amendement van de Amerikaanse grondwet vereist dat de plicht om bewijs aan te dragen (*burden of production*) én de last om de rechter of de jury te overtuigen (*burden of persuasion*) voor alle bestanddelen van een delict (*elements*) op de aanklager rust.³⁶⁶ *Due process* schrijft voor dat voor een veroordeling alle bestanddelen buiten redelijke twijfel (*beyond a reasonable doubt*) bewezen moeten zijn.³⁶⁷ Bewijs *beyond a reasonable doubt* is de zwaarste bewijsstandaard (*standard of proof*) in het Amerikaanse recht.³⁶⁸ De verdediging kan in dit verband een zogenaamde *failure of proof defense* voeren.³⁶⁹ Een dergelijk verweer houdt in dat beargumenteerd wordt waarom de aanklager er niet in is geslaagd één of meerdere bestanddelen van het delict (*elements*) te bewijzen. Een *failure of proof defense* komt overeen met een bewijsverweer in het Nederlandse strafrecht. Na een geslaagde *failure of proof defense* luidt het dictum *not guilty*. De verdachte wordt vrijgesproken (*acquitted*). Een psychische stoornis kan in het Amerikaanse strafrecht een bewijsverweer opleveren als de stoornis de *mens rea* van de verdachte aantast.³⁷⁰ Dat is vergelijkbaar met het bewijsverweer in het Nederlandse strafrecht dat de verdachte geen subjectieve delictsbestanddelen heeft vervuld als gevolg van een psychische

Robinson & Grall 1983, p. 685-687. Zie ook *Morisette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952), 252. Ook wordt een (veel bekritiseerd) onderscheid gemaakt tussen *general* en *specific intent*, dat ook weer in verschillende betekenissen wordt gebruikt. (Kadish, Schulhofer & Steiker 2007, p. 218-219; LaFave 2010, p. 267-270.) *Specific intent* is soms vergelijkbaar met het Nederlandse bestanddeel “oogmerk”, maar soms ook met “wetende dat”. (Zie ook Lensing 1996, p. 122.)

³⁶³ Zie over het *culpability scheme* van de Model Penal Code onder meer Kadish 1999, p. 952-953; Robinson & Dubber 2007, p. 334-336; Robinson & Grall 1983, p. 691-702.

³⁶⁴ ALI 1985, art. 2.02 MPC, p. 232-233. Volgens Robinson & Grall (1983, p. 692) hebben slechts zestien jurisdicties het model niet in enige vorm overgenomen.

³⁶⁵ Aldus ook Lensing 1996, p. 75, 111, 136-138.

³⁶⁶ Zie over het onderscheid tussen de *burden of production* en de *burden of persuasion*: Broun e.a. 2006, p. 471-473.

³⁶⁷ *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970), 364; *Mullaney v. Wilbur*, 421 U.S. 684 (1975), 703; *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197 (1977), 215. Zie ook artikel 1.12 lid 1 MPC.

³⁶⁸ Broun e.a. 2006, p. 483-495.

³⁶⁹ Robinson 1982, p. 204-208. Zie ook LaFave 2010, p. 469-470.

³⁷⁰ Robinson 1982, p. 206-207.

stoornis.³⁷¹ De verdachte kan op grond van een *not guilty*-dictum niet worden opgenomen (*committed*) in een psychiatrische inrichting,³⁷² zoals het ook in Nederland niet mogelijk is de verdachte na een vrijspraak op grond van artikel 37 lid 1 Sr of artikel 37a lid 1 Sr in een psychiatrisch ziekenhuis te plaatsen of tbs op te leggen.

Als alle delictsbestanddelen (*elements*) vervuld zijn, kan de verdachte zich nog beroepen op diverse algemene strafuitsluitingsgronden. Strafuitsluitingsgronden worden *affirmative defenses* genoemd, omdat de *burden of production* op de verdachte rust. Soms rust ook de *burden of persuasion* op de verdachte.³⁷³ Sinds de publicatie van een artikel van Robinson ('Criminal law defenses: A systematic analysis') is het in de Amerikaanse literatuur steeds gebruikelijker geworden om *affirmative defenses* te onderscheiden in *justifications* en *excuses*.³⁷⁴ Robinson rangschikt strafuitsluitingsgronden naar hun interne structuur (*internal structure*).³⁷⁵ Een *justification* heeft volgens Robinsons indeling de volgende interne structuur: '[...] *triggering conditions* permit a *necessary and proportional response*.'³⁷⁶ Een schulditsluitingsgrond is '[...] a *disability* causing an *excusing condition*.'³⁷⁷ Het onderscheid tussen *justifications* en *excuses* komt in grote lijnen overeen met het onderscheid dat in de Nederlandse literatuur tussen rechtvaardigings- en schulditsluitingsgronden wordt gemaakt en wordt in de literatuur besproken in termen die vergelijkbaar zijn met wat in de Nederlandse literatuur de elementen wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid worden genoemd.³⁷⁸ Uit de definitie van Robinson vloeit voort dat de *insanity defense*

³⁷¹ Zie paragraaf 13.5.

³⁷² LaFave 2010, p. 390, 456-457.

³⁷³ Kadish, Schulhofer & Steiker 2007, p. 37-38. Zie ook ALI 1985, art. 1.12 MPC, p. 191-200. Het Supreme Court (*Leland v. Oregon*, 343 U.S. 790 (1952); *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197 (1977), 210-211) acht het leggen van de bewijslast van strafuitsluitingsgronden bij de verdachte niet in strijd met *due process*.

³⁷⁴ Robinson 1982. Ook Fletcher (onder meer Fletcher 1985) is invloedrijk geweest. In hedendaagse handboeken en *casebooks* wordt doorgaans een onderscheid tussen *justifications* en *excuses* gemaakt. (Kadish, Schulhofer & Steiker 2007, p. 737; LaFave 2010, p. 469-475.)

³⁷⁵ Robinson 1982, p. 242-243. De classificatie heeft tot debat geleid, in het bijzonder over de vraag of overmacht als noodtoestand (*necessity*) een rechtvaardigings- of schulditsluitingsgrond is. (LaFave 2010, p. 473-474.)

³⁷⁶ Robinson 1982, p. 216.

³⁷⁷ Robinson 1982, p. 221.

³⁷⁸ Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 49-51, 54-55; Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 265-268; De Hullu 2015, p. 69-70, 291-295; Kelk/De Jong 2013, p. 60-61, 67, 315-320. Zie ook Lensing 1996, p. 221-222, 229-232. Robinson 1982, p. 229: 'Justified conduct is correct behavior which is encouraged or at least tolerated. In determining whether conduct is justified, the focus is on the *act*, not the actor. An excuse represents a legal conclusion that the conduct is wrong, undesirable, but that criminal liability is inappropriate because some characteristic of the actor vitiates society's desire to punish him.' Zie ook Austin 1956; Fletcher 1985; ALI 1985, art. 3 MPC, p. 3.

onder de *excuses* wordt geschaard, zoals ontoerekenbaarheid in Nederland als schulduitsluitingsgrond wordt aangemerkt.³⁷⁹ Ook voor het Amerikaanse recht geldt dat het onderscheid vooral een conceptueel onderscheid in de literatuur is, waarmee strafuitsluitingsgronden ten opzichte van elkaar kunnen worden afgebakend. Net als in Nederland speelt in wetgeving het onderscheid tussen rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden geen of geen grote rol.³⁸⁰ De indeling van de *affirmative defenses* in *justifications* en *excuses* wordt in de Amerikaanse literatuur – evenals in de Nederlandse – bekritiseerd.³⁸¹ Lensing benadrukt op grond van deze kritiek dat in de Amerikaanse literatuur de indeling niet zo principieel en algemeen aanvaard is als in Nederland.³⁸² De afgelopen jaren lijken de verschillen minder groot te zijn geworden. Enerzijds wordt in een invloedrijk Nederlands handboek het onderscheid tussen rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden gerelativeerd,³⁸³ terwijl in een belangrijk Amerikaans handboek de indeling van Robinson als uitgangspunt wordt genomen.³⁸⁴

Als een strafuitsluitingsgrond wordt aangenomen, luidt het dictum hetzelfde als bij een bewijsverweer: *not guilty*. Een uitzondering op die regel is de situatie waarin een beroep op de *insanity defense* aanvaard is. Het dictum luidt dan: *not guilty by reason of insanity*.³⁸⁵ De verdachte is strafrechtelijk niet verantwoordelijk (*acquitted*). Een straf kan niet worden opgelegd, maar op grond van het dictum is opname in een psychiatrische inrichting wel mogelijk. In een beperkt aantal jurisdicties – waaronder de federale – is opname in een psychiatrische inrichting zelfs verplicht voorgeschreven nadat een *not guilty by reason of insanity*-dictum is uitgesproken.³⁸⁶ In de meeste jurisdicties is opname echter pas mogelijk als aan aanvullende voorwaarden is voldaan. Meestal gelden de voorwaarden dat de verdachte nog steeds aan een stoornis lijdt en/of dat hij een gevaar vormt.³⁸⁷ De doelstellingen van opname zijn vergelijkbaar met die van de tbs: beveiliging van de samenleving

³⁷⁹ Robinson 1982, p. 242-243. Overigens is *insanity* niet in artikel 2 MPC (waaronder *excuses* zoals psychische overmacht (*duress*) en intoxicatie vallen) opgenomen, maar in een apart artikel 4 MPC, onder *Responsibility*.

³⁸⁰ Milhizer 2004, p. 727-728. Vgl. ALI 1985, art. 3 MPC, p. 2-3.

³⁸¹ Greenawalt 1984. Het onderscheid is in Nederland door Van Veen (1986) bekritiseerd.

³⁸² Lensing 1996, p. 221-232.

³⁸³ De Hullu 2015, p. 293-295.

³⁸⁴ LaFave 2010, p. 469-475.

³⁸⁵ LaFave 2010, p. 456-458.

³⁸⁶ Artikel 18.4243 lid a USC: 'If a person is found not guilty only by reason of insanity at the time of the offense charged, he shall be committed to a suitable facility [...].'
Zie ook artikel 4.08 lid 1 MPC. De constitutionaleit van dergelijke *mandatory commitments* is zonder succes betwist. (*Jones v. United States*, 463 U.S. 354 (1983).)

³⁸⁷ De formulering van deze criteria verschilt per jurisdictie. Artikel 330.20 lid 6 New York Criminal Procedure Law bepaalt bijvoorbeeld: 'If the court finds that the defendant has a dangerous mental disorder, it must issue a commitment order.'

en behandeling van de verdachte.³⁸⁸ In de meeste jurisdicties beslist de rechter over beëindiging van de opname. Criteria voor beëindiging verschillen. Doorgaans is vereist dat de verdachte aannemelijk maakt dat hij genezen is van zijn stoornis en/of dat hij niet langer gevaarlijk is.³⁸⁹ Opname van de op grond van *insanity* vrijgesproken verdachte is vergelijkbaar met de plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis of terbeschikkingstelling op grond van artikel 37 lid 1 Sr, respectievelijk 37a lid 1 Sr jo 352 lid 2 Sv van de wegens ontoerekenbaarheid van alle rechtsvervolging ontslagen verdachte.

De *insanity defense* heeft niet alleen haar functie gemeen met ontoerekenbaarheid. Zowel in het Nederlandse als in het Amerikaanse strafrecht wordt een onderscheid gemaakt tussen de bestanddelen van het delict (*elements*) die bewezen moeten worden en strafuitsluitingsgronden (*affirmative defenses*) die worden ingedeeld in rechtvaardigingsgronden (*justifications*) en schulduitsluitingsgronden (*excuses*).³⁹⁰ In deze systematiek nemen *insanity* en ontoerekenbaarheid dezelfde plaats in. Daarom bestaat voldoende gelijkenis voor rechtsvergelijkend onderzoek dat relevant is in het licht van de probleemstelling.

5.2 Twee functionele equivalenten van ontoerekenbaarheid: *competence to stand trial en intoxication*

Een deel van de functie van ontoerekenbaarheid in het Nederlandse recht wordt in het Amerikaanse recht feitelijk door het leerstuk van de *competence to stand trial* vervuld. De *competence to stand trial* houdt verband met het in het adversaire Amerikaanse strafproces belangrijke uitgangspunt dat de verdachte een (tot op zekere hoogte) volwaardige deelnemer aan het proces moet zijn.³⁹¹ Het psychisch functioneren (*mental condition*) van de verdachte moet zodanig zijn dat hij in staat is aard en doel van de procedure te begrijpen (*understand the nature and object of the proceedings*), te overleggen met zijn raadsman (*consult with counsel*) en de verdediging voor te bereiden (*prepare his defense*).³⁹² Als dat als gevolg van een stoornis niet mogelijk is, wordt de

³⁸⁸ Zie paragraaf 12.5.2. Artikel 330.20 lid 1 sub f New York Criminal Procedure Law bepaalt: “Commitment order” [...] means an order committing a defendant to the custody of the commissioner for confinement in a secure facility for care and treatment [...].’ LaFave (2010, p. 461-463) is sceptisch over het behalen van de behandelingsdoelstelling in de praktijk.

³⁸⁹ LaFave 2010, p. 464-467.

³⁹⁰ Dubber 2005, p. 680: ‘The feature of German criminal law theory that is perhaps most familiar to Anglo-American scholars is the three-step analysis of criminal liability (*Straftatsystem*), which appears in American casebooks, textbooks, and court opinions, though its German origins are not always acknowledged.’

³⁹¹ *Pate v. Robinson*, 383 U.S. 375 (1966), 385; *Drope v. Missouri*, 420 U.S. 162 (1975), 171-172.

³⁹² *Drope v. Missouri*, 420 U.S. 162 (1975), 171. Zie ook *Dusky v. United States*, 362 U.S.

verdachte *incompetent to stand trial* geacht. De strafzaak wordt onderbroken en de verdachte wordt opgenomen voor behandeling. Na genezing kan de procedure worden voortgezet, maar de zaak kan ook worden geseponeerd.³⁹³ Als binnen een redelijke termijn niet duidelijk wordt of de mentale toestand van een verdachte in de nabije toekomst zal verbeteren, moet hij civiel worden opgenomen of in vrijheid worden gesteld.³⁹⁴

Incompetence is een vervolgingsbeletsel vergelijkbaar met, maar breder dan, schorsing van de vervolging omdat de verdachte als gevolg van een psychische stoornis niet in staat is de strekking van de tegen hem ingestelde vervolging te begrijpen (artikel 16 Sv).³⁹⁵ De Amerikaanse regeling is breder, omdat de verdachte niet alleen in staat moet zijn om de strekking van de tegen hem ingestelde procedure te begrijpen, maar ook tot overleg met zijn raadsman en de voorbereiding van zijn verdediging. Anders dan de schorsing van de vervolging op grond van artikel 16 Sv,³⁹⁶ komt *incompetence* betrekkelijk vaak voor. Het percentage zaken waarin een verdachte van een *felony* door een gedragsdeskundige wordt onderzocht om zijn *competence* vast te kunnen stellen wordt geschat op vijf procent van alle vervolgingen terzake van *felonies*.³⁹⁷ Bij iets meer dan een kwart van de onderzochte verdachten wordt *incompetence* vastgesteld.³⁹⁸ Een beroep op *insanity* komt minder vaak voor, in ongeveer één procent van vervolgingen voor *felonies*. In een kwart van die zaken wordt het beroep gehonoreerd.³⁹⁹ In veel gevallen – in het bijzonder bij minder ernstige delicten – wordt een vervolging niet voortgezet na vaststelling van *incompetence*. In praktische zin vervult de *incompetence* daardoor een belangrijke rol bij de berechting van psychisch gestoorde verdachten. Veel zaken die anders mogelijk tot een geslaagd

402 (1960). Zie ook Bonnie e.a. 2004, p. 631; LaFave 2010, p. 426.

³⁹³ Bonnie e.a. 2004, p. 631; LaFave 2010, 424-434.

³⁹⁴ *Jackson v. Indiana*, 406 U.S. 715 (1972), 733.

³⁹⁵ De situatie waarop artikel 509a jo. 509c Sv ziet – de toevoeging van een raadsman aan de verdachte die als gevolg van een psychische stoornis niet in staat is zijn belangen te behartigen – lijkt in het Amerikaanse stelsel te moeten leiden tot *incompetence*. Toevoeging van een raadsman aan de geestelijk gestoorde verdachte die niet in staat is zijn eigen belangen te behartigen past wellicht in een (meer paternalistisch) stelsel met inquisitoire wortels, het laat zich in een adversair proces moeilijker denken.

³⁹⁶ Invoeren van de zoekopdracht <“16 sv”> in de zoekmachine van <www.rechtspraak.nl> levert over de periode van 1 januari 2009 tot en met 1 december 2015 binnen het rechtsgebied strafrecht vijf uitspraken van feitenrechters op waarin de vervolging op de voet van artikel 16 Sv geschorst is. (Rb. Haarlem 3 september 2009, LJN BK7943; Rb. Amsterdam 21 juni 2010, LJN BM8774 (vernietigd door Hof Amsterdam 27 augustus 2010, LJN BN5666); Hof Den Haag 21 februari 2013, LJN BZ1159; Hof Den Bosch 21 mei 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2550; Rb. Noord-Holland 2 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7465.) (Geraadpleegd december 2015.)

³⁹⁷ Bonnie & Grisso 2000, p. 78.

³⁹⁸ Pirelli, Gottdiener & Zapf 2011, p. 13.

³⁹⁹ Callahan e.a. 1991.

beroep op *insanity* zouden hebben geleid, worden door de vaststelling van *incompetence* al in een vroeg stadium buiten het strafrecht afgedaan.⁴⁰⁰

Stoornissen die als gevolg van intoxicatie met alcohol of drugs ontstaan, vallen in de Verenigde Staten meestal buiten het bereik van het stoornisvereiste van *insanity*. Onvrijwillige intoxicatie (*intoxication*) is een zelfstandige *affirmative defense* in Amerikaanse jurisdicties.⁴⁰¹ In Nederland wordt intoxicatie beoordeeld in het kader van artikel 39 Sr, waarbij *culpa in causa* aan toerekening in de weg kan staan als de intoxicatie vrijwillig is.⁴⁰² Intoxicatie als *affirmative defense* vervult daardoor een deel van de functie van ontoerekenbaarheid in het Nederlandse strafrecht.

Een gedeelte van de functie van de *insanity defense* wordt feitelijk vervuld door de *competence to stand trial* en intoxicatie als strafuitsluitingsgrond. In een volledig functioneel rechtsvergelijkend onderzoek moeten alle functionele equivalenten worden betrokken.⁴⁰³ De *competence to stand trial* blijft echter in dit onderzoek buiten beschouwing, omdat in het licht van de probleemstelling van dit onderzoek slechts vergelijking met een met ontoerekenbaarheid vergelijkbare strafuitsluitingsgrond relevant is. *Incompetence* is geen strafuitsluitingsgrond, maar een vervolgingsuitsluitingsgrond. Intoxicatie blijft buiten beschouwing, omdat *culpa in causa* buiten het bestek van dit onderzoek valt.⁴⁰⁴ Het is in het kader van de probleemstelling niet nodig een volledig functioneel rechtsvergelijkend onderzoek te verrichten.

5.3 Procesrechtelijke beperkingen aan het onderzoek

Twee beperkingen aan onderzoek naar rechtspraak over de *insanity defense* hangen samen met de inrichting van het strafproces in de Verenigde Staten. Ten eerste bereiken vrijspraken de appèlrechter niet, omdat vrijspraken vanwege het verbod van *double jeopardy* onherroepelijk zijn.⁴⁰⁵ Uitspraken in eerste aanleg worden niet gepubliceerd. De jurisprudentie die beschikbaar is voor analyse betreft daarom slechts uitspraken in zaken waarin de verdachte bij een *court of appeals* opkomt tegen een veroordeling of klaagt bij het *supreme court* van een staat. Een *court of appeals* toetst rechtsvragen volledig, feitelijke oordelen marginaal. Een *supreme court* oordeelt als hoogste instantie

⁴⁰⁰ Bonnie e.a. 2004, p. 631; LaFave 2010, p. 425. Zie ook Lensing 1996, p. 277-278.

⁴⁰¹ LaFave 2010, p. 505-508. Vgl. artikel 720.5.6.3 Illinois Compiled Statutes: 'A person who is in an intoxicated or drugged condition is criminally responsible for conduct unless such condition is involuntarily produced and deprives him of substantial capacity either to appreciate the criminality of his conduct or to conform his conduct to the requirements of law.'

⁴⁰² Zie paragraaf 1.3.2.

⁴⁰³ Bogdan 2013, p. 47-49; Zweigert & Kötz 1998, p. 34-39.

⁴⁰⁴ Zie Inleiding, IV.

⁴⁰⁵ Burnham 2011, p. 316-317; LaFave e.a. 2009, p. 1214.

over de toepassing en interpretatie van de wetgeving en de grondwet van de betreffende staat.⁴⁰⁶ De rechtspraak geeft door het ontbreken van uitspraken in feitelijke instantie een enigszins eenzijdig beeld.

Juridische finesses van de *insanity defense* gaan – ten tweede – mogelijk verloren in het oordeel van de jury. Diverse experimenten waarin aan leden van een *mock jury* casusposities worden voorgelegd, suggereren dat de verschillende *tests* voor *insanity* niet tot significante verschillen in dictum (*guilty* of *not guilty by reason of insanity*) leiden.⁴⁰⁷ Ook blijken juryleden maar in beperkte mate in staat om na de instructie door de rechter de door hen toe te passen *test* voor *insanity* te kunnen reproduceren.⁴⁰⁸ Intuïtieve vooronderstellingen van de juryleden over *insanity* spelen mogelijk een belangrijkere rol in het bereiken van een oordeel dan de *test* aan de hand waarvan zij geïnstrueerd zijn.⁴⁰⁹ De conclusie zou kunnen worden getrokken dat het *common sense* “lekenconcept” van de *insanity defense* in onvoldoende mate met het juridische concept overeenkomt.⁴¹⁰ Als juryleden hun *common sense* concept van *insanity* toepassen, stemt de praktijk niet noodzakelijk overeen met de juridische normering.

Beide beperkingen gelden niet specifiek voor de *insanity defense*, maar kleven aan ieder onderzoek naar Amerikaanse rechtspraak. Voor dit onderzoek leveren ze geen grote bezwaren op. In de volgende hoofdstukken zal blijken dat de geanalyseerde rechtspraak van *courts of appeal* en *supreme courts* voldoende aanknopingspunten biedt om ondanks de eerstgenoemde beperking inzicht te krijgen in de normering van de *insanity defense*. De tweede beperking kan eveneens gerelativeerd worden. In dit onderzoek staan de juridische *tests* voor *insanity* en de normering ervan in de rechtspraak centraal, niet een eventueel afwijkend concept dat juryleden van *insanity* hebben.

5.4 Opbouw van het onderzoek

Het onderzoek naar de Amerikaanse *tests* voor *insanity* in de volgende hoofdstukken is chronologisch opgebouwd. Begonnen wordt met de *M’Naghten rules* en afgesloten met de *MPC test*. In ieder hoofdstuk wordt eerst de historische context besproken waarin een *test* zich heeft ontwikkeld en vervolgens de toepassing van het stoornisvereiste en het criterium van de *test* in de rechtspraak in een Amerikaanse jurisdictie waar de betreffende *test* geldt.⁴¹¹ Bij de selectie van de te onderzoeken jurisdicties is als voorwaarde

⁴⁰⁶ Burnham 2011, p. 169-171.

⁴⁰⁷ Finkel e.a. 1985, p. 83-84; Finkel 1989; Ogloff 1991, p. 516.

⁴⁰⁸ Ogloff 1991, 519-521.

⁴⁰⁹ Finkel & Handel 1989; Roberts, Golding & Fincham 1987.

⁴¹⁰ Finkel & Handel 1989, p. 56-57; Finkel 1989, p. 417; Ogloff 1991, p. 527.

⁴¹¹ Alleen de *product test* in het District of Columbia (hoofdstuk acht) is geen geldend recht.

gesteld dat de formulering van de *test* niet te veel mag afwijken van de oorspronkelijke formulering. Voordeel van onderzoek naar één jurisdictie per *test* is dat daardoor een gedetailleerd beeld kan worden geschetst van de wijze waarop een *test* in de rechtspraak wordt toegepast. De keerzijde van deze werkwijze is dat soms te veel nadruk kan komen te liggen op bepaalde eigenaardigheden in de betreffende jurisdictie. Om dat bezwaar te ondervangen wordt de rechtspraak in de besproken jurisdicties geplaatst tegen de achtergrond van de wijze waarop de *test* in andere jurisdicties en algemene literatuur wordt uitgelegd. In hoofdstuk negen komen de aan *insanity* verwante leerstukken van de *mens rea*-benadering van *insanity* en *diminished capacity* aan de orde. Het rechtsvergelijkende deel wordt afgesloten met een slotbeschouwing waarin wordt besproken welke lessen uit het rechtsvergelijkende onderzoek worden getrokken.

Omdat de voorwaarden voor ontoerekenbaarheid in het Nederlandse recht niet nader zijn afgebakend, is het niet mogelijk de verschillende Amerikaanse *tests* te vergelijken met een Nederlands juridisch kader voor ontoerekenbaarheid. Wel zullen – voor zover mogelijk – verbanden worden gelegd tussen de in hoofdstuk twee besproken in de Nederlandse literatuur verdedigde criteria en de Amerikaanse *tests*. De Amerikaanse *tests* worden ook onderling met elkaar vergeleken.

Hoofdstuk 6

De M’Naghten rules

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de meest bekende van de Anglo-Amerikaanse *tests* voor *insanity* centraal, de *M’Naghten rules*. De *M’Naghten rules* zijn van Engelse origine. Eerst wordt de ontwikkeling van oudere *tests* voor *insanity* naar de *M’Naghten rules* beschreven. Daarna wordt onderzocht op welke wijze de *rules* worden toegepast in de Californische rechtspraak.

6.2 Van de *wild beast test* en de *right-wrong test* naar de *M’Naghten rules*

6.2.1 *Insanity vóór de M’Naghten rules: Arnold en Hadfield*

Vóórdat in 1843 de beroemde *M’Naghten rules* geformuleerd worden, zijn de zogenaamde *wild beast test* en de *right-wrong test* de criteria voor *insanity* in de *common law*.⁴¹² Omdat de *M’Naghten rules* voortbouwen op deze *tests*, worden deze kort besproken.

In 1724 wordt Edward Arnold ter dood veroordeeld voor het verwonden van lord Onslow met een pistoolschot. Arnold lijkt te lijden aan waanvoorstellingen.⁴¹³ In de strafzaak tegen Arnold houdt de rechter de jury voor dat van het straffen van een *madman* geen afschrikwekkende werking uitgaat, maar ook dat niet ieder *frantic humour* tot strafuitsluiting mag leiden. Het criterium voor strafuitsluiting is volgens de rechter in zijn instructie aan de jury:

‘[...] it must be a man that is totally deprived of his understanding and memory, and doth not know what he is doing, no more than an infant, than a brute or a wild beast, such a one is never the object of punishment [...]’⁴¹⁴

⁴¹² Zie over de *insanity defense* in Engeland vóór 1800: Walker 1968, p. 53-73; 1985.

⁴¹³ *R. v. Arnold*, 16 St. Tr. 695 (1724), p. 729: ‘[...] always complaining of my lord Onslow’s bewitching him, and he had sent into his chamber devils and imps [...].’

⁴¹⁴ *R. v. Arnold*, 16 St. Tr. 695 (1724), p. 764-765.

De naam van de *wild beast test* suggereert dat de verdachte als een wild beest tekeer moet zijn gegaan om vrijgesproken te worden. Die suggestie is onjuist. De kern van het criterium is dat iemand met een psychische stoornis geen verwijt kan worden gemaakt, omdat hij – net als een dier of een kind – niet beseft wat hij doet.⁴¹⁵ Omdat ontbreken van ieder besef (*doth not know what he is doing*) tot strafuitsluiting leidt, kan de *wild beast test* een cognitieve test voor *insanity* worden genoemd. *Insanity* als aantasting van de cognitieve vermogens kan in de *common law*-traditie herleid worden tot de dertiende-eeuwse geleerde Bracton en de achttiende-eeuwse jurist Hale.⁴¹⁶

Verderop in de instructie aan de jury in de zaak tegen Arnold wordt een iets ander criterium voor *insanity* genoemd. Een verdachte '[...] who knew what he was doing, and was able to distinguish whether he was doing good or evil [...],' mag worden gestraft.⁴¹⁷ Het eerste zinsdeel is een herformulering van de *wild beast test*, maar daaraan wordt toegevoegd dat de verdachte goed en kwaad moet kunnen onderscheiden. Deze *right-wrong test* bevat óók een cognitief criterium voor *insanity*. Ontbreken van besef van goed en kwaad leidt tot *insanity*. Het *right-wrong*-criterium wordt in Engelse rechtspraak vanaf de veertiende eeuw gebruikt om te beoordelen wanneer een kind strafrechtelijk verantwoordelijk is. Later wordt het ook op psychisch gestoorde verdachten toegepast.⁴¹⁸ In *R. v. Arnold* worden beide tests nog niet van elkaar onderscheiden. Pas bij het formuleren van de *M'Naghten rules* worden de tests in gewijzigde vorm als twee afzonderlijke subcriteria gepresenteerd.⁴¹⁹

Op 15 mei 1800 schiet James Hadfield in het Drury Lane Theatre op koning George III. Hij mist en wordt vervolgd voor hoogverraad (*high treason*).⁴²⁰ Hadfield lijdt aan waanvoorstellingen: de aanslag zou hem door God zijn opgedragen. Problematisch voor de verdediging van Hadfield is dat hij buiten zijn waanvoorstellingen weet wat hij doet.⁴²¹ Dat is problematisch,

⁴¹⁵ Platt & Diamond 1965, 360-362; Walker 1985, p. 28.

⁴¹⁶ Bracton ((1268) 1968, p. 424) schrijft in *On the laws and customs of England*: '[...] they are without sense and reason and can no more commit an *injuria* or a felony than a brute animal, since they are not far removed from brutes [...].' Bracton is waarschijnlijk beïnvloed door Romeins en canoniek recht. (Platt & Diamond 1965.) Hale ((1736) 2003, p. 31-32) stelt in *The history of the pleas of the Crown*: '[...] if they [*dementes*, JB] are totally deprive'd of the use of reason, they cannot be guilty ordinarily of capital offenses, for they have not the use of understanding, and act not as reasonable creatures, but their actions are in effect in the condition of brutes.'

⁴¹⁷ *R. v. Arnold*, 16 St. Tr. 695 (1724), p. 765.

⁴¹⁸ Platt & Diamond 1966, p. 1233-1237.

⁴¹⁹ Walker 1968, p. 57, 100.

⁴²⁰ Zie uitgebreid over (de historische achtergronden en gevolgen van) de zaak tegen Hadfield: Moran 1985.

⁴²¹ De ter zitting gehoorde gedragdeskundige verklaart: 'When any question concerning a common matter is made to him, he answers correctly; but when any question is put to him which relates to the subject of his lunacy, he answers irrationally.' (*R. v. Hadfield*, 27 St. Tr. (N.S.) 1281 (1800), p. 1334.)

omdat voor een geslaagd beroep op *insanity* de *wild beast test* vereist dat de verdachte van *ieder* besef verstoken is geweest. Hadfield beseft echter dat hij op de koning schiet. Hadfields raadsman stelt daarom een andere interpretatie van het criterium voor *insanity* voor. Hij wijst erop dat niet bedoeld kan zijn dat de verdachte van *ieder* besef verstoken moet zijn, omdat een stoornis met die kenmerken eenvoudigweg niet bestaat.⁴²² Het gaat erom dat de premissen van waaruit een psychisch gestoorde verdachte redeneert onjuist zijn. Dat komt door waanvoorstellingen: '*Delusion*, therefore, [...] is the true character of insanity [...].'⁴²³ De verdachte moet worden vrijgesproken als het feit '[...] the immediate, unqualified offspring of the disease [...]' is.⁴²⁴ Het lukt de raadsman kennelijk de jury te overtuigen. Hadfield wordt als eerste verdachte met het dictum *not guilty by reason of insanity* vrijgesproken.⁴²⁵ De rechters hadden zorgen geuit over de maatschappelijke veiligheid als Hadfield ongekwalficeerd zou worden vrijgesproken. Het speciale dictum *not guilty by reason of insanity* zou volgens de rechters: '[...] a legal and sufficient reason for his future confinement [...]' zijn.⁴²⁵

De door Hadfields raadsman bepleite ruimere toepassing van de *insanity defense* heeft geen navolging gevonden in latere Engelse rechtspraak,⁴²⁶ maar loopt wel vooruit op de Amerikaanse *product test*.⁴²⁷ Een belangrijke vernieuwing van de strafzaak tegen Hadfield is het *not guilty by reason of insanity*-dictum. De rechters anticiperen met het *special verdict* op wetgeving die kort na de aanslag op George III inderhaast is opgesteld, maar nog moet worden aangenomen als Hadfield wordt berecht. De Act for the safe custody for insane persons charged with offences van 28 juli 1800 verplicht de jury het dictum *not guilty by reason of insanity* in plaats van een *not guilty*-dictum uit te spreken als de verdachte van een *felony* vanwege een psychische stoornis wordt vrijgesproken.⁴²⁸ De rechter is verplicht om de verdachte op te laten nemen in *strict custody* '[...] until His Majesty's pleasure be known.' Hoewel de verdachte formeel wordt vrijgesproken, gaat een *not guilty by reason of insanity*-dictum sindsdien gepaard met de gedwongen opname van de vrijgesprokene.⁴²⁹ Ook in het Amerikaanse strafrecht is het

⁴²² *R. v. Hadfield*, 27 St. Tr. (N.S.) 1281 (1800), p. 1312: '[...] if it was meant, that, to protect a man from punishment, he must be in such a state of prostrated intellect, as not to know his name, nor his condition, nor his relation towards others [...] then no such madness ever existed in the world. It is idiocy alone which places a man in this helpless condition; [...].'

⁴²³ *R. v. Hadfield*, 27 St. Tr. (N.S.) 1281 (1800), p. 1314.

⁴²⁴ *R. v. Hadfield*, 27 St. Tr. (N.S.) 1281 (1800), p. 1356.

⁴²⁵ *R. v. Hadfield*, 27 St. Tr. (N.S.) 1281 (1800), p. 1354-1356.

⁴²⁶ Walker 1968, p. 81-83.

⁴²⁷ Zie hoofdstuk zeven.

⁴²⁸ 40 George III, c. 94. Aan de Act werd terugwerkende kracht verleend, zodat ook Hadfield op grond van de Act kon worden opgenomen.

⁴²⁹ Walker 1968, p. 78-81.

dictum nog steeds in gebruik, hoewel *commitment* niet overal verplicht is voorgescreven.⁴³⁰

6.2.2 De strafzaak tegen M’Naghten en de M’Naghten rules

6.2.2.1 De strafzaak tegen M’Naghten

Op 20 januari 1843 volgt Daniel M’Naghten Edward Drummond – de secretaris van premier Peel – vanaf het moment dat Drummond het kantoor van de premier verlaat.⁴³¹ M’Naghten schiet hem in zijn rug. Vijf dagen later overlijdt Drummond aan zijn verwondingen. Uit verklaringen van M’Naghten blijkt dat hij het gemunt had op de premier, een *Tory*. M’Naghten verklaart dat hij tot zijn daad gekomen is, omdat hij achtervolgd wordt door *Tories* die het op zijn leven hebben gemunt. Gedragsdeskundigen stellen vast dat M’Naghten aan waanvoorstellingen lijdt.⁴³²

M’Naghten wordt vervolgd voor moord. Anticiperend op het verweer van M’Naghten, richt de aanklager zich op de vraag of sprake is van *insanity* omdat M’Naghten aan waanvoorstellingen lijdt.⁴³³ Onder meer onder verwijzing naar Hale en *R. v. Arnold*, betoogt de aanklager dat de verdachte voor een geslaagd beroep op *insanity* verstoken moet zijn geweest van *ieder* besef van zijn handelen en van goed en kwaad.⁴³⁴ M’Naghten is niet geheel verstoken geweest van besef, maar slechts gedeeltelijk (*partial insanity*) en daarom gaat een beroep op *insanity* niet op. Ter onderbouwing wijst de aanklager omstandig op feiten die erop duiden dat M’Naghten buiten zijn waanvoorstelling wist wat hij deed. Zo ging M’Naghten in Glasgow onder meer naar lezingen over filosofie en nam hij zijn financiële zaken waar.⁴³⁵

Het verweer van de raadsman van M’Naghten is deels langs dezelfde lijnen opgebouwd als het verweer in de zaak tegen Hadfield. De raadsman onderbouwt zijn verweer met verwijzingen naar het werk van de Amerikaanse psychiater Isaac Ray. Ray betoogt dat het *common law*-concept van *insanity* als algehele aantasting van de cognitieve vermogens wetenschappelijk

⁴³⁰ Zie paragraaf 5.1.

⁴³¹ Onbekend is wat de juiste spelling van M’Naghtens naam is. Er zijn ten minste twaalf verschillende wijzen bekend waarop de naam gespeld is. In de uitspraak zelf (*R. v. M’Naughton*, 4 St. Tr. (N.S.) 847 (1843)) wordt de naam gespeld als “M’Naughton”. Moran (1981, p. xi-xiii) concludeert dat de juiste spelling “McNaughtan” is. De standaardspelling – die hier wordt aangehouden – is echter “M’Naghten”. (Zie ook Diamond 1964.)

⁴³² *R. v. M’Naughton*, 4 St. Tr. (N.S.) 847 (1843), p. 865, 917-924.

⁴³³ Het wordt betwijfeld of M’Naghten zijn daad wel onder invloed van waanvoorstellingen pleegde. Volgens Moran (1981) kunnen “normale” politieke motieven verklaren waarom M’Naghten een aanslag op de premier wil plegen.

⁴³⁴ *R. v. M’Naughton*, 4 St. Tr. (N.S.) 847 (1843), p. 857.

⁴³⁵ *R. v. M’Naughton*, 4 St. Tr. (N.S.) 847 (1843), p. 850-860. Zie ook Walker 1968, p. 92.

achterhaald is.⁴³⁶ De raadsman benadrukt dat de moderne wetenschap leert dat de psyche méér capaciteiten heeft. Naast cognitieve vermogens – zoals waarneming, oordeelsvermogen en ratio – bestaan ook *moral functions* zoals emoties, affecten, neigingen, passies. Een stoornis kan de cognitieve functies in stand laten, maar de *moral functions* aantasten (*moral insanity*).⁴³⁷ Dat verklaart waarom M'Naghten beseft wat hij doet, maar volgens de geraadpleegde gedragsdeskundigen toch aan een stoornis lijdt.⁴³⁸ Voor een geslaagd beroep op *insanity* moet volgens de raadsman van M'Naghten beslissend zijn in hoeverre de stoornis ertoe leidde dat de verdachte onder invloed van een impuls handelde die hij niet kon controleren. M'Naghten zou op grond van *insanity* moeten worden vrijgesproken.⁴³⁹ Hij loopt met dit verweer vooruit op de *irresistible impulse test*.⁴⁴⁰ De *irresistible impulse test* is in Engeland nooit aanvaard, maar wel in sommige Amerikaanse jurisdicties.⁴⁴¹

De rechter instrueert de jury volgens de *right-wrong test* dat zij M'Naghten vrij moet spreken wanneer: '[...] he had that competent use of his understanding as that he knew that he was doing, [...], a wicked and a wrong thing.'⁴⁴² De jury spreekt M'Naghten vrij *on the ground of insanity*. Omdat het oordeel van de jury niet gemotiveerd is, is onbekend of zij de door de raadsman bepleite *irresistible impulse test* of de *right-wrong test* uit de instructie heeft toegepast.

6.2.2.2 De rules als reactie op de vrijspraak van M'Naghten

De vrijspraak van M'Naghten *on the ground of insanity* leidt tot ophef. *The Times* wijdt er een redactioneel commentaar aan, zich afvragend hoe de samenleving beschermd kan worden tegen moordenaars die handelen op grond van *morbid delusions*.⁴⁴³ Koningin Victoria – zelf eerder het doelwit van een aanslag waarvan de verdachte vanwege *insanity* werd vrijgesproken⁴⁴⁴ – schrijft een verontruste brief aan de premier.⁴⁴⁵ In beide huizen van het parlement wordt

⁴³⁶ Ray 1838, p. 16. Geciteerd in *R. v. M'Naughton*, 4 St. Tr. (N.S.) 847 (1843), p. 878-879. Zie over Ray paragraaf 8.2.

⁴³⁷ Vgl. Ray 1838, p. 168. *Moral* moet niet worden gelezen als “moreel”. (Zie voetnoot 538.)

⁴³⁸ *R. v. M'Naughton*, 4 St. Tr. (N.S.) 847 (1843), p. 917-923. Zie ook Walker 1968, p. 94-95.

⁴³⁹ *R. v. M'Naughton*, 4 St. Tr. (N.S.) 847 (1843), p. 872-906.

⁴⁴⁰ Zie ook Walker 1968, p. 94. Zie hoofdstuk negen.

⁴⁴¹ Zie hoofdstuk acht.

⁴⁴² *R. v. M'Naughton*, 4 St. Tr. (N.S.) 847 (1843), p. 925.

⁴⁴³ *The Times*, 6 maart 1843, p. 4. Zie ook de ingezonden brief in *The Times*, 6 maart 1843, p. 3.

⁴⁴⁴ *R. v. Oxford*, 1 M. St. Tr. 102 (1840).

⁴⁴⁵ Brief van 12 maart 1843 aan Sir Robert Peel (Benson & Esher (red.) 1907, p. 587.): '[...] they [rechters, JB] allow and advise the Jury to pronounce the verdict of *Not Guilty*

de *insanity defense* ter discussie gesteld. In het House of Commons wordt een – niet aangenomen – voorstel gedaan om de toepassing van *insanity* in gevallen van moord te beperken tot personen die publiekelijk als maniak bekend staan en niet lijden aan *partial insanity*.⁴⁴⁶ Ook in het House of Lords vraagt men zich af of het recht niet moet worden aangepast.⁴⁴⁷ De *lords* maken zich onder meer zorgen over de brede definitie van *insanity* die gedragskundigen zouden hanteren.⁴⁴⁸ Om duidelijkheid te krijgen over de stand van het recht met betrekking tot *insanity*, worden de rechters van het Central Criminal Court – waar de zaak tegen M’Naghten diende – opgeroepen om vragen van de *lords* over de *insanity defense* te beantwoorden.⁴⁴⁹ De antwoorden van de rechters zijn bekend geworden als de *M’Naghten rules*.

De kern van de *M’Naghten rules* is het antwoord dat de rechters geven op de vraag welke instructie de jury moet krijgen in zaken waarin de verdachte zich op *insanity* beroept. *Chief justice* Tindal stelt in de meerderheidsopinie voorop dat iedereen toerekenbaar wordt geacht (*presumed to be sane*), tenzij het tegendeel blijkt. De instructie die aan de jury moet worden gegeven als een *insanity defense* is opgeworpen, luidt:

‘[...] to establish a defence on the ground of insanity, it must be clearly proved, that, at the time of the committing of the act, the party accused was labouring under such a defect of reason, from disease of the mind [stoornisvereiste, JB], as not to know the nature and quality of the act he was doing, or, if he did know it, that he did not know he was doing what was wrong [criterium, JB].’⁴⁵⁰

Uit het stoornisvereiste volgt dat het moet gaan om een stoornis (*disease of the mind*) van de cognitieve vermogens van de verdachte (*defect of reason*).⁴⁵¹ Het stoornisconcept van *insanity* onder de *M’Naghten rules* is hierdoor beperkter dan het gedragswetenschappelijke stoornisconcept, dat destijds immers ook *moral insanity* – onder andere stoornis van emoties en affecten – omvatte.

on account of *Insanity*, – whilst *everybody* is morally *convinced* that both malefactors were perfectly conscious and aware of what they did!’

⁴⁴⁶ Walker 1968, p. 95-96.

⁴⁴⁷ House of Lords, *Series III. Vol. 67*, p. 288-290.

⁴⁴⁸ Lord Cottenham (House of Lords, *Series III. Vol. 67*, p. 739) merkt op: ‘There was a well-known story of an eminent medical practitioner who, on surprise being expressed by the examining counsel at the latitude of his definition [van *insanity*, JB], answered him by saying, that, in truth, he did not think there were a great many persons who had a mind altogether sound.’

⁴⁴⁹ House of Lords, *Series III. Vol. 67*, p. 744.

⁴⁵⁰ *R. v. M’Naughton*, 4 St. Tr. (N.S.) 847 (1843), p. 931. *Justice Maule* (*R. v. M’Naughton*, 4 St. Tr. (N.S.) 847 (1843), p. 927-929) schrijft een *dissenting opinion*.

⁴⁵¹ Ashworth 2009, p. 143; Livermore & Meehl 1967, p. 801-802; Walker 1968, p. 115.

In het criterium zijn de *wild beast test* en de *right-wrong test* te herkennen, maar nu als twee onderscheiden subcriteria.⁴⁵² De zinsnede over de verdachte die de aard (*nature and quality*) van zijn gedraging niet beseft, lijkt op het criterium van de *wild beast test* dat ieder beseft van wat hij doet bij de verdachte moet ontbreken (*doth not know what he is doing*). In het tweede subcriterium, dat vereist dat de verdachte niet wist dat hij iets *wrong* deed, kan de *right-wrong test* worden herkend (*to distinguish whether he was doing good or evil*). *Wrong* in de zin van de *M'Naghten rules* wordt soms geïnterpreteerd als “wederrechtelijk”, maar ook wel als “moreel verwerpelijk”.⁴⁵³ Vanwege deze dubbelzinnigheid wordt *wrong* hier onvertaald gelaten. Beide subcriteria eisen dat een bepaald beseft (*not to know*) afwezig is. Net als de *wild beast test* en de *right-wrong test* bevatten de *M'Naghten rules* daarom een cognitief criterium voor *insanity*.⁴⁵⁴ Het pleidooi van M'Naghtens raadsman voor een bredere reikwijdte van de *insanity defense* door niet alleen stoornissen van de cognitieve vermogens tot *insanity* te laten leiden, wordt verworpen.

De vraag of de verdachte beseft dat hij iets *wrong* deed, moet volgens de rechters niet worden beantwoord volgens de maatstaf of de verdachte *in het algemeen* (*in the abstract*) beseft wat *right* en *wrong* is. Beslissend is of de verdachte niet beseft dat het gepleegde feit (*the very act*) *wrong* was.⁴⁵⁵ Hierdoor wordt voor het eerst een verband tussen stoornis en delict vereist voor *insanity*. De eerdere *tests* vereisen dat beseft in het algemeen ontbreekt. De rechters geven naar aanleiding van een vraag van de *lords* hoe moet worden geoordeeld over verdachten die onder invloed van waanvoorstellingen een strafbaar feit plegen, maar buiten de waanvoorstelling – zoals M'Naghten – niet gestoord zijn (*partial delusion*), het volgende voorbeeld van een verdachte die niet beseft dat het gepleegde feit *wrong* is:

‘[...] we think he must be considered in the same situation as to responsibility as if the facts with respect to which the delusion exists were real. For example, if, under the influence of his delusion, he supposes another man to be in the act of attempting to take away his life, and he kills that man, as he supposes, in self-defence, he would be exempt from punishment. If his delusion was that the deceased had inflicted a serious injury to his character and fortune, and he killed him in revenge for such supposed injury, he would be liable to punishment.’⁴⁵⁶

⁴⁵² Walker 1968, p. 100.

⁴⁵³ Zie paragraaf 6.3.4.3.

⁴⁵⁴ LaFave 2010, p. 398.

⁴⁵⁵ *R. v. M'Naughton*, 4 St. Tr. (N.S.) 847 (1843), p. 931.

⁴⁵⁶ *R. v. M'Naughton*, 4 St. Tr. (N.S.) 847 (1843), p. 932. Zie ook Williams 1961, p. 497-499.

De verdachte in dit voorbeeld beseft weliswaar (mogelijk) in het algemeen dat het doden van iemand strafbaar is gesteld, maar kan op grond van zijn waanvoorstelling niet inzien dat het feit *wrong* is, omdat hij denkt uit noodweer (*self-defence*) te handelen.⁴⁵⁷

De *chief justice* heeft zich in de meerderheidsopinie zoveel mogelijk beperkt tot het geven van abstracte antwoorden op de vragen van het House of Lords. Het zou gevaarlijk zijn om buiten een concrete zaak te proberen '[...] to make minute applications of the principles involved in the answers [...]'.⁴⁵⁸ De abstracte regels in de *M'Naghten rules* hebben aanleiding gegeven tot veel verschillende interpretaties. Dat vloeit voort uit het principe dat algemene criteria zoals *disease of the mind*, *nature and quality of the act*, *wrong* niet ondubbelzinnig zijn, maar pas betekenis krijgen door de wijze waarop ze in de rechtspraak worden toegepast in concrete gevallen.

6.3 De *M'Naghten rules* in Californië

6.3.1 Inleiding

De *M'Naghten rules* gelden in verschillende varianten in 26 Amerikaanse jurisdicties. In deze paragraaf wordt onderzocht hoe de *M'Naghten rules* in Californië in de rechtspraak worden toegepast. Californië is geselecteerd omdat het een invloedrijke jurisdictie is, waarin de *M'Naghten rules* niet veel afwijken van de oorspronkelijke formulering van de rechters van het Engelse Central Criminal Court.

6.3.2 Artikel 25 lid b CPC

In 1864 neemt het Californische Supreme Court de *M'Naghten rules* aan als *test* voor *insanity*.⁴⁵⁹ Toenemende kritiek op de *rules* leidt ertoe dat het hof in de loop van de twintigste eeuw de teugels enigszins laat vieren door de *rules* ruim te interpreteren.⁴⁶⁰ In 1979 oordeelt het hof in *People v. Drew* dat de *M'Naghten rules* achterhaald zijn en verruimt hij de *rules* voor de (vermeend) liberalere *MPC test*.⁴⁶¹ De *MPC test* is in Californië echter een kort leven beschoren. In 1982 worden de *M'Naghten rules* opnieuw ingevoerd door codificatie in artikel 25 lid b CPC.⁴⁶² Artikel 25 CPC is onderdeel van de

⁴⁵⁷ Zie ook LaFave 2010, p. 407-408; Williams 1961, p. 498-501.

⁴⁵⁸ *R. v. M'Naughton*, 4 St. Tr. (N.S.) 847 (1843), p. 930.

⁴⁵⁹ *People v. Coffman*, 24 Cal. 230 (1864).

⁴⁶⁰ Zie paragraaf 6.3.4.1.

⁴⁶¹ *People v. Drew*, 22 Cal. 3d 333 (1978). Zie ook Schaffer 1979; Traficante 1980. Zie hoofdstuk negen over de *MPC test*.

⁴⁶² Witkin & Epstein 2012, p. 445-446. Zie voor een beschrijving van de ontwikkeling van de *insanity defense* in Californië: Gordon 2003

bij referendum aangenomen “Victim’s Bill of Rights”. Door herinvoering van de strengere *M’Naghten rules* zouden minder “gewelddadige criminelen” zich kunnen “verschuilen” achter de *insanity defense*.⁴⁶³ Artikel 25 lid b CPC bepaalt:

‘In any criminal proceeding, including any juvenile court proceeding, in which a plea of not guilty by reason of insanity is entered, this defense shall be found by the trier of fact only when the accused person proves by a preponderance of the evidence that he or she was incapable of knowing or understanding the nature and quality of his or her act and of distinguishing right from wrong at the time of the commission of the offense.’

De bepaling wijkt af van de oorspronkelijke *M’Naghten rules*. Er is geen stoornisvereiste opgenomen. In *People v. McCaslin* overweegt het *court of appeal* echter dat het referendum als doel had de *M’Naghten rules* zoals die vóór *People v. Drew* golden opnieuw in te voeren. Toen gold de voorwaarde dat de verdachte leed aan een psychische stoornis (*mental disease or defect*). Niet is gebleken dat beoogd werd dat vereiste te laten varen.⁴⁶⁴ De door de rechters van het Engelse Central Criminal Court gestelde voorwaarde dat de stoornis een *defect of reason* moet zijn, is evenmin opgenomen in artikel 25 lid b CPC. In de Californische jurisprudentie van vóór *People v. Drew* wordt de voorwaarde niet genoemd. Aan *defect of reason* in de oorspronkelijke formulering van de *M’Naghten rules* wordt in de Amerikaanse literatuur geen zelfstandige betekenis toegedicht.⁴⁶⁵ Het ontbreken van deze voorwaarde in de Californische *M’Naghten rules* is tegen die achtergrond niet opmerkelijk.

Een ander verschil met de originele formulering van de *rules* is dat volgens artikel 25 lid b CPC de verdachte de aard van de gedraging niet moet hebben kunnen begrijpen (*incapable of knowing or understanding the nature and quality of his or her act*) en niet in staat moet zijn geweest *right* van *wrong* te onderscheiden (*distinguishing right from wrong*). In de oorspronkelijke *M’Naghten rules* en ook in Californië vóór invoering van de *MPC test* worden beide subcriteria als *alternatieven* (*or*) gepresenteerd. Het Supreme Court stelt opnieuw dat het de bedoeling van het referendum is geweest om de *M’Naghten rules* weer in te voeren zoals die vóór *People v. Drew* van kracht waren. Het Supreme Court leest *and* in artikel 25 lid b CPC daarom als *or*.⁴⁶⁶

⁴⁶³ Botdorf 1986, p. 638-640.

⁴⁶⁴ *People v. McCaslin*, 178 Cal. App. 3d 1 (1986), 8.

⁴⁶⁵ Goldstein 1967, p. 47-49; LaFave 2010, p. 399-404. Anders: Livermore & Meehl 1967. In Engelse literatuur wordt nog wel betekenis toegekend aan *defect of reason*. (Ashworth 2009, p. 143.)

⁴⁶⁶ *People v. J. Skinner*, 39 Cal. 3d 765 (1985), 775-777. Zie ook *People v. Horn*, 158 Cal. App. 3d 1014 (1984), 1032.

Door deze interpretatie van het Californische Supreme Court van artikel 25 CPC bevat de *insanity defense* in Californië alle voorwaarden van de originele *M’Naghten rules*, met uitzondering van het in de Verenigde Staten in onbruik geraakte *defect of reason*.⁴⁶⁷ In de volgende paragrafen wordt onderzocht op welke wijze deze voorwaarden in de Californische rechtspraak worden toegepast.

6.3.3 Het stoornisvereiste

In het verleden is door psychiaters soms ten onrechte verondersteld dat de *rules* slechts psychoses als psychische stoornis zouden erkennen of dat de rechters van het Central Criminal Court probeerden een definitie van psychose te geven.⁴⁶⁸ De *M’Naghten rules* definiëren echter niet wat onder *disease of the mind* moet worden verstaan. Van de 26 Amerikaanse jurisdicties die een variant van de *M’Naghten rules* hanteren, hebben alleen Colorado en Nevada een positieve juridische definitie van *mental disease or defect*.⁴⁶⁹ In M’Naghten-jurisdicties bevat het stoornisvereiste dus meestal geen positief gedefinieerd juridisch stoornisconcept.⁴⁷⁰

In Amerikaanse jurisdicties waar (varianten van) de *M’Naghten rules* gelden, wordt een breed scala van stoornissen onder het stoornisconcept gebracht. In de Amerikaanse literatuur en rechtspraak wordt algemeen aangenomen dat de *M’Naghten rules* als zodanig geen stoornissen categorisch uitsluiten. Een hogere drempel dan het vereiste dat de verdachte aan “een” stoornis lijdt, wordt in de meeste jurisdicties door het stoornisvereiste niet opgeworpen.⁴⁷¹ Niet alleen psychoses kwalificeren als *disease of the mind*, ook – bijvoorbeeld – de posttraumatische stressstoornis en de dissociatieve identiteitsstoornis zijn binnen het bereik van het stoornisconcept van de *M’Naghten rules* gebracht.⁴⁷²

⁴⁶⁷ Zie voor de jury-instructie: Judicial Council of California 2015, p. 951-952.

⁴⁶⁸ LaFave 2010, p. 399; Goldstein 1967, p. 88-89; Guttmacher 1985, p. 189; Livermore & Meehl 1967, p. 800. In Nevada omvat het stoornisconcept wel uitsluitend psychoses. *Finger v. State*, 117 Nev. 548 (2001), 576: ‘To qualify as being legally insane, a defendant must be in a *delusional state* [cursivering JB] [...]’.

⁴⁶⁹ Artikel 16.108.101.5 lid 2 sub b Colorado Revised Statutes: “‘Mental disease or defect’ includes only those severely abnormal mental conditions that grossly and demonstrably impair a person’s perception or understanding of reality [...]’ Zie voetnoot 468 voor het stoornisvereiste in Nevada.

⁴⁷⁰ Zie ook Goldstein 1967, p. 47-48; LaFave 2010, p. 399.

⁴⁷¹ LaFave 2010, p. 399: ‘Thus, although many psychiatrists believe that only a few psychoses will give rise to a successful insanity defense under the *M’Naghten* rule, this is not because certain illness or defects are per se excluded but rather because they do not produce the lack of cognition required under *M’Naghten*.’ Zie ook Goldstein 1967, p. 47-48.

⁴⁷² *U.S. v. Rezaq*, 918 F. Supp. 463 (1996); *State v. Greene*, 139 Wn.2d 64 (1999). Zie ook LaFave 2010, p. 399-401.

In enkele jurisdicties waar de *M'Naghten rules* gelden, worden (tijdelijke) stoornissen die als gevolg van zelfintoxicatie zijn ontstaan expliciet van het bereik van het stoornisconcept uitgesloten.⁴⁷³ In een minderheid van de jurisdicties waar de *M'Naghten rules* gelden, worden stoornissen uitgesloten die uitsluitend worden vastgesteld op grond van herhaald crimineel of antisociaal gedrag. Deze uitsluiting geldt ook in Californië en wordt verderop toegelicht. In deze jurisdicties geldt een negatief gedefinieerd juridisch stoornisconcept.

Ook in de jurisprudentie van het Californische Supreme Court is het stoornisconcept (*mental disease or defect*) niet positief gedefinieerd. Een onderscheid tussen *disease* en *defect* wordt niet gemaakt,⁴⁷⁴ zoals in het Nederlandse strafrecht geen onderscheid (meer) wordt gemaakt tussen de “ziekelijke stoornis” en de “gebrekkige ontwikkeling” van artikel 39 Sr.⁴⁷⁵ Wel is sprake van een negatief gedefinieerd stoornisconcept. Artikel 25.5 CPC sluit een aantal stoornissen uit van de *insanity defense*:

‘In any criminal proceeding in which a plea of not guilty by reason of insanity is entered, this defense shall not be found by the trier of fact solely on the basis of a personality or adjustment disorder, a seizure disorder, or an addiction to, or abuse of, intoxicating substances. [...]’

Het Californische Supreme Court had onder de *MPC test* een beperking van het stoornisconcept overgenomen van artikel 4.01 lid 2 MPC. Stoornissen die uitsluitend worden vastgesteld op grond van herhaald crimineel of antisociaal gedrag waren van het stoornisconcept uitgesloten, waardoor bijvoorbeeld een antisociale persoonlijkheidsstoornis niet binnen het bereik van het stoornisconcept zou vallen.⁴⁷⁶ Artikel 25.5 CPC gaat verder door *alle* persoonlijkheidsstoornissen en ook *adjustment* en *seizure disorders* uit te sluiten. Persoonlijkheidsstoornissen in de *DSM-5* omvatten naast de antisociale persoonlijkheidsstoornis nog elf andere stoornissen, bijvoorbeeld de paranoïde

⁴⁷³ Goldstein 1967, p. 48; LaFave 2010, p. 399. Zie ook paragraaf 5.2. Artikel 29.2203 lid 4 Nebraska Revised Statutes: ‘For purposes of this section, insanity does not include any temporary condition that was proximately caused by the voluntary ingestion, inhalation, injection, or absorption of intoxicating liquor, any drug or other mentally debilitating substance, or any combination thereof.’

⁴⁷⁴ Onderscheid tussen *disease* en *defect* wordt in de Amerikaanse rechtspraak vaak gerelativeerd. *Bethea v. U.S.*, 365 A.2d 64 D.C. App. (1976), 74: ‘In our view, these definitions are of limited assistance because of the unwarranted extent to which they compartmentalize the two concepts. However, the distinction between “disease” and “defect” is peripheral to the problem of improving the standard by which criminal responsibility is to be assessed.’

⁴⁷⁵ Zie paragraaf 1.2.3.

⁴⁷⁶ *People v. Fields*, 35 Cal. 3d 329 (1983), 369-372.

en de borderline persoonlijkheidsstoornis.⁴⁷⁷ De *DSM-5* kent – anders dan de *DSM-IV (TR)*⁴⁷⁸ – geen categorie *adjustment disorders* meer. Met *seizure disorder* zal onder andere bedoeld zijn op epileptische toevallen. Het stoornisconcept in Californië is door deze uitsluitingen aanzienlijk beperkter dan in M'Naghten-jurisdicties gebruikelijk is. Een motivering voor deze vérgaande beperking van het stoornisconcept is niet achterhaald. In de jurisprudentie van het Supreme Court van Californië is alleen de aan de Model Penal Code ontleende uitsluiting van stoornissen die slechts worden vastgesteld op grond van herhaald crimineel of antisociaal gedrag van het stoornisvereiste toegelicht.⁴⁷⁹ De redenen om deze stoornissen uit te sluiten van het stoornisvereiste van de *MPC test* worden in hoofdstuk negen besproken.⁴⁸⁰

Ook stoornissen die door alcohol- of drugsgebruik (*intoxicating substances*) zijn veroorzaakt, vallen buiten bereik van het stoornisvereiste. In de Californische jurisprudentie is regelmatig de vraag aan de orde geweest op welke wijze moet worden geoordeeld over chronische stoornissen die als gevolg van alcohol- of drugsgebruik zijn ontstaan.⁴⁸¹ In *People v. Kelly* heeft de verdachte na twee maanden van veelvuldig drugsgebruik een psychose ontwikkeld, onder invloed waarvan ze probeert haar moeder om het leven te brengen. Volgens getuige-deskundigen is de psychose veroorzaakt door het drugsgebruik. De stoornis zou echter hebben voortgeduurd als zij gestopt zou zijn met gebruiken. Daarom is geen sprake van “gewone” intoxicatie en behoort een beroep op *insanity* tot de mogelijkheden. Als een stoornis blijft bestaan nadat de invloed van de alcohol of drugs is verdwenen, is volgens het Californische Supreme Court sprake van *settled insanity*.⁴⁸² In dat geval kan een beroep op *insanity* – mits ook aan het criterium is voldaan – slagen. De duur van de stoornis en de oorzaak zijn dan niet van belang. Niet is vereist dat de stoornis van permanente aard is, dat wil zeggen: *altijd* invloed op de verdachte uitoefent.⁴⁸³ In *People v. R. Skinner* oordeelt het Court of Appeals echter dat het enkele feit dat een cocaïne-intoxicatie nog enige tijd voortduurt nadat de drug het lichaam heeft verlaten nog niet maakt dat sprake is van *settled insanity*.⁴⁸⁴

De invoering van artikel 25.5 CPC in 1994 beperkt de mogelijkheid van een beroep op *settled insanity* als gevolg van gebruik van alcohol of drugs aanzienlijk. Artikel 25.5 CPC sluit een beroep op *insanity* categorisch uit

⁴⁷⁷ APA 2013, p. 645.

⁴⁷⁸ APA 2000, p. 679-683.

⁴⁷⁹ *People v. Fields*, 35 Cal. 3d 329 (1983), 369. Zie ook Lashbrook 2003, p. 1599-1602; Witkin & Epstein 2012, p. 451-453.

⁴⁸⁰ Zie paragraaf 9.2 en 9.3.2.

⁴⁸¹ Zie ook Lashbrook 2003, p. 1601-1605; Witkin & Epstein 2012, p. 451, 452.

⁴⁸² Zie ook Bonnie e.a. 2004, p. 596-598; LaFave 2010, p. 508.

⁴⁸³ *People v. Kelly*, 10 Cal. 3d 565 (1973), 576-577. Zie ook *People v. McCarthy*, 110 Cal. App. 3d 296 (1980), 299.

⁴⁸⁴ *People v. R. Skinner*, 185 Cal. App. 3d 1050 (1985), 1063.

als *insanity* alleen (*solely*) het gevolg is van een verslaving of misbruik van alcohol of drugs, *ongeacht* of sprake is van *settled insanity*. De verdachte zal nu ten minste bewijs aan moeten dragen dat zijn stoornis niet *uitsluitend* het gevolg is van gebruik van alcohol of drugs.⁴⁸⁵

6.3.4 Het criterium

6.3.4.1 “Knowing or understanding”

In de oorspronkelijke formulering van de *M'Naghten rules* is *insanity* pas aan de orde als de verdachte niet *besepte* (*know*) wat de aard van zijn handeling was of dat zijn gedrag *wrong* was. Kritiek op deze formulering van de *M'Naghten rules* was dat vrijwel alle verdachten met een psychische stoornis wel een oppervlakkig besef hebben van wat wel en niet toegelaten is en dat de *rules* te streng zijn door hen verantwoordelijk te houden. Een strenge uitleg van *know* zou ertoe leiden dat een ernstig gestoorde verdachte die direct na een delict kortweg met “ja” antwoordt op de vraag of hij beseft dat zijn gedraging *wrong* was, geen beroep op *insanity* zou kunnen doen.⁴⁸⁶ Deze verdachte *beseft* misschien dat hij gestraft zal worden, hij *begrijpt* (*understand*) niet noodzakelijk wat het betekent dat zijn gedrag *wrong* was. In de *MPC test* is deze kritiek op de *M'Naghten rules* verwerkt door niet van *know*, maar van *appreciate* te spreken. Het onderscheid tussen *know* en *understand* of *appreciate* zal in verband met de *MPC test* nader worden besproken.⁴⁸⁷

Vrijwel nooit worden de *M'Naghten rules* in Amerika zo streng uitgelegd dat *alleen* een oppervlakkig besef tot *insanity* leidt.⁴⁸⁸ Doorgaans wordt *know* niet nader gedefinieerd in de instructie aan de jury of wordt het begrip breed uitgelegd.⁴⁸⁹ Het laatste is het geval in Californië. In *People v. Wolff* oordeelt het Supreme Court ondubbelzinnig dat de verdachte niet alleen moet hebben beseft, maar ook moet hebben begrepen (*understand* of *appreciate*) wat de aard van zijn handeling was of dat zijn handeling *wrong* was.⁴⁹⁰ Daarmee

⁴⁸⁵ *People v. Robinson*, 72 Cal. App. 4th 421 (1999), 427; *People v. Cabonce*, 169 Cal. App. 4th 1421 (2009), 1433-1434.

⁴⁸⁶ Goldstein 1967, p. 49-50; LaFave 2010, p. 404-405; Royal Commission 1953, p. 103.

⁴⁸⁷ Zie paragraaf 9.2 en 9.3.3.2.

⁴⁸⁸ Een beperkte uitleg lijkt te zijn: *State v. Everett*, 110 Ariz. 429, 433. Williams (1961, p. 491-492) is sceptisch over de mogelijkheid om de vraag te beantwoorden of de verdachte een dieper inzicht in zijn gedraging had: ‘This is metaphysical rather than scientific language, and it may be permissible to doubt whether any citizen, sane or not, can be credited with the transcendental insight of the mystic.’ Zie ook Livermore & Meehl 1967, p. 808.

⁴⁸⁹ Goldstein 1967, p. 49-50; LaFave 2010, p. 404-405.

⁴⁹⁰ *People v. Wolff*, 61 Cal. 2d 795 (1964), 800-801. Zie ook *People v. Drew*, 22 Cal. 3d 333 (1979), 343.

staat het hof de ruime interpretatie van *know* in de *M’Naghten rules* voor.⁴⁹¹ Deze interpretatie is gecodificeerd in artikel 25 lid b CPC.⁴⁹²

6.3.4.2 “The nature and quality of his or her act”

Het eerste subcriterium van de *M’Naghten rules* heeft betrekking op vraag of de verdachte beseft had van de aard van zijn handeling (*nature and quality of the act*). Het enigszins gezochte standaardvoorbeeld in de Anglo-Amerikaanse literatuur van iemand die geen beseft heeft van de aard van zijn handeling is degene die zijn vrouw wurgt, terwijl hij in de waan verkeert dat hij een citroen uitperst.⁴⁹³ Volgens deze uitleg moet de verdachte in het geheel niet hebben beseft wat hij aan het doen was en wat de gevolgen van zijn gedraging waren. Volgens LaFave gaat het bij dit subcriterium echter om de vraag of iemand de fysieke aard en gevolgen van zijn handeling beseftte, bijvoorbeeld dat het onder water duwen van iemands hoofd tot verdrinking kan leiden.⁴⁹⁴ Dit is een ruimere interpretatie die niet vereist dat *ieder* inzicht ontbreekt. In de Californische jurisprudentie speelt dit subcriterium geen rol van belang. Een *black out* – waarbij de verdachte zonder enig bewustzijn een strafbaar feit pleegt – is een omstandigheid die volgens een oudere uitspraak van het Court of Appeal tot de conclusie kan leiden dat aan het eerste subcriterium is voldaan.⁴⁹⁵ Het eerste subcriterium van de *M’Naghten rules* is verwant aan het eerste subcriterium dat Van Hamel noemt, de geschiktheid om de feitelijke strekking van gedragingen te begrijpen.⁴⁹⁶

De betekenis van het eerste subcriterium van de *M’Naghten rules* lijkt in Californië in eerste instantie beperkt te zijn, omdat degene die geen beseft heeft van de feitelijke strekking van de door hem verrichte gedraging meestal niet met de vereiste *mens rea* handelt en daarom ongekwalificeerd moet worden vrijgesproken. Ook naar Nederlands recht wordt de verdachte die

⁴⁹¹ Zie ook Lashbrook 2003, p. 1608; Schaffer 1979, p. 714-715.

⁴⁹² Zowel in artikel 25 lid b CPC als in de jurisprudentie van het Californische Supreme Court van vóór de invoering van de *MPC test* wordt ten aanzien van het tweede subcriterium niet van *knowing* en *understanding*, maar van *distinguishing right from wrong* gesproken. Het Supreme Court plaatst *distinguishing right from wrong* op één lijn met *knowing* en *understanding*. (*People v. Wolff*, 61 Cal. 2d 795 (1964), 801.)

⁴⁹³ ALI 1985, art. 4.01 MPC, p. 166. Morse & Hoffman 2007, p. 1088 (voetnoot 76): ‘This example is silly because mental disorder does not work this way; it does not produce such beliefs. Nevertheless, the virtue of the example is that it is clear.’ De herkomst van dit veelgebruikte voorbeeld is onduidelijk. Walker (1968, p. 115) schrijft het toe aan Stephen. Bij Stephen is het voorbeeld niet aangetroffen. Bij hem (Stephen 1883, p. 149) is wel dit vergelijkbare voorbeeld te vinden: ‘A. kills B. under an insane illusion that he is breaking a jar.’

⁴⁹⁴ LaFave 2010, p. 405. Zie ook Williams 1961, p. 477-482.

⁴⁹⁵ *People v. Richardson*, 192 Cal. App. 2d 166 (1961), 172-173.

⁴⁹⁶ Zie paragraaf 2.4.2.

geen enkel inzicht heeft in de draagwijdte van zijn gedraging en de mogelijke gevolgen ervan vrijgesproken als opzet ten laste is gelegd.⁴⁹⁷ In *People v. Scott* wordt een verdachte die aan een waanvoorstelling leidt vrijgesproken vanwege ontbreken van *mens rea*. De verdachte verkeerde in de waan dat hij een geheim agent was die zijn eigen leven en dat van de president moest redden. Daarom dacht hij bevoegd te zijn auto's zonder toestemming van de eigenaar te vorderen. Deze feitelijke dwaling (*mistake of fact*) leidt tot vrijspraak wegens ontbreken van *criminal intent*.⁴⁹⁸

Het eerste subcriterium is op het tweede gezicht niet geheel zonder betekenis. In sommige Amerikaanse jurisdicties – waaronder Californië – is gedragswetenschappelijk bewijs niet toegelaten om de *mens rea* van de verdachte te betwisten. Californië kent voor zaken waarin een beroep wordt gedaan op *insanity* een tweefasenproces (*bifurcated trial*, artikel 1026 lid a CPC). Het proces bestaat uit een *guilt phase* en – als de verdachte zich beroept op *insanity* – een *sanity phase*. In de *guilt phase* wordt vastgesteld of het feit (*actus reus* en *mens rea*) kan worden bewezen, in de *sanity phase* of het beroep op *insanity* opgaat. Het is slechts in de *sanity phase* toegestaan om bewijs te introduceren dat er uitsluitend toe strekt om een beroep op *insanity* te onderbouwen.⁴⁹⁹ Het *bifurcated trial* werd ingevoerd om te voorkomen dat de jury zich bij het oordeel over de vraag of *mens rea* bewezen kan worden, ten onrechte laat beïnvloeden door bewijs dat de geestelijke gezondheid van de verdachte in twijfel trekt.⁵⁰⁰ Dergelijk bewijs mocht aanvankelijk echter wel worden geïntroduceerd in het kader van een bewijsverweer ten aanzien van *mens rea*.⁵⁰¹ Het huidige artikel 25 lid a CPC gaat verder door te bepalen dat bewijs dat de verdachte aan een psychische stoornis lijdt evenmin toelaatbaar is om *mens rea* te betwisten.⁵⁰² De verdachte kan daardoor in het kader van een bewijsverweer niet goed bestrijden dat hij niet de voor het delict vereiste *mens rea* had als gevolg van een stoornis. Door deze bewijsrechtelijke regel wordt de mogelijkheid tot ongekwalificeerde vrijspraak van een psychisch gestoorde verdachte aanzienlijk beperkt. In het Nederlandse strafrecht zou het betekenen dat de verdachte niet kan betwisten dat hij opzettelijk handelde op grond van bijvoorbeeld een rapportage *pro justitia* waaruit blijkt dat hij

⁴⁹⁷ HR 22 juli 1963, NJ 1968, 217 m.nt. Enschedé; HR 9 juni 1981, NJ 1983, 412 m.nt. Van Veen, r.o. 6. Zie ook paragraaf 13.5.

⁴⁹⁸ *People v. Scott*, 146 Cal. App. 3d 823 (1983), 832-833. In *People v. Raszler* (169 Cal. App. 3d 1160 (1985)) en *People v. Gutierrez* (180 Cal. App. 3d 1076 (1986)) is de aard van de waanvoorstelling niet dusdanig dat *criminal intent* niet bewezen kan worden.

⁴⁹⁹ *People v. Wells*, 33 Cal. 2d 330 (1949), 345-346; *People v. Villareal*, 167 Cal. App. 3d 450 (1985), 455.

⁵⁰⁰ Louisell & Hazard 1961, p. 806-812.

⁵⁰¹ *People v. Wetmore*, 22 Cal. 3d 318 (1978), 320.

⁵⁰² Uitsluiten van *mental disease evidence* van de beoordeling van *mens rea* is niet in strijd met de federale constitutie. (*Clark v. Arizona*, 548 U.S. 735 (2006), 756-799.) Zie ook Morse & Hoffman 2007, p. 1114.

aan een stoornis leed. Het eerste subcriterium van de *M’Naghten rules* biedt in Californië een ontsnappingsmogelijkheid aan de verdachte die slechts op grond van bewijs dat hij aan een stoornis lijdt aannemelijk kan maken dat hij geen *mens rea* had. Een ongekwalificeerde vrijspraak behoort dan echter niet meer tot de mogelijkheden. Op de voet van artikel 1026 lid a CPC kan de verdachte die op grond van *insanity* wordt vrijgesproken, gedwongen worden opgenomen.⁵⁰³

Het eerste subcriterium is echter óók in het Californische tweefasenproces strikt genomen overbodig. Als namelijk voldaan is aan het eerste subcriterium, is tevens aan het tweede subcriterium voldaan. De verdachte die de aard van zijn handeling niet begrijpt, begrijpt immers per definitie niet dat zijn handeling *wrong* was.⁵⁰⁴ In *People v. J. Skinner* erkent het Californische Supreme Court dit.⁵⁰⁵ Ook het federale Supreme Court heeft het met zoveel woorden overwogen.⁵⁰⁶ Zes M’Naghten-jurisdicties hanteren alleen het tweede subcriterium van de *M’Naghten rules*.⁵⁰⁷ Voor de materiële reikwijdte van de *rules* lijkt dat geen verschil te maken.

6.3.4.3 “Distinguishing right from wrong”

Het tweede subcriterium van de *M’Naghten rules* vormt de kern van de *rules*. Ook hier draait het om het besef of het begrip van de verdachte, maar nu om de vraag in hoeverre hij beseft of begreep dat het feit *wrong* was. In termen van de Californische formulering van de *M’Naghten rules*: of hij *right* van *wrong* kon onderscheiden. In sommige Amerikaanse jurisdicties – en in Engeland – wordt *wrong* begrepen als *legally wrong* (wederrechtelijk).⁵⁰⁸ In

⁵⁰³ In de Engelse literatuur wordt de ratio achter het eerste subcriterium van de *M’Naghten rules* gezocht in de onwenselijkheid van een ongekwalificeerde vrijspraak van een verdachte met een psychische stoornis. (Ashworth 2009, p. 143; Williams 1961, p. 482.)

⁵⁰⁴ Goldstein 1967, p. 50-51; LaFave 2010, p. 406. Anders: *State v. Esser*, 16 Wis. 2d 567 (1962), 598.

⁵⁰⁵ *People v. J. Skinner*, 39 Cal. 3d 765 (1985), 777-778. ‘It is true that a person who is unaware of the nature and quality of his act by definition cannot know that the act is wrong. In this circumstance the “nature and quality” prong subsumes the “right and wrong” prong.’

⁵⁰⁶ *Clark v. Arizona*, 548 U.S. 735 (2006), 737.

⁵⁰⁷ Zie bijvoorbeeld artikel 13.502 Arizona Revised Statutes. Een vreemde eend in de bijt is Alaska. Als enige staat erkent Alaska (artikel 12.47.010 Alaska Statutes) slechts het eerste subcriterium van de *M’Naghten rules*. *De facto* lijkt die benadering daardoor samen te vallen met de *mens rea*-benadering van *insanity*. (Zie paragraaf 10.2.)

⁵⁰⁸ *State v. Boan*, 235 Kan. 800 (1984), 813-814. Zie voor Engeland: *R. v. Johnson*, EWCA Crim. 1978 (2007). Zie ook Ashworth 2009, p. 143-144. Tindal, de *chief justice* van het Central Criminal Court, heeft in de meerderheidsopinie dubbelzinnige bewoordingen gekozen. Enerzijds merkt hij op: ‘[...] if he [the party accused, JB] knew, [...], that he was acting contrary to law [cursivering JB] [...].’, anderzijds: ‘If the

andere jurisdicties wordt *wrong* niet gedefinieerd, waardoor de interpretatie aan de jury is overgelaten.⁵⁰⁹ Het Californische Supreme Court interpreteert *wrong* breed als *criminal* of *unlawful* (wederrechtelijk) én als *morally wrong* (moreel onjuist).⁵¹⁰ De verdachte die begrijpt dat hij wederrechtelijk handelt, maar onder invloed van een waanvoorstelling in de veronderstelling verkeert dat zijn handeling moreel juist is, kan zich óók met succes op *insanity* beroepen.

Het tweede subcriterium van de *M'Naghten rules* vertoont verwantschap met het in verschillende versies van het ORO-criterium opgenomen subcriterium waarin het besef van de verdachte van het ongeoorloofd van zijn handeling centraal staat. Ook in de Nederlandse literatuur bestaan verschillende interpretaties van “ongoorloofd”. Van Hamel en Van Eck verdedigen dat het inzicht van de verdachte in wat maatschappelijk of moreel goorloofd is beslissend moet zijn. Zevenbergen en Simons beperken het tot inzicht in de onrechtmatigheid.⁵¹¹ Volgens Zevenbergen kan van de verdachte niet gevergd worden inzicht te hebben in wat “maatschappelijk ongeoorloofd” is. “Ongoorloofd” in het ORO-criterium moet daarom volgens hem geïnterpreteerd worden als “onrechtmatig”.

In *People v. J. Skinner* oordeelt het Californische Supreme Court over de vraag of Skinner zich op *insanity* kan beroepen terzake van de onder invloed van een waanvoorstelling gepleegde moord op zijn vrouw. Die waanvoorstelling hield in dat de huwelijksgelofte *till death do us part* betekent dat de partners het recht hebben de ander ongestraft van het leven te beroven als deze de gelofte schendt. Skinner weet ten tijde van het delict dat hij zijn vrouw wurgt. Hij is zich dus bewust geweest van de *nature and quality* van zijn daad. Daardoor rijst de vraag of sprake is van *insanity* op grond van het tweede subcriterium. Omdat Skinner op grond van zijn waanvoorstelling gelooft dat de moord gerechtvaardigd is omdat de huwelijksgelofte door God gesanctioneerd is, kan hij niet inzien dat de moord *legal* én *moral wrong* is. Het beroep op *insanity* gaat daarom op.⁵¹²

In *People v. Stress* geeft het Court of Appeal een nadere uitleg aan *moral wrong*. Stress verkeert jarenlang onder invloed van de waanvoorstelling dat onder meer de overheid tegen hem samenspannt. Als laatste toevlucht doodt hij zijn vrouw, zodat hij in de daaropvolgende strafzaak deze misstand aan de kaak kan stellen. Het is evident dat Stress weet dat zijn handeling in strijd met de wet is. Uitlokken van een strafzaak wegens moord is immers de reden om zijn vrouw van het leven te beroven. Het *trial court* verwerpt het beroep

accused was conscious that the act was one which he *ought* not to do, and if that act was *at the same time contrary to the law of the land* [cursivering JB], he is punishable [...]’ (*R. v. M’Naughton*, 4 St. Tr. (N.S.) 847 (1843), p. 930-931.)

⁵⁰⁹ Goldstein 1967, p. 51-53; LaFave 2010, p. 406.

⁵¹⁰ *People v. J. Skinner*, 39 Cal. 3d 765 (1985). Zie ook Lashbrook 2003, p. 1609-1613.

⁵¹¹ Zie paragraaf 2.4.2 en 2.4.6.

⁵¹² *People v. J. Skinner*, 39 Cal. 3d 765 (1985).

op *insanity* daarom. Het Court of Appeal oordeelt echter dat het *trial court* daardoor van een te beperkte uitleg van *wrong* als “wederrechtelijk” (*legal wrong*) is uitgegaan. Het verweer van de verdachte is dat zijn handeling moreel noodzakelijk was om het handelen van de overheid aan de kaak te kunnen stellen. Volgens de jurisprudentie van het Supreme Court kan dat een succesvol beroep op *insanity* opleveren. Het *trial court* had volgens het Court of Appeal moeten beoordelen of de morele normen waar de verdachte zich op beroept algemeen geaccepteerde morele standaarden zijn (*generally accepted standards of moral obligation*):

‘While the center of appellant’s motivation was to be charged with a serious crime and thus be provided a forum to espouse his ideas, he at one time stated that if aware of the facts of his crusade, no jury would convict him. We believe these facts can be interpreted as a belief by appellant that while his act was illegal, it did not violate generally accepted moral standards.’⁵¹³

Bepalend is niet de subjectieve beleving van de verdachte dat zijn handeling moreel juist was, maar een objectieve uitleg van *moral wrong* volgens algemeen aanvaarde morele standaarden.⁵¹⁴ Deze objectieve uitleg van het *moral wrong*-vereiste is verder uitgewerkt in *People v. Coddington*. Coddington pleegt seksueel misbruik en moord. Gedragsdeskundigen stellen onder andere vast dat hij aan de waanvoorstelling lijdt dat hij opdrachten van God krijgt, onder meer via verkeerslichten en nummers. Namens Coddington wordt aangevoerd dat hij mocht veronderstellen dat zijn handelingen moreel gerechtvaardigd waren, omdat hij dacht door God te worden bevolen. Ook stelt hij een eigen opvatting over ethiek te hebben. Het Supreme Court overweegt:

‘Religious beliefs are often the source of generally accepted moral standards, but a defendant need not show that he or she believed that Judeo-Christian standards of morality justified the criminal conduct. An insane delusion that the conduct was morally correct under some other set of moral precepts would satisfy this prong of the M’Naghten test of legal insanity. However, “[t]he fact that a defendant claims and believes that his acts are justifiable according to his own distorted standards does not compel a finding of legal insanity.” (*People v. Rittger* (1960) 54 Cal. 2d 720, 734 [7 Cal. Rptr. 901, 355 P.2d 645].)’⁵¹⁵

⁵¹³ *People v. Stress*, 205 Cal. App. 3d 1259 (1988), 1275.

⁵¹⁴ *People v. Stress*, 205 Cal. App. 3d 1259 (1988), 1274.

⁵¹⁵ *People v. Coddington*, 23 Cal. 4th 529 (2000), 608-609.

Vereist is dat de verdachte oprecht overtuigd is van algemeen geaccepteerde morele standaarden die hij ontleent aan een externe bron.⁵¹⁶ Dit besef van goed en kwaad – al dan niet ontleend aan religieuze opvattingen – moet dus overeenkomen met opvattingen over goed en kwaad die in de samenleving algemeen worden onderschreven. Daardoor wordt de uitleg van *moral wrong* in Californië in belangrijke mate bepaald door wat de jury – als vertegenwoordiging van de samenleving – onder goed en kwaad verstaat.⁵¹⁷ Deze objectieve uitleg is volgens het Supreme Court noodzakelijk, omdat een goed functionerende samenleving morele gedragsnormen moet kunnen stellen en naleving daarvan moet kunnen eisen.⁵¹⁸ Een verdachte mag niet zijn eigen, afwijkende opvattingen over goed en kwaad daarvoor in de plaats stellen.

In *People v. Severance* stelt de verdachte van enkele gewapende overvallen aan waanvoorstellingen te lijden. De duivel zou de controle over zijn lichaam overnemen, waardoor hij de overvallen heeft gepleegd. Als gevolg daarvan zou hij niet *right* van *wrong* hebben kunnen onderscheiden. Het Court of Appeal vat zijn *insanity*-verweer echter op als een beroep op een *irresistible impulse*, een *test* voor *insanity* die in Californië niet wordt erkend.⁵¹⁹ Het beroep op *insanity* is daarom volgens het Court of Appeal door de jury terecht afgewezen. Gevolg geven aan bevelshallucinaties waarin de duivel figureert, kan echter ook om een andere reden onder de *M'Naghten rules* in Californië geen *insanity* opleveren. Het valt moeilijk te betogen dat een verdachte mag geloven dat handelen naar bevelen van de duivel de handelingen naar algemeen geaccepteerde morele standaarden rechtvaardigt. Uit *People v. J. Skinner* en *People v. Coddington* lijkt echter te volgen dat bevelshallucinaties waarin God als opdrachtgever fungeert in sommige gevallen wél tot de conclusie kunnen leiden dat de verdachte niet begreep dat het feit *wrong* was, omdat een opdracht van God volgens althans een deel van de samenleving een handeling mogelijk moreel aanvaardbaar maakt. Als deze lezing juist is, dan volgt het Californische Supreme Court een interpretatie van de *M'Naghten rules* die verwant is aan de interpretatie van de *M'Naghten rules* die in de Amerikaanse literatuur bekend staat als de *deific decree doctrine*.⁵²⁰ De bekende rechter Cardozo verdedigt de *deific decree doctrine* in de door hem geschreven meerderheidsopinie in *People v. Schmidt*: 'If, however, there is an insane delusion that God has appeared to the defendant and ordained the commission of a crime, we think it cannot be said of the offender that

⁵¹⁶ *People v. Coddington*, 23 Cal. 4th 529 (2000), 608.

⁵¹⁷ Aldus ook Lashbrook 2003, p. 1612-1613.

⁵¹⁸ *People v. Rittger*, 54 Cal. 2d 720 (1960), 734.

⁵¹⁹ *People v. Severance*, 138 Cal. App. 4th 305 (2006), 324: 'In the words of Flip Wilson playing Geraldine, "the Devil made him do it." In essence, defendant's claim of insanity was a claim he acted under an "irresistible impulse."' Vgl. *People v. Blakely*, 230 Cal. App. 4th, 771 (2014).

⁵²⁰ Zie ook Lashbrook 2003, p. 1611-1612

he knows the act to be wrong.’⁵²¹ In *People v. J. Skinner* citeert het Supreme Court met instemming uit de opinie van Cardozo.⁵²²

In de Amerikaanse literatuur wordt opgemerkt dat vermoedelijk weinig verschil bestaat tussen de interpretatie van *wrong* als *illegal* of als *moral wrong*, omdat het in het kader van de *insanity defense* doorgaans om zulke ernstige feiten gaat dat de feiten zowel wederrechtelijk zullen zijn als in strijd met de heersende morele opvattingen.⁵²³ De Californische jurisprudentie laat zien dat wel degelijk verschillende uitkomsten mogelijk zijn. Onder een strengere uitleg van *wrong* als *illegal*, zou Stress bijvoorbeeld niet voor *insanity* in aanmerking zijn gekomen.

In *People v. Leeds* beroept de verdachte zich op *insanity*, omdat hij door een stoornis niet in staat was in te zien dat het doden van vier personen wederrechtelijk (*illegal*) was. Hij stelt onder invloed van een waanvoorstelling ten tijde van de delicten in de overtuiging te hebben verkeerd dat hij zich moest verdedigen tegen de slachtoffers, omdat zij het op zijn leven zouden hebben gemunt. De jury acht Leeds schuldig en hij wordt veroordeeld tot – onder andere – vier maal levenslange gevangenisstraf (*life without parole*). Het *trial court* had de jury geïnstrueerd te beoordelen of de overtuiging van Leeds dat hij zichzelf moest verdedigen redelijk (*reasonable*) was. Onder verwijzing naar de hiervóór aangehaalde passage uit de *M’Naghten rules*,⁵²⁴ stelt het Court of Appeal dat inderdaad beoordeeld moet worden of Leeds op basis van de feiten zoals die door hem werden ervaren mocht aannemen of hij uit noodweer (*self-defense*) handelde. In dat geval bestaat de mogelijkheid dat hij geen begrip had van de *wrongfulness* van zijn handelen. De instructie van het *trial court* is echter onjuist, volgens het Court of Appeal. De voorwaarden voor een beroep op (putatieve) noodweer mogen volgens het hof niet onverkort op Leeds worden toegepast:

‘The unqualified emphasis on reasonableness in the context of an insanity defense allowed the jury to conclude that Leeds’s beliefs, based on his hallucinations and delusions, were objectively unreasonable and did not allow him to assert he was acting in self-defense.

Accordingly, the jury here should have been instructed on self-defense modified in the context of insanity: Leeds was legally insane if, because of a mental disease or defect that he had when he committed the crimes, he actually believed that he was in imminent danger of being killed or suffering great bodily injury and that the immediate use of deadly force was necessary to defend against the danger.’⁵²⁵

⁵²¹ *People v. Schmidt*, 216 N.Y. 324 (1915), 340. Zie ook Williams 1961, p. 502-503.

⁵²² *People v. J. Skinner*, 39 Cal. 3d 765 (1985), 783-784.

⁵²³ Goldstein 1967, p. 52-53; LaFave 2010, p. 407.

⁵²⁴ Zie paragraaf 6.2.2.2.

⁵²⁵ *People v. Leeds*, 240 Cal. App. 4th 822 (2015), 832.

Een beroep op *insanity* kan niet worden verworpen op grond van het feit dat de overtuigingen van de verdachte in het licht van de objectieve feiten onredelijk zijn. Waanvoorstellingen zijn immers per definitie in objectieve zin onredelijke overtuigingen.⁵²⁶ In het geval van een beroep op *insanity* zijn uitsluitend de subjectieve waarnemingen van de verdachte van belang. Als deze overtuigingen verhinderen dat de verdachte de *wrongfulness* van het feit inziet, dan moet een vrijspraak op grond van *insanity* volgen. Slechts ten aanzien van één van de slachtoffers neemt het Court of Appeal aan dat Leeds mogelijk in de overtuiging verkeerde dat sprake was van een onmiddellijk dreigende aanranding (*imminent lethal threat*) waartegen noodweer gerechtvaardigd was. Ten aanzien van dat ten laste gelegde feit wordt het vonnis vernietigd.⁵²⁷

6.3.4.4 Verwerping van het beroep op insanity

Hoewel de *M'Naghten rules* in Californië ruim worden uitgelegd, gelden in de Californische jurisprudentie enkele beperkingen die inherent zijn aan de *rules*. In de vorige paragraaf kwam in het kader van *People v. Severance* al aan de orde dat een *irresistible impulse* in Californië geen strafuitsluiting oplevert als de psychisch gestoorde verdachte in staat is *right* van *wrong* te onderscheiden. Het Supreme Court heeft in 1882 de *irresistible impulse test* verworpen op grond van het argument dat onweerstaanbare impulsen niet van niet-weerstanbare impulsen zijn te onderscheiden en dat juist het strafrecht dient te waarborgen dat burgers hun impulsen beheersen.⁵²⁸ In oudere rechtspraak oordeelt het hof dat *moral insanity* en seksuele afwijkingen niet binnen het bereik van de *M'Naghten rules* vallen, omdat deze verdachten besef hebben van de aard van hun gedraging.⁵²⁹ De verdachte met een XYY-syndroom kan zich niet op *insanity* beroepen, omdat – onder meer – niet is aangetoond dat aan het criterium is voldaan.⁵³⁰

⁵²⁶ *People v. Jefferson*, 119 Cal. App. 4th 508 (2004), 519.

⁵²⁷ *People v. Leeds*, 240 Cal. App. 4th 822 (2015), 829-833.

⁵²⁸ *People v. Hoin*, 62 Cal. 120 (1882). Zie ook *People v. Hubert*, 19 Cal. 216 (1897), 222-223; *People v. Nash*, 52 Cal. 2d 36 (1959), 45-46; *People v. Wolff*, 61 Cal. 2d 795 (1964), 814-815; *People v. Severance*, 138 Cal. App. 4th 305 (2006), 324. Zie ook Witkin & Epstein 2012, p. 450. Zie hoofdstuk zes over de *irresistible impulse test*.

⁵²⁹ *People v. Kerrigan*, 73 Cal. 222 (1887), 224: '[...] if she [defendant, JB] had the capacity thus to appreciate the character and comprehend the consequences of her act, she is responsible to the law for the act thus committed, and must be judged accordingly, regardless of any perversion of the moral senses, however great; [...]' Zie ook *People v. McDonough*, 198 Cal. App. 2d 84 (1961), 91.

⁵³⁰ *People v. Tanner*, 13 Cal. App. 3d 596 (1970), 600-601. Het XYY-syndroom houdt in dat een man een tweede Y-chromosoom heeft. Het syndroom is in het verleden in verband gebracht met een verhoogd risico op gewelddadigheid. (Appelbaum 2005, p. 25.)

De vergelijkbaarheid van de *M’Naghten rules* met het ORO-criterium houdt hier op. Het ORO-criterium bevat (in verschillende formuleringen) het subcriterium dat de verdachte buiten staat is ten aanzien van het feit zijn wil te bepalen.⁵³¹ Omdat de *M’Naghten rules* alleen een grondslag voor *insanity* bieden voor stoornissen die het besef (*know*) of begrip (*understand*) van de verdachte aantasten, vallen stoornissen die betrekking hebben op de wil van de verdachte buiten de *insanity defense* in M’Naghten-jurisdicties. Het criterium van Van Eck komt meer overeen met de *M’Naghten rules*, omdat zijn criterium voor ontoerekenbaarheid geen subcriterium bevat dat naar de wil van de verdachte verwijst. Van Ecks cognitieve criterium wijkt echter af van de *M’Naghten rules* voor zover hij voor toerekening inzicht van de verdachte in de betrekkelijke waarde van het feit als voorwaarde stelt, een subcriterium dat niet in de *M’Naghten rules* voorkomt.⁵³²

⁵³¹ Zie paragraaf 2.4.2.

⁵³² Zie paragraaf 2.4.6.

Hoofdstuk 7

De *irresistible impulse test*

7.1 Inleiding

Nadat de rechters van het Central Criminal Court de *M’Naghten rules* hebben geconcipieerd, wordt onder invloed van het werk van de Engelse psychiater Prichard gepleit voor aanvulling van de *M’Naghten rules* met een *irresistible impulse test*. Deze ontwikkeling wordt eerst beschreven. Daarna wordt onderzocht hoe de *irresistible impulse test* in de jurisprudentie van Virginia wordt toegepast.

7.2 Uitbreiding van de *M’Naghten rules* met de *irresistible impulse test*

De *M’Naghten rules* zijn nog steeds de enige *test* voor *insanity* in Engeland en Wales.⁵³³ In de Verenigde Staten – waar in de eerste helft van de negentiende eeuw meestal de *right-wrong test* wordt toegepast⁵³⁴ – worden de *rules* in de meeste jurisdicties snel overgenomen.⁵³⁵ Kort na de receptie van de *rules* in de Verenigde Staten ontstaat door de ontwikkeling van de psychiatrie kritiek op de als te streng ervaren *rules*. Die kritiek leidt tot twee uitbreidingen van de voor *insanity* geldende *tests*. Eén van die uitbreidingen is de aanvulling van de *M’Naghten rules* met een *irresistible impulse test*. De tweede verruiming is de ontwikkeling van de *product test* als alternatief voor de *M’Naghten rules*. De *product test* wordt in hoofdstuk acht besproken.

In de strafzaak tegen M’Naghten betoogt zijn raadsman dat de traditionele *common law*-benadering van *insanity* als aantasting van het besef (*know*) van de verdachte te beperkt is, omdat psychische stoornissen niet alleen de cognitieve capaciteiten van een verdachte kunnen aantasten. De moderne gedragswetenschap leert dat ook aandoeningen bestaan die de *moral functions* – zoals emoties, affecten, neigingen en passies – van de verdachte dusdanig aantasten dat de verdachte onder invloed van een impuls handelt die hij niet kan controleren. Die verdachte zou ook een beroep op *insanity* moeten toekomen. De rechters van het Central Criminal Court bevestigen door middel van hun antwoorden aan het House of Lords echter dat het geldende recht slechts beperking van de cognitieve capaciteiten

⁵³³ Ashworth 2009, p. 141-144.

⁵³⁴ Platt & Diamond 1966, p. 1247-1258.

⁵³⁵ Bonnie e.a. 2004, p. 537. Al in 1844 wordt in de Amerikaanse rechtspraak (*Commonwealth v. Rogers*, 48 Mass. 500 (1844), 501-502) naar de *rules* verwezen.

zoals geformuleerd in het criterium van de *M'Naghten rules* als grond voor strafuitsluiting erkent. Een beroep op een *irresistible impulse* leidt niet tot *insanity* onder de *M'Naghten rules*.

Moral insanity wordt voor het eerst beschreven door de psychiater Prichard.⁵³⁶ In 1835 definieert hij *moral insanity* als volgt:

‘[...] there is a form of insanity, existing independently of any lesion of the intellectual powers, in which, connected in some instances with evident constitutional disorder, in others with affections of the nervous system excited according to well-known laws of the animal economy, a sudden and often irresistible impulse is experienced to commit acts which under a sane condition of mind would be accounted atrocious crimes.’⁵³⁷

In *On the different forms of insanity in relation to jurisprudence* uit 1842 hanteert Prichard een iets andere classificatie. Hij onderscheidt nog steeds *moral insanity*, een stoornis die de *feelings and affections* aantast en onder meer gekenmerkt wordt door excentriciteit en stemmingswisselingen.⁵³⁸ De *irresistible impulse*, die in 1835 nog onderdeel was van Prichards definitie van *moral insanity*, is nu in een afzonderlijke categorie stoornissen opgenomen, *insane impulse of instinctive madness*:

‘In this disorder, the will is occasionally under the influence of an impulse, which suddenly drives the person affected to the perpetration of acts of the most revolting kind, to the commission of which he has no motive. The impulse is accompanied by consciousness; but it is in some instances irresistible; [...].’⁵³⁹

Instinctive madness is volgens Prichard bij nader inzien geen vorm van *moral insanity*. Het is een stoornis van de wil (*will of voluntary powers*) van de

⁵³⁶ Zie over Prichards concept van *moral insanity*: Augstein 1996. *Moral insanity* is verwant aan het door Esquirol ontwikkelde begrip monomanie. (Prichard 1835, p. 53. Zie ook Augstein 1996, p. 314.)

⁵³⁷ Prichard 1835, p. 53.

⁵³⁸ Prichard 1842, p. 19: ‘I have termed it Moral Insanity, using that expression in a negative sense. I mean to denote by it, a disorder which affects only the feelings and affections, or what are termed the moral powers of the mind, in contradistinction to the powers of the understanding or intellect.’ Zie ook Prichard 1842, p. 30-67. *Moral insanity* moet dus niet worden begrepen als een stoornis van het vermogen tot moreel redeneren in enge zin. In Nederland wordt *insania moralis* vanaf de tweede helft van de negentiende eeuw wél opgevat als een aandoening waarbij de dader lijdt aan ethische defecten. (Van der Wolf 2012, p. 358-361.)

⁵³⁹ Prichard 1842, p. 87.

verdachte en niet zozeer een stoornis van het gevoelsleven (*affections*).⁵⁴⁰ Van *instinctive madness* is bijvoorbeeld sprake bij verdachten met een plotselinge en soms onweerstaanbare neiging tot moorden (*homicidal madness*), brandstichten (*pyromania*) of diefstal (*cleptomania*). Prichard merkt op dat verdachten die onder invloed van een *insane impulse* handelen gevaarlijk zijn. Hij vindt het gerechtvaardigd hen uit zelfbescherming en bescherming van de maatschappij uit de samenleving verwijderd te houden. Hij acht zich echter niet in de positie om te beoordelen of straf wel of niet toegelaten is. Wel wijst hij erop dat het moeilijk kan zijn een onweerstaanbare impuls te onderscheiden van een krachtige, maar weerstaanbare neiging.⁵⁴¹

Stephen is één van de eerste gezaghebbende Angelsaksische juristen die – onder meer onder invloed van het werk van Prichard – ervoor pleiten verdachten die onder invloed van een onweerstaanbare impuls handelen van straf uit te sluiten wegens *insanity*:

‘[...] if it is not, it ought to be the law of England that no act is a crime if the person who does it is at the time when it is done prevented either by defective mental power or by any disease affecting his mind from controlling his own conduct [...].’⁵⁴²

In de *common law*-rechtspraak heeft altijd terughoudendheid bestaan om strafuitsluiting toe te kennen aan verdachten die lijden aan *instinctive madness*. In Engeland en Wales is een *irresistible impulse* nooit grond voor strafuitsluiting geweest. Die terughoudendheid heeft vooral te maken met de angst dat de generaal-preventieve werking van het strafrecht wordt aangetast als verdachten die hun impulsen niet kunnen beheersen vrijuit gaan. De Canadese rechter Riddell heeft dit wantrouwen scherp verwoord:

‘The law says to men who say they are afflicted with irresistible impulses: “If you cannot resist an impulse in any other way, we will hang a rope in front of your eyes, and perhaps that will help.” No man has a right under our law to come before a jury and say to them, “I did commit that act, but I did it under an uncontrollable impulse,” leave it at that and then say, “now acquit me.”’⁵⁴³

In de Verenigde Staten vindt het betoog van Stephen wel gehoor. In *Parsons v. State* stelt het Supreme Court van Alabama voorop dat voor strafrechtelijke aansprakelijkheid aan twee voorwaarden moet zijn voldaan. De verdachte

⁵⁴⁰ Prichard 1842, p. 93.

⁵⁴¹ Prichard 1842, p. 177-178.

⁵⁴² Stephen 1883, p. 168. Zie ook Walker 1968, p. 104-108.

⁵⁴³ *King v. Creighton*, (1908) O.J. No. 782, 14 C.C.C. 349. Zie ook LaFave 2010, p. 411-414.

moet over een cognitief vermogen tot rationeel redeneren beschikken (*capacity of intellectual discrimination*) en hij moet uit vrije wil handelen (*freedom of will*). Het gebrek van de *M’Naghten rules* is dat deze eenzijdig de nadruk op de cognitieve component leggen en per definitie uitsluiten dat een stoornis de wil van de verdachte kan aantasten. Of de laatste categorie stoornissen bestaat, is echter volgens het Supreme Court een empirische vraag die niet door rechters, maar door de wetenschap moet worden beantwoord. Als de psychiatrie tot de conclusie komt dat stoornissen bestaan die ertoe leiden dat een verdachte geen controle heeft gehad over zijn handelen, dan moet geconcludeerd worden dat in dat geval aan de tweede component van strafrechtelijke aansprakelijkheid niet is voldaan. De verdachte die als gevolg van *instinctive madness* zijn handelingen niet kan controleren – ‘[...] the overmastering of defendant’s will in consequence of the insane delusion under the influence of which he acts [...]’ – moet daarom van straf worden uitgesloten. Aan de *M’Naghten rules* voegt het Supreme Court om die reden een *irresistible impulse test* toe, die uit twee voorwaarden bestaat:

‘(1) If, by reason of the duress of such mental disease, he had so far lost the *power to choose* between the right and wrong, and to avoid doing the act in question; as that his free agency was at the time destroyed; (2) and if, at the same time, the alleged crime was so connected with such mental disease, in the relation of cause and effect, as to have been the product of it *solely*.’⁵⁴⁴

7.3 De *irresistible impulse test* in Virginia

7.3.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt onderzocht hoe de *irresistible impulse test* in Virginia wordt toegepast. De *irresistible impulse test* is in de tweede helft van de negentiende eeuw en in de eerste helft van de twintigste eeuw in een forse minderheid van de Amerikaanse jurisdicties in wetgeving of jurisprudentie erkend.⁵⁴⁵ In de tweede helft van de twintigste eeuw is dat aantal – mede onder invloed van de hervormingen van de *insanity defense* na de vrijspraak

⁵⁴⁴ *Parsons v. State*, 81. Ala. 577 (1887), 42. Aanvankelijk wordt de *irresistible impulse test* ook wel als herformulering van de *M’Naghten rules* gebruikt. *Commonwealth v. Rogers*, 48 Mass. 500 (1844), 502: ‘If then it is proved, [...] that the mind of the accused was in a diseased and unsound state, the question will be, whether the disease existed to so high a degree, that for the time being it overwhelmed the reason, conscience, and judgment, and whether the prisoner, in committing the homicide, acted from an irresistible and uncontrollable impulse [...]’ In *Parsons v. State* definieert een hooggerechtshof de *irresistible impulse test* voor het eerst als aanvulling op de *M’Naghten rules*. (Zie ook Bonnie e.a. 2004, p. 538.)

⁵⁴⁵ Keedy 1952, p. 976-985.

wegens *insanity* van John Hinckley van de aanslag op president Reagan⁵⁴⁶ – sterk gedaald. Tegenwoordig geldt de *irresistible impulse test* als aanvulling op de *M’Naghten rules* slechts in Georgia, New Mexico en Virginia. Virginia is de enige jurisdictie waar de *irresistible impulse test* strikt wordt uitgelegd, omdat vereist is dat sprake is van een impulsieve handeling. Meestal is de *irresistible impulse test* ruimer geïnterpreteerd en staat niet het impulsieve karakter van een handeling centraal, maar het ontbreken van controle over het al of niet begaan van het misdrijf.⁵⁴⁷ Een ruim geïnterpreteerde *irresistible impulse test* verschilt vermoedelijk weinig van het tweede subcriterium van de *MPC test*, waarin eveneens het ontbreken van de mogelijkheid gedrag te controleren grond voor *insanity* is.⁵⁴⁸ Voor het contrast met de *MPC test* is daarom gekozen voor Virginia als representant van de *irresistible impulse test*.

In 1871 neemt het Supreme Court van Virginia de *M’Naghten rules* aan als *test* voor *insanity*.⁵⁴⁹ Tien jaar later keurt hij een instructie aan de jury goed waarin *irresistible impulse* naast de *M’Naghten rules* als *test* voor *insanity* wordt genoemd.⁵⁵⁰ In 1952 oordeelt het hof expliciet dat de *irresistible impulse test* een aanvulling op de *M’Naghten rules* is, geen alternatief. Eerst moet beoordeeld worden of de verdachte de aard van zijn gedraging beseft en of hij beseft dat zijn gedraging *wrong* was. Als dat het geval is, moet beoordeeld worden of de verdachte als gevolg van een psychische stoornis door een onweerstaanbare impuls tot zijn daad werd gedreven.⁵⁵¹ In deze paragraaf worden de *M’Naghten rules* in Virginia buiten beschouwing gelaten en wordt slechts de *irresistible impulse test* besproken.

De juryinstructie voor de *irresistible impulse test* luidt in Virginia als volgt:

‘If you believe from the evidence that at the time [he/she] is alleged to have committed [description of alleged offense] the defendant, although able to understand the nature, character and consequences of the act charged against [him/her] and to perceive that it was wrong, nevertheless, if you are satisfied from the evidence that [he/she] was induced to commit the act by an impulse growing out of

⁵⁴⁶ Zie paragraaf 10.2.1.

⁵⁴⁷ Goldstein 1967, p. 70-75

⁵⁴⁸ Zie paragraaf 9.2 en 9.3.3.3.

⁵⁴⁹ *Boswell v. Commonwealth*, 61 Va. 860 (1871). Zie ook *Price v. Commonwealth*, 228 Va. 452 (1984); *White v. Commonwealth*, 272 Va. 619 (2006), 625-626. De *insanity defense* in Virginia is volledig in de rechtspraak ontwikkeld. De hedendaagse wetgeving op het terrein van het materiële strafrecht (Titel 18 Code of Virginia) heeft hoofdzakelijk betrekking op bijzondere delicten.

⁵⁵⁰ *Dejarnette v. Commonwealth*, 75 Va. 867 (1881), 877-878. Zie ook *Thurman v. Commonwealth*, 107 Va. 912 (1908), 916-917

⁵⁵¹ *Thompson v. Commonwealth*, 193 Va. 704 (1952), 718. Zie ook *Davis v. Commonwealth*, 214 Va. 681 (1974).

some mental disease affecting [his/her] volition, and that [he/she] was unable to resist an impulse to do the act because of such mental disease, then you shall find the defendant not guilty by reason of irresistible impulse and you shall so state in your verdict.”⁵⁵²

7.3.2 Het stoornisvereiste

In jurisdicties waarin alleen de *M’Naghten rules* gelden, speelt het stoornisvereiste doorgaans geen belangrijke rol als “drempelvoorwaarde” voor *insanity*. De wijze waarop het *M’Naghten*-criterium wordt toegepast impliceert al een zodanig ernstige verstoring van de realiteitszin van de verdachte dat het niet mogelijk lijkt gevallen te bedenken waarin aan het criterium is voldaan, maar geen sprake is van een psychische stoornis. In het geval van de *irresistible impulse test* ligt dat anders. Ieder mens ervaart meer of minder krachtige sentimenten, affecten of neigingen. Het strafrecht moet juist waarborgen dat die impulsen onder controle worden gehouden. Omdat het criterium van de *irresistible impulse test* dichterbij het psychisch functioneren van de “normale” mens ligt, wint het stoornisvereiste aan belang om onderscheid met de “normale” mens en “normale” impulsen te maken. De drempelfunctie (*threshold function*) van het stoornisvereiste wordt daardoor belangrijker.⁵⁵³

In *Thompson v. Commonwealth* citeert het Supreme Court van Virginia in dit verband instemmend uit *American Jurisprudence*:

“[...] It [irresistible impulse, JB] is to be distinguished from mere passion or overwhelming emotion not growing out of, and connected with, a disease of the mind. Frenzy arising solely from the passion of anger and jealousy, regardless of how furious, is not insanity.”⁵⁵⁴

Een “gewone” impuls tot handelen als gevolg van “normale” emoties zoals boosheid of jaloezie is onvoldoende voor een geslaagd beroep op *insanity*, de impuls moet veroorzaakt zijn door een psychische stoornis. De verdachte die geen enkel bewijs van een psychische stoornis aandraagt om zijn beroep op de *irresistible impulse test* te onderbouwen, heeft geen recht op een jury-

⁵⁵² Bacigal & Bacigal, in: *Virginia practice. Jury instructions*, par. 61.3 (online, laatst bijgewerkt september 2015).

⁵⁵³ Bonnie e.a. 2004, p. 577-580.

⁵⁵⁴ *Thompson v. Commonwealth*, 193 Va. 704 (1952), 717. Het hof citeert *Estrich* e.a. 1938, p. 793. Zie ook *Thurman v. Commonwealth*, 107 Va. 912 (1908), 916-917; *Bread v. Commonwealth*, 248 Va. 68 (1994), 83; *Herbin v. Commonwealth*, 28 Va. App. 173 (1998), 182. Zie ook *Parsons v. State*, 81 Ala. 577 (1887), 37.

instructie terzake.⁵⁵⁵ Hevige, maar niet-pathologische impulsen tot handelen vallen ook in Nederland buiten bereik van het stoornisvereiste.⁵⁵⁶

Intoxicatie valt ook in Virginia buiten het bereik van de *insanity defense* en wordt als afzonderlijke grond voor strafuitsluiting beoordeeld.⁵⁵⁷ Net als in Californië valt in Virginia *settled insanity* als gevolg van langdurig drank- of drugsgebruik wel binnen het bereik van het stoornisvereiste.⁵⁵⁸

7.3.3 “Irresistible impulse”

In *Dejarnette v. Commonwealth* omschrijft het Supreme Court van Virginia de *irresistible impulse* in termen die rechtstreeks ontleend lijken te zijn aan Prichard:

‘[...] a diseased state of the mind, the tendency of which is to break out in a sudden paroxysm of violence, venting itself in homicide or other dangerous and violent acts upon friend and foe indiscriminately.’⁵⁵⁹

Later, in *Thompson v. Commonwealth*, overweegt het Supreme Court dat de *irresistible impulse test* van toepassing is op de verdachte wiens cognitieve vermogens niet zodanig zijn aangetast dat de *M’Naghten rules* van toepassing zijn, maar wiens ‘[...] mind has become so impaired by disease that he is totally deprived of the mental power to control or restrain his act.’⁵⁶⁰ De belangrijkste eis die aan het verweer wordt gesteld is dat daadwerkelijk sprake moet zijn geweest van een *impulsieve* gedraging. *Impulse* impliceert volgens het Supreme Court een plotselinge (*sudden*), spontane (*spontaneous*) en ongeplande (*unpremeditated*) handeling.⁵⁶¹ Daarnaast moet vaststaan dat de verdachte besepte dat zijn gedraging *wrong* was.⁵⁶²

⁵⁵⁵ *Herbin v. Commonwealth*, 28 Va. App. 173 (1998), 183.

⁵⁵⁶ Zie paragraaf 1.3.2.

⁵⁵⁷ *Johnson v. Commonwealth*, 135 Va. 524 (1923). Vrijwillige intoxicatie is geen strafuitsluitingsgrond, maar kan soms leiden tot het ontbreken van *premeditation*, waardoor slechts *second degree murder* bewezen kan worden verklaard. (*Johnson v. Commonwealth*, 135 Va. 524 (1923); *Chittum v. Commonwealth*, 211 Va. 12, (1970), 18.) Ook “pathologische dronkenschap” is – mits vrijwillig – geen verweer. (*Downing v. Commonwealth*, 26 Va. App. 717 (1998), 722-723.)

⁵⁵⁸ *Downing v. Commonwealth*, 26 Va. App. 717 (1998), 722; *Morgan v. Commonwealth*, 50 Va. App. 120 (2007), 127-129.

⁵⁵⁹ *Dejarnette v. Commonwealth*, 75 Va. 867 (1881), 878.

⁵⁶⁰ *Thompson v. Commonwealth*, 193 Va. 704 (1952), 718. Zie ook *Christian v. Commonwealth*, 202 Va. 311 (1960), 315-316.

⁵⁶¹ *Rollins v. Commonwealth*, 207 Va. 575 (1960), 580.

⁵⁶² *Davis v. Commonwealth*, 214 Va. 681 (1974). Zie ook *Thompson v. Commonwealth*, 193 Va. 704 (1952), 718.

Bij de beoordeling of sprake was van een onweerstaanbare impuls, blijkt dat vooral het waarneembare gedrag van de verdachte voorafgaand aan, tijdens en na afloop van het strafbare feit van belang is. In *Thompson v. Commonwealth* stelt de aan diabetes lijdende verdachte bijvoorbeeld onder andere dat hij het slachtoffer heeft vermoord terwijl hij onder invloed van insuline was. De rechter heeft volgens het Supreme Court terecht een instructie aan de jury terzake van de *irresistible impulse test* achterwege gelaten:

‘The uncontradicted evidence for the Commonwealth, as heretofore stated, proved *an antecedent grudge, threats, plans and preparations* for the killing and defendant’s statement to the deceased that he brought him to the wooded area for the specific purpose of killing him. The two eyewitnesses to the killing were positive that defendant was *unexcited, calm, deliberate and in full possession of his mental powers* [cursiveringen JB]. Defendant’s only explanation of the Commonwealth’s testimony was simply “I don’t remember”.’⁵⁶³

De voorwaarde dat de gedraging niet van tevoren gepland mag zijn om een beroep op de *irresistible impulse test* te doen slagen, keert met enige regelmaat terug in de jurisprudentie en is opgenomen in de model-juryinstructie.⁵⁶⁴ Hebben van een motief en vertonen van “normaal” gedrag tijdens en kort na het feit, zijn ook in andere zaken aanwijzingen dat geen sprake is van een onweerstaanbare impuls. In *Christian v. Commonwealth* krijgt de verdachte ruzie met het slachtoffer, dat hem nog geld verschuldigd is. De verdachte haalt thuis een mes op en steekt het slachtoffer dood. In het politieverhoor kort na het feit, gedraagt de verdachte zich normaal en spreekt hij rationeel en coherent. Een aantal van de ingeschakelde gedragsdeskundigen verklaart dat de verdachte onder invloed van een onweerstaanbare impuls handelde. Het Supreme Court weigert echter te oordelen dat de jury in strijd met het recht het beroep op *insanity* heeft afgewezen.⁵⁶⁵

⁵⁶³ *Thompson v. Commonwealth*, 193 Va. 704 (1952), 718.

⁵⁶⁴ *Kitze v. Commonwealth*, 15 Va. App. 254 (1992), 261-263; *Bennet v. Commonwealth*, 29 Va. App. 261 (1999), 277-278; *Vann v. Commonwealth*, 35 Va. App. 304 (2001), 314. De juryinstructie luidt: ‘If you believe from the evidence that the act that the defendant is alleged to have committed was planned by [him/her] in advance, then such act cannot be said to be the product of an irresistible impulse, and in such a case the defendant cannot rely upon irresistible impulse as a defense.’ (Bacigal & Bacigal, in: *Virginia practice. Jury instructions*, par. 61.5 (online, laatst bijgewerkt september 2015).)

⁵⁶⁵ *Christian v. Commonwealth*, 202 Va. 311 (1960).

In *Vann v. Commonwealth* worden pogingen om drugs te verstoppem nadat de verdachte blijkt dat hij wordt geobserveerd door een agent als een contra-indicatie voor een onweerstaanbare impuls beschouwd.⁵⁶⁶ Vertonen van gecontroleerd gedrag voorafgaand aan, tijdens en na het feit is een factor van belang in *McLane v. Commonwealth* en *Godley v. Commonwealth*.⁵⁶⁷

Een opmerkelijke zaak is *Orndorff v. Commonwealth*. Orndorff zou aan een dissociatieve identiteitsstoornis lijden. Als een andere identiteit de controle over het handelen van Orndorff heeft “overgenomen”, is volgens de verdachte sprake van een onweerstaanbare impuls. Het Supreme Court is van oordeel dat in deze zaak het aangevoerde deskundigenbewijs onvoldoende is om een onweerstaanbare impuls aan te nemen. Niettemin sluit het hof niet uit dat een dissociatieve identiteitsstoornis onder omstandigheden kan leiden tot een geslaagd beroep op de *irresistible impulse test*.⁵⁶⁸

Uit het voorgaande valt af te leiden dat sprake moet zijn van onverwacht, niet uit “normale” motieven te verklaren, gedrag. Planning, een motief en gecontroleerd gedrag tijdens en na de uitvoering zijn allemaal contra-indicaties voor een onweerstaanbare impuls. In de jurisprudentie van het Supreme Court en het Court of Appeals van Virginia is geen voorbeeld te vinden van een verdachte die volgens de *test* in Virginia onder invloed van een onweerstaanbare impuls handelt en wordt vrijgesproken op grond van *insanity*.⁵⁶⁹ Het lijkt erop dat de *irresistible impulse test* in Virginia zo strikt wordt geïnterpreteerd dat eigenlijk alleen de door Prichard in de negentiende eeuw beschreven *insane impulse* eronder geschaard kan worden:

‘In this disorder, the will is occasionally under the influence of an *impulse*, which *suddenly* drives the person affected to the perpetration of acts of the most revolting kind, to the commission of which he has *no motive* [cursivering en JB]. The impulse is accompanied by consciousness but it is in some instances irresistible; [...]’⁵⁷⁰

Prichards omschrijving van *instinctive madness* – zoals kleptomanie – als een soms onweerstaanbare impuls tot handelen, strookt echter niet met de hedendaagse omschrijving van kleptomanie in de *DSM-5*. Kleptomanie wordt in de *DSM-5* niet omschreven als een impuls die de verdachte plotseling

⁵⁶⁶ *Vann v. Commonwealth*, 35 Va. App. 304 (2001), 314.

⁵⁶⁷ *McLane v. Commonwealth*, 202 Va. 197 (1960), 205-206; *Godley v. Commonwealth*, 2 Va. App. 249 (1968).

⁵⁶⁸ *Orndorff v. Commonwealth*, 279 Va. 597 (2010).

⁵⁶⁹ Dat wil niet zeggen dat niemand ooit op deze grond is vrijgesproken. Er bestaat geen zicht op de uitkomsten van zaken in eerste aanleg die de hogere rechters niet bereiken. In het bijzonder geldt dat voor vrijspraken. Daartegen staat immers geen hoger beroep open. (Zie paragraaf 5.3.)

⁵⁷⁰ Prichard 1842, p. 87.

en onverwacht vanuit het niets tot zijn daad drijft, maar als een impuls tot stelen die de verdachte enige tijd probeert te onderdrukken en die leidt tot een gevoel van oplopende spanning onder invloed waarvan uiteindelijk een diefstal wordt gepleegd.⁵⁷¹ Andere stoornissen in de impulscontrole die in de DSM-5 zijn opgenomen, zijn evenmin vergelijkbaar met de wijze waarop Prichard *instinctive madness* beschrijft. De *irresistible impulse test* lijkt daarom gebaseerd te zijn op een verouderd begrip van kleptomanie en verwante stoornissen.

Om aan deze knellende en mogelijk verouderde interpretatie van *irresistible impulse* te ontkomen, is de *irresistible impulse test* in andere jurisdicties vaak ruimer geïnterpreteerd. De nadruk is minder op het plotselinge, impulsieve karakter komen te liggen en meer op het gebrek aan controle dat het gevolg kan zijn van een psychische stoornis.⁵⁷² Daarom wordt wel gesteld dat het beter zou zijn om te spreken van *control test*, dan van *irresistible impulse test*.⁵⁷³ Dat verbloemt echter dat aanvankelijk – onder invloed van Prichard – wel degelijk de nadruk wordt gelegd op het impulsieve en plotselinge gedrag dat *instinctive madness* teweeg zou kunnen brengen en dat in Virginia impulsiviteit nog steeds een belangrijke rol speelt in de interpretatie van de *test*. *Irresistible impulse test* is daarom niet zonder meer een onjuiste benaming, maar lijkt wel en ten onrechte de mogelijkheid van een brede interpretatie uit te sluiten.⁵⁷⁴

Het Nederlandse ORO-criterium kent als subcriterium voor ontoerekenbaarheid dat de verdachte buiten staat moet zijn geweest ten aanzien van het feit zijn wil te bepalen. De *irresistible impulse test* is ook wel in verband gebracht met de wil van de verdachte.⁵⁷⁵ Oorspronkelijk – en nog steeds in Virginia – moet voor een geslaagd beroep op de *irresistible impulse test* echter sprake zijn van een plotselinge, impulsieve handeling. Het volitieve subcriterium van het ORO-criterium stelt die eis niet, waardoor een strenge uitleg van de *irresistible impulse test* beperkter lijkt te zijn dan de potentiële reikwijdte van het volitieve subcriterium van het ORO-criterium.

⁵⁷¹ APA 2013, p. 476-479. Zie ook paragraaf 13.3.4.

⁵⁷² Goldstein 1967, p. 70-75; LaFave 2010, p. 411-413.

⁵⁷³ LaFave 2010, p. 411-413.

⁵⁷⁴ ALI 1985, art. 4.01 MPC, p. 167-168; Goldstein 1967, p. 78-79.

⁵⁷⁵ Zie paragraaf 7.2.

Hoofdstuk 8

De *product test*

8.1 Inleiding

De in het vorige hoofdstuk besproken *irresistible impulse test* is een aanvulling op de *M’Naghten rules*. De *product test* is bedoeld als een alternatief voor de *rules*. Eerst zal de historische ontwikkeling van de *product test* worden beschreven. De wijze waarop de *product test* is toegepast in de jurisprudentie van het Court of Appeals van het District of Columbia wordt daarna onderzocht.

8.2 Een alternatief voor de *M’Naghten rules*: de *product test*

De *irresistible impulse test* heeft zijn wortels in het concept *instinctive madness* of *insane impulse* van de Engelse psychiater Prichard. De *product test* komt voort uit de kritiek van de Amerikaanse psychiater Ray op de benadering van de *insanity defense* in het Anglo-Amerikaanse recht. In de editie van *A treatise on the medical jurisprudence of insanity* uit 1871 stelt hij dat de *right-wrong test* en de *M’Naghten rules* achterhaald en onjuist zijn, omdat zij uitsluitend een beperking van de cognitieve vermogens als grond voor strafuitsluiting erkennen.⁵⁷⁶ *Mania* – betoogt Ray net als Prichard – kan zowel de cognitieve (*intellectual*) als de affectieve en emotionele (*affective* of *moral*) vermogens van de psyche geheel of gedeeltelijk aantasten.⁵⁷⁷ Ray benadrukt dat psychische stoornissen niet tot één enkel symptoom te herleiden zijn en dat geen waterdichte schotten staan tussen de verschillende geestelijke capaciteiten. Als bijvoorbeeld iemands *moral capacities* zijn aangetast, zal hij daardoor

⁵⁷⁶ Ray 1871, p. 1-57, 209-216.

⁵⁷⁷ Ray 1871, p. 84: ‘Mania is characterized by unnatural exaltation or depression of the faculties, and may be chiefly confined to the intellectual or to the affective powers, or it may involve them both; and these powers may be generally or partially deranged.’ Ray (1871, p. 216-237) onderscheidt een algemene vorm van *moral insanity*, welk begrip overeen lijkt te komen met Prichards definitie van *moral insanity*. (Zie paragraaf 7.2.) Van *partial moral insanity* is sprake bij personen die één specifieke, hevige en onweersaanbare impuls ervaren (*monomania*), bijvoorbeeld een krachtige, ongemotiveerde neiging om te doden (*homicidal monomania*) of brand te stichten (*pyromania*). (Ray 1871, p. 237-292.) Prichard schaaft monomanie onder *instinctive madness*. (Rays (1871, p. 236) begrip van *moral insanity* is breed: ‘There can be little doubt that the affection above described, is far more common in the ordinary walks of society, than is generally imagined.’

ook cognitief niet meer goed functioneren.⁵⁷⁸

‘Jurists who have been so anxious to obtain some definition of insanity, [...], should understand, that such a wish is chimerical from the very nature of things. Insanity is a disease, and, as is the case with all other diseases, the fact of its existence is never established by a single diagnostic symptom, but by the whole body of symptoms, no particular one of which is present in every case.’⁵⁷⁹

De conclusie van Ray is dat iedere *test* die in abstracto probeert te vatten welke vermogens van de verdachte gestoord moeten zijn om *insanity* aan te nemen, gedoemd is uit te gaan van een te beperkte opvatting van *insanity*:

‘[...] in every hospital for the insane are patients capable of distinguishing between right and wrong, knowing well enough how to appreciate the nature and legal consequences of their acts, acknowledging the sanctions of religion, and never acting from irresistible impulses, but deliberately and shrewdly.’⁵⁸⁰

Voor de *insanity defense* moet volgens Ray simpelweg beslissend zijn of de verdachte het feit ook zou hebben gepleegd, als hij niet zou lijden aan een stoornis.⁵⁸¹ Ray haalt met instemming onder meer artikel 64 CP 1810 aan:

‘Under such a law, when strictly applied, if the existence of insanity is once established, the responsibility of the party is taken away; and all nice discussions concerning the effect of this or that kind or degree of mental derangement, and the exact measure of reason that has been left or taken away, are thus effectively precluded.’⁵⁸²

Ray is zich bewust van de kritiek op artikel 64 CP 1810 dat zelfs een zeer lichte stoornis of een stoornis die geen verband houdt met het delict strafuitsluitend zou werken, omdat de enkele vaststelling dat de verdachte “krankzinnig” (*en état de démente*) is tot vrijspraak moet leiden.⁵⁸³ Om die kritiek te ondervangen stelt hij de aanvullende eis dat een verband moet

⁵⁷⁸ Ray 1871, p. 325: ‘Amid the chaos of the sentiments and passions produced by moral mania, the power of the intellect must necessarily suffer [...]’ Zie ook Ray 1871, p. 183.

⁵⁷⁹ Ray 1871, p. 39.

⁵⁸⁰ Ray 1871, p. 63. Zie ook Ray 1871, p. 55.

⁵⁸¹ Ray 1871, p. 55.

⁵⁸² Ray 1871, p. 70.

⁵⁸³ Ray 1871, p. 70: ‘But it cannot be denied that an insane person may be actually guilty of a criminal act, his insanity being very partial, and the act not within the range of its operation, while by the letter of the law he must be acquitted.’ Zie ook paragraaf 1.1.

bestaan tussen stoornis en delict. Een stoornis werkt strafuitsluitend, '[...] unless it can be proved that the act was not the offspring of such condition.'⁵⁸⁴

Het pleidooi van Ray heeft gehoor gevonden in de rechtspraak van het Superior Court in New Hampshire. Ray heeft uitvoerig over de *product test* gecorrespondeerd met Charles Doe, rechter in het Superior Court.⁵⁸⁵ In *State v. Pike* uit 1870 maakt het hof in een mede door Doe geschreven opinie een uitgebreide inventarisatie van de *common law*-jurisprudentie over *insanity* en stelt het vast dat verwarring is ontstaan over de vraag of *insanity* een feitelijke vaststelling is of dat het een juridisch concept is. Onder de cognitieve *wild beast* en *right-wrong test* volgt bijvoorbeeld dat in de zaak tegen M'Naghten geen sprake is van *insanity*, omdat M'Naghtens cognitieve vermogens niet zijn aangetast. De deskundigen benadrukken echter dat M'Naghten wel degelijk *insane* is, omdat sprake is van *moral insanity*.⁵⁸⁶ Het Superior Court stelt vast dat ofwel de deskundigen zich uitlaten over een *matter of law*, ofwel de rechter zich over een *matter of fact*. Dat stelt de jury voor een probleem. De rechter instrueert de jury op grond van de *M'Naghten rules* alleen *insanity* aan te nemen als de verdachte aan een stoornis van zijn cognitieve vermogens lijdt, terwijl deskundigen juist kunnen hebben verklaard dat sprake is van *insanity*, hoewel de verdachte niet aan een stoornis van zijn cognitieve vermogens lijdt.⁵⁸⁷

'If our precedents practically established old medical theories which science has rejected, and absolutely rejected those which science has established, they might at least claim the merit of formal consistency. But the precedents require the jury to be instructed in the new medical theories by experts, and in the old medical theories by the judge.'⁵⁸⁸

Het Superior Court concludeert dat *insanity* een empirische kwestie is.⁵⁸⁹ In *State v. Jones* uit 1871 trekt het Superior Court deze lijn door. Het hof vindt de *test* van de *M'Naghten rules* inhumain:

⁵⁸⁴ Ray 1871, p. 70.

⁵⁸⁵ Maeder 1985, p. 39-48.

⁵⁸⁶ Zie paragraaf 6.2.2.1.

⁵⁸⁷ *State v. Pike*, 49 N.H. 399 (1870), 441: 'It is the common practice for experts, under the oath of a witness, to inform the jury, in substance, that knowledge is not the test, and for the judge, not under the oath of a witness, to inform the jury that knowledge is the test.'

⁵⁸⁸ *State v. Pike*, 49 N.H. 399 (1870), 438-439.

⁵⁸⁹ *State v. Pike*, 49 N.H. 399 (1870), 433-439.

‘It practically holds a man confessed to be insane, accountable for the exercise of the same reason, judgment, and controlling mental power, that is required of a man in perfect mental health.’⁵⁹⁰

Het Superior Court haalt met instemming de opmerking van Ray aan dat geen enkele juridische *test* erin slaagt adequaat te definiëren wat *insanity* inhoudt. Een *test* voor *insanity* kan niet verder gaan dan de algemene formulering dat niemand strafrechtelijk aansprakelijk mag worden gehouden voor gedrag dat ‘[...] the offspring or product of mental disease [...]’ is. De vaststellingen dat sprake is van een stoornis en dat het feit uit die stoornis voortvloeit, zijn feitelijke kwesties die voorbehouden zijn aan de jury, voorgelicht door de gedragsdeskundige. Bij iedere nadere definitie van *insanity* begeeft de rechter zich onbevoegd op het terrein van de gedragswetenschappen.⁵⁹¹

In 1954 neemt het Court of Appeals van het District of Columbia in *Durham v. U.S.* een vergelijkbare, eveneens aan Ray ontleende *test* aan. De opvatting van Ray dat de *M’Naghten rules* de psyche ten onrechte reduceren tot de cognitieve vermogens, is volgens het hof alleen maar bevestigd door de moderne gedragswetenschap:

‘The science of psychiatry now recognizes that a man is an integrated personality and that reason, which is only one element in that personality, is not the sole determinant of his conduct.’⁵⁹²

Het Court of Appeals had in 1929 al de *M’Naghten rules* aangevuld met een *irresistible impulse test*.⁵⁹³ Ook met die aanvulling was *insanity* volgens het hof te streng genormeerd. De *irresistible impulse test* miskent volgens het Court of Appeals dat stoornissen die de controle van de verdachte over het begaan van het feit aantasten, gepaard kunnen gaan met *brooding and reflection*.⁵⁹⁴

⁵⁹⁰ *State v. Jones*, 50 N.H. 369 (1871), 387. Zie ook Ray 1871, p. 49.

⁵⁹¹ *State v. Jones*, 50 N.H. 369 (1871), 392-400. De *product test* van *State v. Pike* en *State v. Jones* is nog steeds geldend recht in New Hampshire. (*State v. Abbott*, 127 N.H. 444 (1985), 448-449; *State v. Labranche*, 156 N.H. 740 (2008), 742.)

⁵⁹² *Durham v. U.S.*, 214 F.2d 862, 871. De Amerikaanse gedragsdeskundige Glueck (1928, p. 166-167) – naar wie het Court of Appeals verwijst – heeft opgemerkt dat in het tijdperk van de psychodynamica, de vigerende tests voor *insanity* over het hoofd zien: ‘[...] the fundamental notion of the unity of the mind and interrelationship of mental processes and the fact that a disturbance in the cognitive, volitional or emotional sphere, as the case may be, can hardly occur without its affecting the personality as a whole and conduct flowing from the personality.’

⁵⁹³ *Smith v. U.S.*, 36 F.2d 548 (1929).

⁵⁹⁴ *Durham v. U.S.*, 214 F.2d 862 (1954), 873-874. Deze overweging is ontleend aan het invloedrijke rapport van de Engelse Royal Commission on Capital Punishment (Royal Commission 1953, p. 110) en is ook van invloed geweest op de formulering van het tweede subcriterium van de *MPC test*. (Zie paragraaf 9.2.) Vgl. Ray 1871, p. 63.

Op vergelijkbare gronden als het Superior Court van New Hampshire ziet het Court of Appeals in het District of Columbia af van specificatie van de vermogens die voor een geslaagd beroep op *insanity* moeten zijn aangetast:

‘It is simply that an accused is not criminally responsible if his unlawful act was the product of mental disease or mental defect.’⁵⁹⁵

8.3 De *product test* in het District of Columbia van 1954 tot 1972

8.3.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt onderzocht hoe de *product test* zich heeft ontwikkeld en is toegepast in de rechtspraak van het Court of Appeals in het District of Columbia. De *product test* is nog steeds geldend recht in New Hampshire. In het District of Columbia heeft zij gegolden van 1954 tot 1972. Hoewel de *product test* er niet meer geldt, ligt het voor de hand de jurisprudentie in het District of Columbia te onderzoeken. De rechtspraak van het Court of Appeals in het District of Columbia is toonaangevend geweest in de ontwikkeling van de *product test*.⁵⁹⁶ Het causale criterium van Nieboer is volgens Nieboer bovendien verwant aan de *product test* in het District of Columbia, waardoor een vergelijking tussen beide criteria mogelijk is.⁵⁹⁷

8.3.2 Het stoornisvereiste

In *Durham v. U.S.* maakt het Court of Appeals in het District of Columbia een onderscheid tussen *disease* en *defect* dat vergelijkbaar is met het onderscheid dat in het verleden in de Nederlandse literatuur is gemaakt tussen de ziekelijke stoornis en de gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens.⁵⁹⁸

‘We use “disease” in the sense of a condition which is considered capable of either improving or deteriorating. We use “defect” in the sense of a condition which is not considered capable of either improving or deteriorating and which may be either congenital,

⁵⁹⁵ *Durham v. U.S.*, 214 F.2d 862 (1954), 874-875.

⁵⁹⁶ Over de *product test* in het District of Columbia is gedurende zijn bestaan van bijna twee decennia uitvoerig gedebatteerd. Zie onder meer Acheson 1963; Hall 1956; Krash 1961; Sobeloff 1955; Wechsler 1955 voor enkele invloedrijke analyses. Bazelon 1983 is een lezenswaardige terugblik op de *product test* in het District of Columbia door de geestelijk vader ervan.

⁵⁹⁷ Nieboer 1970, p. 190-193.

⁵⁹⁸ Zie paragraaf 1.2.3.

or the result of injury, or the residual effect of a physical or mental disease.’⁵⁹⁹

In *Carter v. U.S.* werkt het hof nader uit wat hij verstaat onder *mental disease*. *Mental disease* valt samen met wat daaronder in de psychiatrie wordt verstaan:

‘Mental “disease” means mental illness. Mental illnesses are of many sorts and have many characteristics. They, like physical illnesses, are the subject matter of medical science. They differ widely in origin, in characteristics, and in their effects on a person’s mental processes, his abilities, and his behavior.’⁶⁰⁰

Er bestaat volgens het Court of Appeals niet zoiets als een juridisch stoornisconcept. Wat een stoornis is, wordt bepaald door de gedragswetenschappen. Het hof gaat dus uit van een psychiatrisch stoornisconcept. Deskundigen die onder de *M’Naghten rules* moesten rapporteren, voelden zich beperkt in hun verklaringen, omdat zij ten onrechte dachten dat slechts psychoses juridisch relevant waren.⁶⁰¹ Het Court of Appeals wil dat deskundigen zich in geen enkel opzicht beperken in hun verklaringen over de stoornis van de verdachte. De taak van de gedragsdeskundige is de jury voor te lichten over ontstaan, ontwikkeling en aard van de stoornis. *Unexplained medical labels* – termen als “schizofrenie”, “psychose” of “psychopathie” – zijn onvoldoende.⁶⁰²

Al snel blijkt de hantering van een psychiatrisch stoornisconcept problematisch. In *Blocker v. U.S.* komt dat pregnant naar voren. Blocker wordt (onder meer) gediagnosticeerd met sociopathie. Sociopathie zou volgens de heersende medische opvatting geen psychische stoornis zijn. Blockers beroep op *insanity* wordt daarom verworpen. Kort daarna verklaren deskundigen werkzaam bij dezelfde instelling in een andere strafzaak dat sociopathie nu wél als psychische stoornis wordt beschouwd.⁶⁰³ Als gevolg van deze

⁵⁹⁹ *Durham v. U.S.*, 214 F.2d 862 (1954), 875.

⁶⁰⁰ *Carter v. U.S.*, 252 F.2d 608 (1957), 617.

⁶⁰¹ Zie over de bezwaren van gedragsdeskundigen tegen optreden in de rechtszaal onder de *M’Naghten rules*: Maeder 1985, p. 73-80. Later, in *U.S. v. Brawner* (471 F.2d 969 (1972), 976-977) merkt het Court of Appeals op dat de bezwaren op een misverstand berusten: ‘Discerning scholarship now available asserts that the experts’ fears and concerns reflected a misapprehension as to the impact of the traditional standard in terms of excluding relevant evidence.’ Het hof verwijst onder meer naar Goldstein (1967, p. 54). Goldstein stelt dat de *M’Naghten rules* geen beperkingen stellen aan de toelaatbaarheid van deskundigenbewijs. (Zie ook ALI 1985, art. 4.01 MPC, p. 167; Wechsler 1955, p. 372-373. Zie ook paragraaf 6.3.3.)

⁶⁰² *Carter v. U.S.*, 252 F.2d 608 (1957), 617. Zie ook *U.S. v. Brawner* (471 F.2d 969 (1972), 976.

⁶⁰³ *In re Rosenfield*, 157 F. Supp. 18 (1957), 20-21.

medische herclassificering, had een beroep op *insanity* ook voor Blocker ineens tot de mogelijkheden behoord. Een herzieningsverzoek van Blocker wordt daarom toegewezen.⁶⁰⁴ Omdat de deskundigen van de betreffende instelling van vrijdag op maandag zouden hebben beslist dat sociopathie een stoornis is, is de zaak bekend geworden als de *weekend flip-flop case*.⁶⁰⁵ In *U.S. v. Brawner* stelt het Court of Appeals retrospectief vast dat *Blocker v. U.S.* laat zien dat het gebruik van een psychiatrisch stoornisconcept tot een *trial by label* leidt.⁶⁰⁶ Ook in *Campbell v. U.S.* leidt het psychiatrische stoornisconcept tot problemen. In die zaak verklaart een deskundige dat hij een instabiele persoonlijkheid (*unstable personality*) aanmerkt als een psychische stoornis. Dit zou volgens de meerderheid van het Court of Appeals een juryinstructie terzake van *insanity* rechtvaardigen.⁶⁰⁷ In een *dissenting opinion* wijst Burger erop dat de reikwijdte van het stoornisconcept op deze wijze potentieel erg groot wordt, nu veel strafbare feiten verband zullen houden met emotionele instabiliteit bij de verdachte.⁶⁰⁸

In 1962 verlaat het Court of Appeals zijn psychiatrische stoornisconcept. In *McDonald v. U.S.* hebben een psychiater en een psycholoog ter zitting verklaard dat de verdachte aan een *defect* lijdt: zijn IQ is slechts 68. Het hof oordeelt echter dat een laag IQ *zonder meer* geen *defect* in de zin van *Durham v. U.S.* is. Hierdoor kan het hof niet langer volhouden dat het uitgaat van een psychiatrisch stoornisconcept:

“[...] neither the court nor the jury is bound by ad hoc definitions or conclusions as to what experts state is a disease or defect. What psychiatrists may consider a “mental disease or defect” for clinical purposes, where their concern is treatment, may or may not be the same as mental disease or defect for the jury’s purpose in determining criminal responsibility.”⁶⁰⁹

Het hof schakelt over op een positief gedefinieerd juridisch stoornisconcept. Een stoornis is nu: “[...] any abnormal condition of the mind which substantially affects mental or emotional processes and substantially impairs behavior controls.”⁶¹⁰ In de latere jurisprudentie van het Court of Appeals speelt het stoornisvereiste geen grote rol meer.

⁶⁰⁴ *Blocker v. U.S.*, 274 F.2d 572 (1959).

⁶⁰⁵ *U.S. v. Brawner*, 471 F.2d 969 (1972), 978.

⁶⁰⁶ *U.S. v. Brawner*, 471 F.2d 969 (1972), 977. Zie ook Goldstein 1967, p. 84-85; Maeder 1985, p. 91-94.

⁶⁰⁷ *Campbell v. U.S.*, 307 F.2d 597 (1962).

⁶⁰⁸ *Campbell v. U.S.*, 307 F.2d 597 (1962), 608-611.

⁶⁰⁹ *McDonald v. U.S.*, 312 F.2d 847 (1962), 851. Vgl. *Kansas v. Hendricks*, 521 U.S. 346 (1997), 359.

⁶¹⁰ *McDonald v. U.S.*, 312 F.2d 847 (1962), 851. Zie ook *Washington v. U.S.*, 390 F.2d 444 (1967), 446.

8.3.3 “Product”

In *Durham v. U.S.* formuleert rechter Bazelon in de opinie van het Court of Appeals van het District of Columbia de beknopte *product test* voor *insanity*:

‘It is simply that an accused is not criminally responsible if his unlawful act was the product of mental disease or mental defect.’⁶¹¹

Een feit is het *product* van een stoornis, als een causaal verband tussen de stoornis en het delict bestaat. De vaststelling daarvan is een *ultimate question of fact* en behoort daarom tot het domein van de jury.⁶¹² In de vorige paragraaf is beschreven dat het Court of Appeals aanvankelijk van de deskundige verwacht dat hij zich in zijn rapportage over de stoornis van de verdachte niet beperkt tot *unexplained medical labels*, maar dat hij aan de jury in begrijpelijke termen de oorsprong, ontwikkeling en gevolgen van de stoornis uitlegt. De jury kan door deze brede informatievoorziening tot een oordeel komen over het verband tussen de stoornis en het delict.⁶¹³ Op het moment dat er *some evidence* is dat de verdachte aan een stoornis lijdt, moet de rechter de jury instrueren dat de verdachte mogelijk niet strafbaar is.⁶¹⁴ De aanklager moet vervolgens *beyond a reasonable doubt* de *sanity* van de verdachte bewijzen.⁶¹⁵ Als de jury er buiten redelijke twijfel van overtuigd is dat géén verband bestaat tussen stoornis en delict, dan wordt het beroep op *insanity* verworpen.

De definitie van *product* als causaal verband tussen stoornis en delict roept de vraag op in welke betekenis causaliteit hier wordt gebruikt. Naar aanleiding van *Durham v. U.S.* wijst Wechsler erop dat een *condicio sine qua non*-verband een brede strekking verleent aan de *product test*. Omdat de aanwezigheid van een stoornis volgens Wechsler impliceert dat de stoornis ten minste enige invloed heeft op de geestelijke capaciteiten van de verdachte, kan in veel gevallen niet worden uitgesloten dat de verdachte het feit niet zou hebben gepleegd als hij niet aan de stoornis zou hebben geleden.⁶¹⁶ In *Carter v. U.S.* duidt het hof het vereiste causaal verband inderdaad als een *condicio sine qua non*-verband (*but for*):

⁶¹¹ *Durham v. U.S.*, 214 F.2d 862 (1954), 874-875.

⁶¹² *Durham v. U.S.*, 214 F.2d 862 (1954), 875-876.

⁶¹³ *Durham v. U.S.*, 214 F.2d 862 (1954), 875-876; *Carter v. U.S.*, 252 F.2d 608 (1957), 617. Zie ook Maeder 1985, p. 89.

⁶¹⁴ In *McDonald v. U.S.*, 312 F.2d 847 (1962), 849 beschrijft het hof de maatstaf *some evidence* als volgt: ‘The subject matter being what it is, there can be no sharp quantitative or qualitative definition of “some evidence”. Certainly it means more than a scintilla, yet, of course, the amount need not be so substantial as to require, if uncontroverted, a directed verdict of acquittal.’

⁶¹⁵ *Tatum v. U.S.*, 190 F.2d 612 (1951), 615; *Wright v. U.S.*, 250 F.2d 4 (1957), 7.

⁶¹⁶ Wechsler 1955, p. 369-372. Zie ook Maeder 1985, p. 87-88.

‘There must be a relationship between the disease and the act, and that relationship, whatever it may be in degree, must be, as we have already said, critical in its effect in respect to the act. By “critical” we mean decisive, determinative, causal; we mean to convey the idea inherent in the phrases “because of”, “except for”, “without which”, “but for”, “effect of”, “result of”, “causative factor”; the disease made the effective or decisive difference between doing and not doing the act. The short phrases “product of” and “causal connection” are not intended to be precise, as though they were chemical formulae. They mean that the facts concerning the disease and the facts concerning the act are such as to justify reasonably the conclusion that “But for this disease the act would not have been committed”.’⁶¹⁷

Daarmee kiest het hof voor de ruime benadering. Tussen stoornis en delict moet een *condicio sine qua non*-verband (*but for*) bestaan. De stoornis hoeft geen *causa proxima* te zijn geweest.⁶¹⁸ Het Court of Appeals is zich ervan bewust dat (doorgaans) niet onomstotelijk kan worden beantwoord of een feit niet gepleegd zou zijn als de verdachte niet aan een psychische stoornis zou lijden. Het hof acht het niettemin mogelijk om een zinvol antwoord op de vraag te geven.⁶¹⁹

Hoewel het hof vast blijft houden aan de opvatting dat het verband tussen stoornis en delict een *ultimate issue* is dat door de jury moet worden vastgesteld,⁶²⁰ laten deskundigen zich in de praktijk uit over de vraag of een feit als *product* van een stoornis kan worden beschouwd. Als een deskundige verklaart dat een verband bestaat tussen de stoornis en het delict, blijkt het voor de jury in de praktijk moeilijk te zijn om tegen het deskundigenoordeel in te gaan en anders te beslissen.⁶²¹ De jurisprudentie van het hof heeft

⁶¹⁷ *Carter v. U.S.*, 252 F.2d 608 (1957), 617. Vgl. Ray 1871, p. 55: ‘What we want to know is, whether they would have committed the outrage, if they had not been prompted by delusions which were the effect of the disease.’

⁶¹⁸ *Carter v. U.S.*, 252 F.2d 608 (1957), 616: ‘When we say the defense of insanity requires that the act be a “product of” a disease, we do not mean that it must be a direct emission, or a proximate creation, or an immediate issue of the disease [...]’

⁶¹⁹ *Carter v. U.S.*, 252 F.2d 608 (1957), 617. ‘To the precise logician deduction of the foregoing inference involves a tacit assumption that if the disease had not existed the person would have been a law-abiding citizen. This latter is not necessarily factually true and can rarely, if ever, be proved, but in the ordinary conduct of these cases we make that tacit assumption. For ordinary purposes we make no mention of this logician’s nicety.’

⁶²⁰ *Douglas v. U.S.*, 239 F.2d 52 (1956), 57: ‘While “the issue of the criminal responsibility of a defendant suffering from mental disease is not an issue of fact in the same sense as the commission of the offense”, *Holloway v. United States*, 80 U.S.App.D.C. 3, 4, 148 F.2d 665, 666, still it is an issue of fact.’

⁶²¹ *U.S. v. Brawner*, 471 F.2d 969 (1972), 982-983.

daar een rol in gespeeld door aanvankelijk veel gewicht toe te kennen aan de verklaringen van deskundigen. In *Douglas v. U.S.* bijvoorbeeld, acht de jury de verdachte schuldig. Het Court of Appeals overweegt in hoger beroep echter dat geen redelijke jury tot een veroordeling had kunnen komen, omdat drie psychiaters hebben verklaard dat de verdachte aan een stoornis leed ten tijde van het delict en één daarvan heeft verklaard dat een verband tussen stoornis en delict bestond. Het staat daarom volgens het hof niet buiten redelijke twijfel dat de stoornis *niet* het strafbare gedrag heeft veroorzaakt.⁶²² In twee andere zaken vernietigt het hof een veroordeling door de jury, omdat op grond van de voorliggende deskundigenverklaringen de *sanity* van de verdachte niet boven redelijke twijfel verheven was.⁶²³ Bij *some evidence* van een stoornis moet de aanklager immers buiten redelijke twijfel bewijzen dat sprake is van *sanity*.

Deze rol van de gedragsdeskundige gaat knellen. De bedoeling van *Durham v. U.S.* is enerzijds dat de gedragsdeskundige niet belemmerd wordt in zijn rapportage over de verdachte. Anderzijds wordt van de jury het eindoordeel over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de verdachte verwacht, een oordeel dat volgens het Court of Appeals niet alleen medische, maar ook juridische en morele componenten bevat.⁶²⁴ Dit oordeel blijkt nu in belangrijke mate bepaald te worden door de in conclusies over causaliteit gegoten verklaringen van de gedragsdeskundigen. Burger wijst er in een *concurring opinion* bij *Blocker v. U.S.* op dat dit probleem inherent is aan een model waarin het de gedragsdeskundige toegestaan is om te verklaren in exact dezelfde termen (causaliteit of *product*) waaraan de jury wordt verwacht te toetsen. De jury zal immers geneigd zijn om op het gezag van het deskundigenoordeel te varen.⁶²⁵

In *Washington v. U.S.* sluit het Court of Appeals zich aan bij de kritiek van Burger. Net als het geval was bij het gebruik van het psychiatrische stoornisconcept, leidt de toepassing van het *product*-criterium tot een *trial by label*.⁶²⁶ Het hof overweegt dat de term *product* geen klinische betekenis (*clinical significance*) heeft. Er is daarom geen goede grond om de gedragsdeskundige daarover te laten verklaren. Die moet zich beperken tot:

⁶²² *Douglas v. U.S.*, 239 F.2d 52 (1956), 58-60.

⁶²³ *Wright v. U.S.*, 250 F.2d 4 (1957), 7-10; *Isaac v. U.S.*, 284 F.2d 168 (1960), 168-171.

⁶²⁴ *Washington v. U.S.*, 390 F.2d 444 (1967), 455-456. Zie ook *Frigillana v. U.S.*, 307 F.2d 665 (1962).

⁶²⁵ *Blocker v. U.S.*, 288 F.2d 853 (1961), 862-864. Zie ook Burgers *dissenting opinion* bij *Campbell v. U.S.*, 307 F.2d 597 (1962).

⁶²⁶ *Washington v. U.S.*, 390 F.2d 444 (1967), 455. Zie ook Maeder 1985, p. 89-90. Een verdere complicatie is dat *some evidence* van een stoornis al voldoende is om de bewijslast te doen verschuiven naar de aanklager. (Vgl. *Frigillana v. U.S.*, 307 F.2d 665 (1962), 667-668. Zie ook LaFave 2010, p. 418-419.)

‘[...] how defendant’s disease or defect relates to his alleged offense, that is, how the development, adaptation and functioning of defendant’s behavioral processes may have influenced his conduct. But psychiatrists should not speak directly in terms of “product”, or even “result” or “cause”.’⁶²⁷

Dit zou moeten voorkomen dat de getuige-deskundige als “dertiende jurylid” gaat fungeren. De jury kan niet meer bevooroordeeld raken door verklaringen van de deskundigen over het verband tussen stoornis en delict en kan daardoor op morele en juridische gronden tot eigen conclusies komen over de vraag of het feit het *product* is van de stoornis.⁶²⁸ Het hof licht niet toe waarom verklaringen van een gedragsdeskundige over de wijze waarop een stoornis het gedrag van de verdachte heeft beïnvloed (*influenced*), niet ook een oordeel inhouden over het verband tussen de stoornis en het strafbare gedrag.

In de latere rechtspraak van het Court of Appeals wordt niet uitgewerkt wat het hof precies onder *product* verstaat, anders dan dat de vaststelling ervan (mede) een moreel en juridisch oordeel vergt. Dichterbij een uitwerking dan in *Carter v. U.S.* en *Washington v. U.S.* is het hof niet gekomen. De termen *product* en causaliteit lijken feitelijke begrippen te zijn, maar het hof geeft er mede een juridische en morele lading aan die hij niet verder uitwerkt. Het *product*-criterium blijft daardoor in de jurisprudentie van het hof ongrijpbaar.⁶²⁹ Analyse van de toepassing ervan in concrete zaken leidt niet tot meer duidelijkheid. Dat is wellicht mede het gevolg van het feit dat het hof in zijn latere jurisprudentie meer afstand heeft willen houden van wat het als het domein van de jury beschouwt: het trekken van de conclusie of de verdachte op grond van de feiten strafrechtelijk verantwoordelijk is.⁶³⁰ Mogelijk hebben de jury’s de *product test* breed geïnterpreteerd. Het aantal vrijspraken op grond van *insanity* stijgt in het District of Columbia van 0,4 procent in 1954, naar een hoogtepunt van 14,4 procent in 1961, om weer te dalen naar 6,8 procent in 1966.⁶³¹

⁶²⁷ *Washington v. U.S.*, 390 F.2d 444 (1967), 456.

⁶²⁸ *Washington v. U.S.*, 390 F.2d 444 (1967), 452, 455.

⁶²⁹ Goldstein (1967, p. 84) spreekt van een *non-rule*.

⁶³⁰ Zie ook Maeder 1985, p. 89. Het hof lijkt het oordeel van de jury minder indringend te toetsen dan voorheen. (Aldus ook Maeder 1985, p. 94-95.) Het hof stelt nu voorop dat: ‘[...] ordinarily, “in view of the complicated nature of the decision to be made – intertwining moral, legal, and medical judgments” the jury’s verdict must stand.’ (*U.S. v. Eichberg*, 439 F.2d 620 (1971), 621.) In *Adams v. U.S.* (413 F.2d 411 (1969), 415) merkt het hof op dat het moeilijk voor te stellen is dat het feit *niet* in een causaal verband met de stoornis staat. Niettemin ziet het hof geen aanleiding voor een *directed verdict*.

⁶³¹ Arens 1967, p. 46. Een causaal verband tussen het gestegen aantal vrijspraken en de veronderstelde brede *product test* staat niet vast. Een alternatieve mogelijkheid

Uiteindelijk is de ambiguïteit van de *product test* mede de reden dat het hof in *U.S. v. Brawner* de *product test* vervangt door de *MPC test*:

‘The difficulty is rooted in the circumstance that there is no generally accepted understanding, either in the jury or the community it represents, of the concept requiring that the crime be the “product” of the mental disease.’⁶³²

Een tweede reden om de *product test* te verruilen voor de *MPC test* is dat het ondanks het verlaten van het psychiatrische stoornisconcept en ondanks het verbod voor deskundigen om in termen van causaliteit te verklaren, niet lukt de *product test* van de te grote invloed (*undue dominance*) van de gedragsdeskundige te ontdoen.⁶³³

Het causale criterium is volgens Nieboer verwant aan de *product test*.⁶³⁴ Net als Ray en het Court of Appeals in het District of Columbia is Nieboer afkerig van criteria waarin stoornis van slechts één of enkele psychische capaciteiten tot strafuitsluiting leidt. Over het ORO-criterium merkt hij op:

‘Het is maar een povere psychologie, wanneer alleen met cognitieve en volitieve elementen wordt gerekend. [...] de mens heeft meer functies, wij noemen hier met name de driftmatige, emotionele en integratieve functies, die alle drie juist in de moderne psychiatrie zo centraal staan.’⁶³⁵

Het causale criterium en de *product test* schrijven beide als criterium voor ontoerekenbaarheid (*insanity*) een causaal verband tussen stoornis en delict voor en zijn in zoverre vergelijkbaar. Het verschil in reikwijdte tussen het causale criterium van Nieboer en de *product test* is ondanks hun verwantschap potentieel echter groot. Nieboer maakt een indeling in

is bijvoorbeeld dat een verschuiving heeft plaatsgevonden van *incompetency* naar *insanity*. (Goldstein 1967, p. 84. Zie ook paragraaf 5.3.)

⁶³² *U.S. v. Brawner*, 471 F.2d 969 (1972), 982.

⁶³³ *U.S. v. Brawner*, 471 F.2d 969 (1972), 981-983. Bazelon trekt in zijn deels *concurring*, deels *dissenting opinion* bij *U.S. v. Brawner* op grond van de ervaringen met de *product test* de conclusie dat mogelijk de beste maatstaf voor *insanity* eenvoudigweg is dat de jury de verdachte niet verantwoordelijk acht (*cannot be justly held responsible*): ‘This test would ask the psychiatrist a single question: what is the nature of the impairment of the defendant’s mental and emotional processes and behavior controls? It would leave for the jury the question whether that impairment is sufficient to relieve the defendant of responsibility for the particular act charged.’ (*U.S. v. Brawner*, 471 F.2d 969 (1972), 1032.) De Engelse Royal Commission on Capital Punishment heeft dezelfde *test* voorgesteld. (Royal Commission 1953, p. 116.)

⁶³⁴ Nieboer 1970, p. 190-193.

⁶³⁵ Nieboer 1970, p. 178.

gradaties van toerekenbaarheid die loopt van verminderde toerekenbaarheid als de stoornis een geringe invloed op het delict heeft gehad tot ontoerekenbaarheid bij een (vrijwel) “algehele” invloed van de stoornis op het delict. Volgens de jurisprudentie van het Court of Appeals is voor een geslaagd beroep op *insanity* niet vereist dat de invloed van de stoornis op het delict gekwantificeerd wordt op de wijze die Nieboer voor ogen staat.⁶³⁶ Situaties waarin Nieboer verminderde toerekenbaarheid aanneemt, kunnen onder de *product test* tot *insanity* leiden, omdat in die gevallen sprake is van een – zij het beperkt – causaal verband tussen stoornis en delict. Nieboers criterium voor ontoerekenbaarheid lijkt daardoor aanmerkelijk strenger te zijn dan de *product test* voor *insanity* in het District of Columbia.

In hoofdstuk twee is aangesloten bij de analyse van Haffmans dat de toepassing van het causale criterium zoals door Nieboer verdedigd ertoe leidt dat het oordeel van de rechter over de ontoerekenbaarheid van de verdachte bepaald wordt door de vaststellingen van de deskundige over de mate waarin de stoornis het delict veroorzaakte.⁶³⁷ De oorzaak daarvan lijkt dezelfde te zijn als onder de *product test* in het District of Columbia. Van de deskundige verwacht Nieboer een uitspraak over de causale invloed van de stoornis op het delict (“determineringsintensiteit”). Het juridische, door de rechter toe te passen criterium voor ontoerekenbaarheid is eveneens causaliteit tussen stoornis en delict. De deskundige rapporteert dus ook bij Nieboer in de termen van het criterium waaraan de rechter moet toetsen. Net als het Court of Appeals wil Nieboer ruimte laten voor een juridische toets (“billijkheid”), maar hij werkt niet uit hoe zijn schijnbaar rigide model daar de ruimte voor biedt. De ervaring in het District of Columbia met de *product test* ondersteunt daarom de analyse van Haffmans.

⁶³⁶ Zie ook Nieboer 1970, p. 191.

⁶³⁷ Zie paragraaf 2.5.3.

Hoofdstuk 9

De MPC test

9.1 Inleiding

Een belangrijke verruiming en nuancering van de *M’Naghten rules* en de *irresistible impulse test* vindt plaats als de Model Penal Code in 1962 door het American Law Institute gepubliceerd wordt. De Model Penal Code is bedoeld als model voor de hervorming van de vaak rommelige en inconsistente strafwetgeving van de Amerikaanse jurisdicties. Hoewel de Model Penal Code nergens als zodanig kracht van wet heeft, heeft zij als model of bron van inspiratie gefungeerd voor veel hercodificaties in Amerikaanse staten vanaf 1962. Sindsdien hebben 34 in meer of mindere mate door de Model Penal Code beïnvloede hercodificaties kracht van wet gekregen.⁶³⁸ Eerst wordt beschreven hoe de *MPC test* (ook wel: *ALI test*) voor *insanity* tot stand is gekomen. Daarna wordt onderzocht hoe de *test* wordt toegepast in de rechtspraak in Massachusetts.

9.2 Modernisering van de *M’Naghten rules* en de *irresistible impulse test*: de MPC test

Gedragdeskundigen dringen er bij de opstellers van de Model Penal Code op aan om de *product test* in de MPC op te nemen.⁶³⁹ Deze suggestie wordt echter verworpen, vanwege de in het vorige hoofdstuk besproken ambiguïteit van de term *product* en omdat een *condicio sine qua non*-verband tussen stoornis en delict als criterium volgens de opstellers tot een te breed bereik van de *insanity defense* zou leiden:

‘Consider, for example, a person who believes, as a result of mental disease or defect, that he will inherit a large amount of money in case a wealthy relative dies. If, motivated by this delusional belief, he murders the relative, he would be relieved of responsibility under the but-for test. But if the murderer’s capacity for understanding and control were not otherwise impaired by his disorder, his situation would be morally indistinguishable from that of a mentally normal

⁶³⁸ Robinson & Dubber 2007, p. 326. In negen andere jurisdicties – waaronder de federale – heeft een poging tot hervorming niet geleid tot het aannemen van een systematische codificatie.

⁶³⁹ ALI 1985, art. 4.01, p. 173, 186-198.

person who commits a murder under the mistaken belief that it will result in his receiving an inheritance.’⁶⁴⁰

De opstellers van de Model Penal Code zijn van oordeel dat het uitgangspunt van de *M’Naghten rules* gecombineerd met de *irresistible impulse test* juist is. Zowel stoornis van de cognitieve vermogens als van het vermogen gedrag te controleren kan tot het ontbreken van strafrechtelijke aansprakelijkheid leiden. De *M’Naghten rules* en de *irresistible impulse* moeten echter gemoderniseerd worden om aansluiting met de moderne gedragswetenschappen te behouden.⁶⁴¹

In artikel 4.01 lid 1 MPC wordt *insanity* als volgt gedefinieerd:

‘A person is not responsible for criminal conduct if at the time of such conduct as a result of mental disease or defect [stoornisvereiste, JB] he lacks substantial capacity either to appreciate the criminality (wrongfulness) of his conduct or to conform his conduct to the requirements of law [criterium, JB].’

Er zijn geen aanwijzingen dat in het stoornisvereiste van de Model Penal Code een positief gedefinieerd juridisch stoornisconcept besloten ligt.⁶⁴² In de Model Penal Code wordt geen definitie van psychische stoornis gegeven. De vaststelling van een stoornis is volgens de *Commentaries* op de Model Penal Code een feitelijke kwestie, die verband houdt met wat in de gedragswetenschappen onder psychische stoornis wordt begrepen:

‘It [de Model Penal Code, JB] treats the question of disease as one of fact, to be determined by the court or jury on the evidence presented in the cases that arise. As medical understanding may develop in such areas, for example, as brain chemistry, it can thus have its proper impact on the application of the law.’⁶⁴³

⁶⁴⁰ ALI 1985, art. 4.01, p. 173 (voetnoot 24). Zie ook Wechsler 1955 en de correspondentie tussen Wechsler en de psychiater Guttmacher (ALI 1985, art. 4.01, p. 198-210 (Appendix B)). Wechsler was *chief reporter* van de commissie die de Model Penal Code concipieerde.

⁶⁴¹ ALI 1985, art. 4.01, p. 164-168. Zie ook Goldstein 1967, p. 87; LaFave 2010, p. 421; 422; Maeder 1985, p. 96-97.

⁶⁴² Het onderscheid tussen *mental disease* en *defect* wordt noch in de Model Penal Code, noch in het commentaar daarop toegelicht. Waarschijnlijk is beoogd een onderscheid aan te brengen dat vergelijkbaar is met het onderscheid dat het Court of Appeals in het District of Columbia maakte. (Zie paragraaf 8.3.2.)

⁶⁴³ ALI 1985, art. 4.01, p. 174-175.

De Model Penal Code bevat wel een beperking van het stoornisconcept in 4.01 lid 2 MPC. Het stoornisconcept is daarom negatief gedefinieerd. '[A] bnormality manifested only by repeated criminal or otherwise antisocial conduct,' is van het stoornisconcept uitgesloten. Met deze beperking is beoogd bepaalde in de psychiatrie erkende stoornissen die worden aangeduid met psychopathie, sociopathie of antisociale persoonlijkheidsstoornis van het bereik van de *insanity defense* uit te sluiten.⁶⁴⁴ De beperking vindt zijn oorsprong in het rapport van de Engelse Royal Commission on Capital Punishment. Volgens de commissie onderscheidt een psychopaat zich in kwantitatieve zin – door herhaald crimineel of antisociaal gedrag – van de normale mens. Er is geen sprake van een kwalitatief verschil met de “normale mens” in de zin van een stoornis van de psychische vermogens (*disease of the mind*) en daarom mogen deze stoornissen niet binnen het bereik van de *insanity defense* komen.⁶⁴⁵

De MPC test bevat een op het tweede subcriterium van de *M’Naghten rules* geënt cognitief subcriterium (*to appreciate the criminality [wrongfulness] of his conduct*) en een op de *irresistible impulse test* geïnspireerd subcriterium dat betrekking heeft op het vermogen van de verdachte zijn gedrag te controleren (*to conform his conduct to the requirements of the law*). Er is geen met het eerste subcriterium van de *M’Naghten rules* (*not to know the nature and quality of the act he was doing*) vergelijkbaar subcriterium opgenomen, omdat iemand die niet weet wat hij doet, meestal niet de subjectieve delictsbestanddelen van artikel 2.02 lid 2 MPC vervult.⁶⁴⁶ Bovendien begrijpt degene die de aard van zijn handeling niet kent per definitie evenmin dat de door hem verrichte handeling in strijd met de wet is. Het eerste subcriterium van de *M’Naghten rules* hoeft daarom geen deel uit te maken van een criterium voor *insanity*.⁶⁴⁷

In een strenge interpretatie vereisen de *M’Naghten rules* en de *irresistible impulse test* dat ieder besef (*not to know*) of iedere controle (*irresistible*) ontbreekt als gevolg van de stoornis.⁶⁴⁸ De Model Penal Code

⁶⁴⁴ ALI 1985, art. 4.01, p. 174. Zie ook LaFave 2010, p. 422, 423.

⁶⁴⁵ Royal Commission 1953, p. 135-140. De commissie merkt op dat dit standpunt herzien kan worden als meer wetenschappelijke kennis vergaard waaruit blijkt dat psychopathie óók gepaard gaat met een stoornis van het psychisch functioneren. Vgl. *U.S. v. Brawner*, 471 F.2d 969 (1972), 994: ‘The introduction or proffer of past criminal and anti-social actions is not admissible as evidence of mental disease unless accompanied by expert testimony, supported by a showing of the concordance of a responsible segment of professional opinion, that the particular characteristics of these actions constitute convincing evidence of an underlying mental disease that substantially impairs behavioral controls.’

⁶⁴⁶ ALI 1985, art. 4.02, p. 218. Zie ook paragraaf 5.1.

⁶⁴⁷ Zie ook paragraaf 6.3.4.2.

⁶⁴⁸ De *M’Naghten rules* zijn vaak niet zo streng geïnterpreteerd. In Californië wordt bijvoorbeeld een ruimere interpretatie gevolgd. (Zie paragraaf 6.3.4.1) De *irresistible impulse test* in Virginia wordt eng geïnterpreteerd, maar ook deze *test* kent ruime interpretaties. (Zie paragraaf 7.3.3.)

vereist ontbreken van *substantial capacity*. Deze bredere formulering is ingegeven doordat gedragswetenschappelijk zou zijn gebleken dat een totale afwezigheid van besef of controle slechts zeer zelden voorkomt.⁶⁴⁹ *Substantial capacity* drukt uit dat er een graduele overgang is van psychische gezondheid naar psychische stoornis en dat ook de gevallen waarin de vermogens van de verdachte aanzienlijk, maar niet volledig zijn aangetast, binnen het bereik van de *insanity defense* moeten worden gebracht:

‘[...] meaning by “substantial” a capacity of some appreciable magnitude when measured by the standard of humanity in general, as opposed to the reduction of capacity to the vagrant and trivial dimensions characteristic of the most severe afflictions of the mind.’⁶⁵⁰

Een lichte beperking is onvoldoende, maar een volledige beperking is voor een geslaagd beroep op *insanity* niet vereist. Op deze graduele schaal is het aan de jury of de rechter om te beslissen wanneer van een aanmerkelijke beperking sprake is.⁶⁵¹

Het eerste, cognitieve subcriterium van de *MPC test* kent een breder begrip van cognitie dan de *M’Naghten rules*. Volgens een strenge interpretatie van de *rules* is strafuitsluiting niet aan de orde als de verdachte beseft (*know*) dat zijn daad *wrong* was.⁶⁵² *Appreciate* drukt uit dat ook verdachten die een oppervlakkig, abstract besef hebben van de *criminality* of *wrongfulness* van hun daad, maar die de ware betekenis ervan niet kunnen doorgronden, binnen het bereik van artikel 4.01 lid 1 MPC vallen.⁶⁵³ De opstellers van de Model Penal Code achten zowel de interpretatie van *wrong* als “wederrechtelijk” (*criminal*), als die waarbij *wrong* wordt opgevat als “moreel onjuist” (*wrongful*), verdedigbaar, hoewel zij betwijfelen of er een groot verschil in uitkomst zal zijn. *Wrongfulness* is daarom in artikel 4.01 lid 1 MPC tussen haken geplaatst, zodat de wetgever of de rechter een keuze kan maken tussen beide termen.⁶⁵⁴ De dubbelzinnigheid van *wrong* in de *M’Naghten rules* is door het gebruik van twee verschillende woorden vermeden.⁶⁵⁵

⁶⁴⁹ ALI 1985, art. 4.01, p. 171-172. Zie ook het in de *Commentaries* als Appendix A opgenomen memorandum van de psychiater Guttmacher (ALI 1985, art. 4.01, p. 187-188): ‘It is safe to assume that in certain types of mental disorders – for example, marked cases of amnesia or dementia, and in individuals in severe toxic states, such an incapacity exists. But in the great majority of psychiatric cases there is no such clear cut deficiency.’

⁶⁵⁰ ALI 1985, art. 4.01, p. 172.

⁶⁵¹ ALI 1985, art. 4.01 MPC, p. 172. Zie ook LaFave 2010, p. 421.

⁶⁵² Zie paragraaf 6.2.2.2 en 6.3.4.1.

⁶⁵³ ALI 1985, art. 4.01, p. 166, 169.

⁶⁵⁴ ALI 1985, art. 4.01, p. 169-170.

⁶⁵⁵ Zie ook paragraaf 6.3.4.3.

Het tweede subcriterium is een modernisering van de *irresistible impulse test*. Een bezwaar van de Engelse Royal Commission on Capital Punishment tegen de *irresistible impulse test* is de nadruk die door de formulering ligt op het plotselinge, impulsieve karakter van de handeling:

‘The real objection to the term “irresistible impulse” is that it is too narrow, and carries an unfortunate and misleading implication that, where a crime is committed as a result of emotional disorder due to insanity, it must have been suddenly and impulsively committed after a sharp internal conflict. In many cases, such as those of melancholia, this is not true at all. [...] The criminal act, in such circumstances, may be the reverse of impulsive. It may be coolly and carefully prepared; yet it is still the act of a madman.’⁶⁵⁶

Het tweede subcriterium van de *MPC test* sluit aan bij deze kritiek. Niet het impulsieve karakter van een handeling werkt strafuitsluitend, maar het onvermogen om in overeenstemming met de eisen van de wet te handelen. Dat kan ook het geval zijn als sprake is van een stoornis die gekenmerkt wordt door *brooding or reflection*.⁶⁵⁷

9.3 De MPC test in Massachusetts

9.3.1 Inleiding

De *MPC test* is erg succesvol in de jaren zestig en zeventig van de twintigste eeuw. In veel jurisdicties wordt een op artikel 4.01 MPC geïnspireerde wettelijke bepaling aangenomen of wordt de *MPC test* in de rechtspraak aanvaard.⁶⁵⁸ Het aanvankelijke succes laat zich wellicht verklaren doordat de *test* een middenweg biedt tussen de als betrekkelijk streng en verouderd ervaren *M’Naghten rules* en *irresistible impulse test* enerzijds en de brede en problematische *product test* in het District of Columbia anderzijds. Nadat Hinckley wegens *insanity* wordt vrijgesproken van de aanslag op president Reagan,⁶⁵⁹ neemt het aantal jurisdicties waarin de *MPC test* wordt toegepast af. Tegenwoordig gelden in vijftien jurisdicties beide subcriteria van de *MPC test*. In zes jurisdicties geldt alleen het eerste subcriterium. In deze paragraaf wordt onderzocht hoe de *MPC test* wordt toegepast in de rechtspraak in Massachusetts. In Massachusetts gelden beide subcriteria.

⁶⁵⁶ Royal Commission 1953, p. 110. Zie ook paragraaf 8.2.

⁶⁵⁷ ALI 1985, art. 4.01, p. 167-168, 170-171.

⁶⁵⁸ ALI 1985, art. 4.01, p. 175-176.

⁶⁵⁹ Zie paragraaf 10.2.1.

Tot 1967 geldt in Massachusetts een combinatie van de *M’Naghten rules* en de *irresistible impulse test*.⁶⁶⁰ In 1967 gaat het Supreme Judicial Court van Massachusetts over op de *MPC test*. Het hof ziet de *MPC test* als een herformulering van de *M’Naghten rules* en de *irresistible impulse test* in moderne en begrijpelijker termen.⁶⁶¹ De model-juryinstructie luidt in Massachusetts als volgt:

‘A person is lacking in criminal responsibility if he (she) has a mental disease or defect [stoornisvereiste, JB], and as a result of that mental disease or defect either he (she) is substantially unable to appreciate the criminality – the wrongfulness – of his (her) conduct, or he (she) is substantially unable to conform his (her) conduct to the requirements of the law.’⁶⁶²

9.3.2 Het stoornisvereiste

In de Model Penal Code wordt niet gedefinieerd wat de begrippen *mental disease* en *defect* betekenen. Het Supreme Judicial Court van Massachusetts heeft zich evenmin aan een definitie gewaagd. De vaststelling of sprake is van een stoornis, is een feitelijk oordeel dat aan de jury is overgelaten. De jury is daarbij niet gebonden aan de classificaties die de in de zaak ingeschakelde gedragsdeskundigen hanteren:

‘Since, in an appropriate case, the jury must make the factual determination whether a defendant was legally insane at the time of his allegedly criminal conduct, they should be allowed to have information concerning the defendant’s mental state. Although a particular expert’s definition of the terms “mental disease or defect” is helpful to the jury in their finding, the jury are not required to adopt any particular definition as their own in a particular case. It is well established that experts differ on their definition of those terms.’⁶⁶³

⁶⁶⁰ *Commonwealth v. Rogers*, 48 Mass. 500 (1844), 501-502; *Commonwealth v. McCann*, 325 Mass. 510 (1950), 515.

⁶⁶¹ *Commonwealth v. McHoul*, 352 Mass. 544 (1967).

⁶⁶² ‘Instruction 9.200. 2009 edition. Lack of criminal responsibility’, <www.mass.gov/courts> (zoek op: <criminal model jury instructions>, geraadpleegd december 2015).

⁶⁶³ *Commonwealth v. Laliberty*, 373 Mass. 238 (1977), 242. Zie ook *Commonwealth v. Mulica*, 401 Mass. 812, (1988), 819-820. *Commonwealth v. Sheehan*, 376 Mass. 765 (1978), 769 (voetnoot 5): ‘[...] the American Law Institute used the term “mental disease or defect” not as a matter of medical terminology but rather “to resolve a specific set of legal problems”. Model Penal Code § 4.01, at 66 (Proposed Official Draft 1962).’

Een juryinstructie met de strekking dat bewijs van een pathologische gokverslaving door de jury buiten beschouwing moet worden gelaten, is om die reden fout. De jury moet op grond van het voorliggende bewijs en onafhankelijk van door gedragsdeskundigen gebruikte labels zelf beoordelen of sprake is van een stoornis.⁶⁶⁴ In Massachusetts is dus geen sprake van een psychiatrisch stoornisconcept.

Het stoornisconcept in Massachusetts is negatief gedefinieerd. Vrijwillige zelfintoxicatie – buiten het geval van *settled insanity*⁶⁶⁵ – is geen stoornis in de zin van de *MPC test* in Massachusetts.⁶⁶⁶ Een verslavingsstoornis die ertoe leidt dat de verdachte zijn gedrag niet aan de wet kan conformeren (het tweede subcriterium), is geen stoornis in de zin van de *MPC test* en kan dus niet leiden tot *insanity*.⁶⁶⁷ De uitsluiting door artikel 4.01 lid 2 MPC van stoornissen die alleen op grond van crimineel of antisociaal gedrag worden vastgesteld, is in de meeste jurisdicties overgenomen.⁶⁶⁸ In Massachusetts is artikel 4.01 lid 2 MPC niet expliciet overgenomen. *Kappler v. Commonwealth* bevat aanwijzingen dat het Supreme Judicial Court persoonlijkheidsstoornissen uitsluit van het stoornisbegrip. In die zaak overweegt het hof dat een persoonlijkheidsstoornis niet tot *insanity* onder de *MPC test* leidt. Onduidelijk is echter of het hof bedoelt dat niet aan het criterium voor *insanity* is voldaan, of dat dergelijke stoornissen buiten het stoornisvereiste van artikel 4.01 lid 2 MPC vallen.⁶⁶⁹

9.3.3 Het criterium

9.3.3.1 “Substantially unable”

De subcriteria van de *MPC test* in Massachusetts delen het vereiste dat sprake moet zijn van een aanmerkelijke beperking (*substantially unable*) als gevolg van de stoornis. Voor deze formulering werd door de opstellers van de Model Penal Code gekozen om aan de – althans in theorie – strenge eis van de *M’Naghten rules* en *irresistible impulse test* te ontkomen dat *ieder* besef en *alle* controle zouden moeten ontbreken voor een geslaagd beroep op *insanity*. Hoewel in de *Commentaries* wordt opgemerkt dat dit waarschijnlijk de

⁶⁶⁴ *Commonwealth v. Mulica*, 401 Mass. 812 (1988), 816-819.

⁶⁶⁵ *Commonwealth v. Sheehan*, 376 Mass. 765 (1978), 769-770; *Commonwealth v. Herd*, 413 Mass. 834 (1992), 840-841. Zie ook paragraaf 6.3.3.

⁶⁶⁶ *Commonwealth v. Sheehan*, 376 Mass. 765 (1978), 772; *Commonwealth v. Berry*, 457 Mass. 602 (2010), 612. Een latent aanwezige stoornis die door alcoholgebruik “getriggerd” wordt, kan wel tot een geslaagd beroep op *insanity* leiden. (*Commonwealth v. Brennan*, 399 Mass. 358 (1987), 363; *Commonwealth v. Berry*, 457 Mass. 602 (2010), 612.)

⁶⁶⁷ *Commonwealth v. Sheehan*, 376 Mass. 765 (1978), 771-772.

⁶⁶⁸ ALI 1985, art. 4.01 MPC, p. 177.

⁶⁶⁹ *Commonwealth v. Kappler*, 416 Mass. 574 (1993), 584.

belangrijkste vernieuwing is van de bestaande *tests*,⁶⁷⁰ is het Supreme Judicial Court van Massachusetts van oordeel dat toepassing van de *MPC test* op dit punt geen belangrijke materiële wijzigingen teweeg brengt. In de praktijk zullen de jury's volgens het hof ook onder de *M'Naghten rules* en de *irresistible impulse test* al wel het *substantially unable*-criterium hebben gehanteerd.⁶⁷¹ Het belangrijkste voordeel dat het hof ziet is dat gedragsdeskundigen beter uit de voeten zullen kunnen met een test die niet in binaire, maar in graduele termen is geformuleerd, waardoor een debat wordt voorkomen over de vraag of een verdachte wel of geen besef had.⁶⁷²

9.3.3.2 “To appreciate the criminality (wrongfulness) of his conduct”

Het eerste subcriterium van de *MPC test* is een herformulering van het tweede subcriterium van de *M'Naghten rules*. In plaats van de formulering van de *rules* waarin besef (*know*) van de *wrongfulness* voldoende is voor strafrechtelijke aansprakelijkheid, is gekozen voor een bredere term die uitdrukt dat de verdachte zijn gedrag daadwerkelijk op waarde heeft moeten kunnen schatten (*appreciate*), vergelijkbaar met het gebruik van *understand* in de Californische jurisprudentie onder de *M'Naghten rules*.⁶⁷³ Het Supreme Judicial Court van Massachusetts merkt daarover in *Commonwealth v. McHoul* op:

‘We think that the use of “appreciate” rather than “know” expresses what the word “know” in the classical statement of the rule means in the light of modern knowledge. Many psychiatrists, as indicated in the records in recent cases, appear to have recognized this.’⁶⁷⁴

De opstellers van de Model Penal Code willen de ambiguïteit van de in de *M'Naghten Rules* gebruikte uitdrukking *wrong* – interpreteerbaar als wederrechtelijk of moreel onjuist – vermijden door een duidelijk onderscheid te maken tussen wederrechtelijkheid (*criminality*) en moreel verwerpelijkheid (*wrongfulness*). Staten kunnen vervolgens kiezen tussen het striktere *criminality* (wederrechtelijkheid) of het ruimere *wrongfulness* (moreel onjuist). Het Supreme Judicial Court van Massachusetts maakt geen keuze uit wat als alternatieven bedoeld waren, maar gebruikt beide termen als inwisselbaar.⁶⁷⁵

⁶⁷⁰ ALI 1985, art. 4.01 MPC, p. 172.

⁶⁷¹ *Commonwealth v. McHoul*, 352 Mass. 544 (1967), 551-552. Zie ook Wechsler 1968, p. 1443.

⁶⁷² *Commonwealth v. McHoul*, 352 Mass. 544 (1967), 550-554.

⁶⁷³ Zie paragraaf 6.3.4.1.

⁶⁷⁴ *Commonwealth v. McHoul*, 352 Mass. 544 (1967), 552.

⁶⁷⁵ Zie de model-juryinstructie in paragraaf 9.3.1.

Uit de jurisprudentie zijn enige – zij het beperkte – aanwijzingen af te leiden over de wijze waarop het eerste subcriterium van *MPC test* in Massachusetts toegepast wordt in concrete zaken. Gedrag van de verdachte na het strafbare feit speelt een rol bij de vaststelling of de verdachte begreep dat zijn gedrag wederrechtelijk/moreel onjuist was. In *Commonwealth v. Keita* wordt een verdachte vervolgd voor een aanranding in een metrowagon. Bij de politie verklaart de verdachte dat hij slechts vage herinneringen heeft aan het voorval en dat hij meent per ongeluk tegen het slachtoffer te zijn opgebotst, maar dat niets strafbaars is voorgevallen. Deze verklaring mocht volgens het Supreme Judicial Court als leugenachtig worden aangemerkt. Omdat de verdachte over het feit heeft gelogen, begreep hij kennelijk de *wrongfulness* van zijn gedrag.⁶⁷⁶ De verdachte die zijn vrouw doodsteekt en vervolgens een vriend belt met de mededeling dat hij (de verdachte) gaat boeten voor wat hij heeft gedaan en zichzelf vervolgens bij de politie aangeeft, heeft eveneens begrepen dat zijn gedrag *wrongful* was.⁶⁷⁷ In dezelfde zin oordeelt het hof over de verdachte die na een schietpartij naar het huis van zijn advocaat vlucht en zich overgeeft aan de politie.⁶⁷⁸

Het eerste subcriterium van de *MPC test* is een modernisering van het tweede subcriterium van de *M'Naghten rules*. Het eerste subcriterium is daarom net als het tweede subcriterium van de *M'Naghten rules* vergelijkbaar met het subcriterium van het ORO-criterium waarin het besef van de verdachte van het ongeoorloofde van zijn handeling centraal staat.⁶⁷⁹ Anders dan de *MPC test*, lijkt het ORO-criterium volledig ontbreken van besef van het ongeoorloofde van de handeling te vereisen. Volgens het cognitieve subcriterium van het ORO-criterium is van ontoerekenbaarheid sprake als de verdachte het '[...] ongeoorloofde zijner handeling niet kan beseffen en hare gevolgen niet kan berekenen.' Het ORO-criterium lijkt daardoor strenger te zijn.

9.3.3.3 “To conform his conduct to the requirements of the law”

Om buiten twijfel te stellen dat onder het tweede subcriterium van de *MPC test* niet uitsluitend stoornissen die impulsief gedrag tot gevolg hebben tot *insanity* kunnen leiden, is gekozen voor een bredere term. De nadruk ligt niet op het impulsieve karakter van de handeling, maar op de mate waarin de verdachte in staat was zijn gedrag te controleren (*to conform his conduct to the requirements of the law*). Het Supreme Judicial Court in Massachusetts is van oordeel dat in Massachusetts de *irresistible impulse test* al breed werd uitgelegd en dat ook op dit punt de *MPC test* geen verandering in het materiële recht

⁶⁷⁶ *Commonwealth v. Keita*, 429 Mass. 843 (1999), 848-849.

⁶⁷⁷ *Commonwealth v. Sleeper*, 435 Mass. 581 (2002), 585, 601.

⁶⁷⁸ *Commonwealth v. Cullen*, 395 Mass. 225 (1985), 230.

⁶⁷⁹ Zie paragraaf 2.4.2.

teweeg brengt, maar het vooral verduidelijkt.⁶⁸⁰ Bij de toepassing van het tweede subcriterium moet volgens de opstellers van de Model Penal Code beoordeeld worden of de verdachte in aanmerkelijke mate niet in staat was (*substantially unable*) de wet na te leven (*incapacity*) of dat slechts sprake was van een (sterke) neiging (*mere disposition*) om het strafbare feit te plegen.⁶⁸¹ Hetzelfde probleem om onweerstaanbare impulsen van “gewone” impulsen tot handelen te onderscheiden doet zich voor bij de *irresistible impulse test*.⁶⁸² In de jurisprudentie in Massachusetts heeft het tweede subcriterium meer relif heeft gekregen dan het eerste.

De enkele stelling van de verdachte dat hij de controle over zichzelf verloor (*lost control* of *freaked out*) is onvoldoende om aanspraak te kunnen maken op een juryinstructie terzake van *insanity*.⁶⁸³ De verdachte in *Commonwealth v. Mills*, die onder opmerkelijke omstandigheden zijn dochter heeft aangevallen met een mes, heeft echter wel recht op een juryinstructie omdat hij mogelijk zijn gedrag niet kon controleren:

‘His conduct on that day could well simply have been based on anger, jealousy, and frustration which ultimately he took out on the focus of these emotions. But the defendant’s preassault conduct (irrationally resisting arrest, violating the terms of the restraining order, and crossing a street toward the victim paying no attention to the traffic), his asserted state of mind, his observed conduct, his physical condition at the time of the stabbings, and his arguably suicidal attitude following the assault made a jury question of his criminal responsibility.’⁶⁸⁴

In *Commonwealth v. Monico* heeft de verdachte als gevolg van een auto-ongeluk een hersenbeschadiging opgelopen die volgens een getuige-deskundige kan leiden tot impulsieve en gewelddadige handelingen. Ook onder die omstandigheden bestaat redelijke twijfel aan het vermogen van de verdachte om de wet na te leven en is een juryinstructie terzake van *insanity* geboden.⁶⁸⁵ De verdachte in *Commonwealth v. Berry* lijdt (onder meer) aan een hersentumor die zonder duidelijke provocatie leidt tot plotselinge opwindning en agressief

⁶⁸⁰ *Commonwealth v. McHoul*, 352 Mass. 544 (1967), 553: ‘Although the issue has been, as Chief Justice Shaw in substance stated, whether the defendant was irresistibly impelled to the act done, the emphasis, in modern times, has inevitably been on the concept expressed in the word “irresistible”.’

⁶⁸¹ ALI 1985, art. 4.01 MPC, p. 170-171.

⁶⁸² Zie paragraaf 7.2.

⁶⁸³ *Commonwealth v. Seabrooks*, 425 Mass. 507 (1997), 516. Zie ook *Commonwealth v. Sleeper*, 435 Mass. 581 (2002), 601.

⁶⁸⁴ *Commonwealth v. Mills*, 400 Mass. 626 (1987), 631.

⁶⁸⁵ *Commonwealth v. Monico*, 396 Mass. 793 (1986), 797-803.

gedrag. In dat geval kan voldaan zijn aan het tweede subcriterium.⁶⁸⁶

In *Commonwealth v. Roman* stelt de verdachte – onderbouwd met deskundigenbewijs – dat zij aan een meervoudige persoonlijkheidsstoornis lijdt. Het strafbare feit zou zijn gepleegd door “Vicky”, één van haar veronderstelde persoonlijkheden. Haar “kernpersoonlijkheid” “Norma” zou geen controle hebben kunnen uitoefenen over de gedragingen van “Vicky” en om die reden zou ze moeten worden vrijgesproken op grond van *insanity*. Het Supreme Judicial Court oordeelt echter dat strafrechtelijke aansprakelijkheid moet worden beoordeeld op grond van de geestesgesteldheid van de verdachte ten tijde van het feit, zodat irrelevant is dat haar “kernpersoonlijkheid” op het moment van plegen geen controle uitoefende.⁶⁸⁷

Op grond van de zaken *Mills*, *Monico* en *Berry* zou voorzichtig de conclusie getrokken kunnen worden dat het tweede subcriterium van de MPC test in de toepassing ervan in Massachusetts niet wezenlijk verschilt van de *irresistible impulse test* in Virginia. In de drie zaken – de enige drie waarin het Supreme Judicial Court een nieuwe behandeling beveelt omdat mogelijk aan het subcriterium is voldaan – speelt een rol dat het gaat om niet uit “normale” motieven te verklaren vreemd en impulsief gedrag, niet om gedrag dat gekenmerkt wordt door *brooding and reflection*.

Het eerste subcriterium van de MPC test kan met het cognitieve subcriterium van het ORO-criterium worden vergeleken, zij het dat het ORO-criterium afwezigheid van *ieder* besef van het ongeoorloofde van de handeling lijkt te vereisen. De vergelijkbaarheid van de MPC test met het ORO-criterium gaat echter verder. Anders dan de *M’Naghten rules* kent de MPC test een subcriterium dat draait om de mate waarin de verdachte in staat is geweest in overeenstemming met de wet te handelen. In de *Commentaries* wordt dit subcriterium in verband gebracht met de wil van de verdachte.⁶⁸⁸ Daardoor lijkt het een vergelijkbare strekking te hebben als het vermogen van de verdachte om ten aanzien van het strafbare feit zijn wil te bepalen dat als subcriterium van het ORO-criterium geldt. Omdat dit subcriterium van het ORO-criterium nauwelijks uitgewerkt is in de Nederlandse literatuur,⁶⁸⁹ is echter moeilijk na te gaan in welke mate de subcriteria een vergelijkbaar toepassingsbereik hebben. Het volitieve subcriterium van het ORO-criterium lijkt een ruimere interpretatie toe te laten dan de schijnbaar beperkte interpretatie van het tweede subcriterium van de MPC test in Massachusetts. Het volitieve subcriterium van het ORO-criterium vereist niet dat sprake is van impulsief gedrag. Wel lijkt ook het volitieve subcriterium van het ORO-

⁶⁸⁶ *Commonwealth v. Berry*, 457 Mass. 602 (2010), 615-616.

⁶⁸⁷ *Commonwealth v. Roman*, 414 Mass. 235 (1993), 239-240. Het Supreme Judicial Court verwijst naar *State v. Grimsley*, 3 Ohio App. 3d 265 (1982) en *Kirkland v. State*, 166 Ga. App. 478 (1983). Zie ook *Commonwealth v. Mattson*, 377 Mass. 638 (1979), 643-644.

⁶⁸⁸ ALI 1985, art. 4.01 MPC, p. 170.

⁶⁸⁹ Zie paragraaf 2.4.2.

criterium de afwezigheid van *ieder* vermogen om ten aanzien van het feit de wil te bepalen te eisen, omdat de verdachte *buiten staat* moet zijn zijn wil te bepalen. In zoverre is het ORO-criterium mogelijk strenger.

Van Dijk stelt eveneens dat het ontbreken van controle tot ontoerekenbaarheid moet leiden. Op het eerste gezicht bestaat daardoor een gelijkenis met het tweede subcriterium van de *MPC test*. Van Dijk brengt het ontbreken van controle echter in verband met het realiteitsbesef van de verdachte. Onder de *MPC test* moet een stoornis in het realiteitsbesef van de verdachte beoordeeld worden in het kader van het eerste subcriterium.

9.3.3.4 De rol van de omstandigheden van het geval bij het oordeel over insanity

In de jurisprudentie van het Supreme Judicial Court van Massachusetts is naast de factoren die specifiek op één van beide subcriteria betrekking hebben een rol weggelegd voor de omstandigheden van het geval bij het oordeel over *insanity*. De omstandigheden waaronder het strafbare feit is gepleegd – in het bijzonder het gedrag van de verdachte – kunnen aanwijzingen opleveren over de geestesgesteldheid van de verdachte ten tijde van het strafbare feit.⁶⁹⁰ Een provocatie die ook een psychisch gezond persoon tot een doodslag had kunnen brengen, is bijvoorbeeld een aanwijzing voor *sanity*.⁶⁹¹ Normaal spreken, gecontroleerd handelen en besef van tijd en plaats zijn dat eveneens.⁶⁹² Geen herinnering hebben aan het strafbare feit en een gevoel hebben te “drijven”, kunnen echter een juryinstructie terzake van *insanity* rechtvaardigen.⁶⁹³ “Begrijpelijke” motieven als winstbejag en zorgvuldige planning pleiten tegen het aannemen van *insanity*.⁶⁹⁴ Het ontbreken van een doordacht plan en rationeel motief voor een moord zijn juist weer sterke aanwijzingen voor *insanity*.⁶⁹⁵ Ontbreekt een langere geschiedenis van opname en behandeling in psychiatrische instellingen, dan mag deskundigenbewijs dat op *insanity* duidt sceptisch tegemoet worden getreden.⁶⁹⁶

⁶⁹⁰ *Commonwealth v. Smith*, 357 Mass. 168 (1970), 179-180; *Commonwealth v. Kostka*, 370 Mass. 516 (1976), 538; *Commonwealth v. LaPlante*, 416 Mass. 433 (1993), 443-444.

⁶⁹¹ *Commonwealth v. Ricard*, 355 Mass. 509 (1969), 514; *Commonwealth v. Rasmusen*, 444 Mass. 657, (2005), 663-664.

⁶⁹² *Commonwealth v. O'Brien*, 377 Mass. 772 (1979), 781-782; *Commonwealth v. Cole*, 380 Mass. 30 (1980), 36; *Commonwealth v. Lunde*, 390 Mass. 42 (1983), 47-48.

⁶⁹³ *Commonwealth v. Laliberty*, 373 Mass. 238 (1977), 246-247. Zie ook *Commonwealth v. Mills*, 400 Mass. 626 (1987), 630.

⁶⁹⁴ *Commonwealth v. Kostka*, 370 Mass. 516 (1976), 538; *Commonwealth v. Walker*, 370 Mass. 548 (1976), 582-583.

⁶⁹⁵ *Commonwealth v. Mutina*, 366 Mass. 810 (1975); *Commonwealth v. Kostka*, 370 Mass. 516 (1976), 538.

⁶⁹⁶ *Commonwealth v. Cole*, 380 Mass. 30 (1980), 36; *Commonwealth v. Cullen*, 395 Mass. 225 (1985), 229.

Hoofdstuk 10

De *mens rea*-benadering van *insanity* en *diminished capacity*

10.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden twee met de *insanity defense* verwante leerstukken onderzocht. De *mens rea*-benadering van *insanity* wordt besproken omdat het een alternatieve benadering van *insanity* pretendeert te zijn. *Diminished capacity* is vergelijkbaar met wat in de Nederlandse literatuur en rechtspraak verminderde toerekeningsvatbaarheid wordt genoemd.

10.2 De *mens rea*-benadering van *insanity*

10.2.1 Hervormingen na de vrijspraak van Hinckley

In de Verenigde Staten bestaat een lange traditie van scepsis jegens de *insanity defense*.⁶⁹⁷ President Nixon merkt in 1973 bijvoorbeeld in zijn *State of the Union message to the Congress on law enforcement and drug abuse prevention* op: 'The standard [voor *insanity*, JB] has become so vague in some instances that it has led to unconscionable abuse by defendants.'⁶⁹⁸ Deze sluimerende scepsis krijgt een krachtige dynamiek na de vrijspraak wegens *insanity* van John Hinckley van een aanslag op president Reagan.⁶⁹⁹

Hinckley schiet op 30 maart 1981 met een revolver op Reagan en verwondt daarbij de president. De door de verdediging ingeschakelde gedragsdeskundigen verklaren allen – hoewel de exacte diagnose verschilt – dat Hinckley psychotisch was voorafgaande aan en tijdens de aanslag. Hij zou aan waanvoorstellingen hebben geleden die deels ontleend waren aan de film *Taxi Driver*.⁷⁰⁰ Door de aanklager ingeschakelde gedragsdeskundigen

⁶⁹⁷ Maeder 1985, p. 52-72; Simon & Aarensen 1988, p. 171-181. Al in 1909 wordt in de staat Washington een wet aangenomen waarbij *insanity* als strafuitsluitingsgrond wordt afgeschaft. De afschaffing wordt in 1910 door het Supreme Court van Washington (*Washington v. Strassburg*, 60 Wash. 106 (1910)) ongrondwettelijk verklaard. Als een jurylid tegenstander van de *insanity defense* is, kan dat in sommige jurisdicties een grond zijn hem of haar uit de jury te verwijderen. (Zie bijvoorbeeld *Commonwealth v. Seguin*, 421 Mass. 243 (1995), 247-248.)

⁶⁹⁸ *Public papers of the Presidents of the United States. Richard Nixon. Containing the public messages, statements and speeches of the President.* 1973, p. 195

⁶⁹⁹ Zie ook Lensing 1996, p. 284-287.

⁷⁰⁰ In *Taxi Driver* (Scorsese, 1976) speelt Robert De Niro een taxichauffeur, Travis Bickle.

verklaren daarentegen dat weliswaar sprake is van enkele stoornissen van geringere ernst, maar dat Hinckley niet psychotisch was. De rechter instrueert de jury volgens de dan voor het federale recht geldende *MPC test*. Op 21 juni 1981 oordeelt de jury Hinckley *not guilty by reason of insanity*.⁷⁰¹ Omdat jury-uitspraken niet gemotiveerd worden, is onbekend op grond van welk subcriterium van de *MPC test* Hinckley is vrijgesproken.⁷⁰²

The New York Times spreekt na de vrijspraak van een '[...] cascade of public outrage'.⁷⁰³ Volgens een telefonische *poll* van ABC News zou 76 procent van de ondervraagden de uitkomst van het proces tegen Hinckley onrechtvaardig vinden.⁷⁰⁴ Diverse professionele organisaties voelen de noodzaak een verklaring over de *insanity defense* uit te geven. De American Medical Association neemt een resolutie aan waarin zij zich uitspreekt vóór afschaffing van *insanity* als strafuitsluitingsgrond.⁷⁰⁵ De American Psychiatric Association spreekt zich uit tegen afschaffing van de *insanity defense*, maar vóór beperking van *insanity* tot een cognitieve *test*, zoals de *M'Naghten rules* of het eerste subcriterium van de *MPC test*. Over cognitieve capaciteiten kan volgens de American Psychiatric Association met een redelijke mate van betrouwbaarheid worden gerapporteerd. Het verschil tussen een onweerstaanbare impuls en een impuls die niet weerstaan is, is echter '[...] probably no sharper than that between twilight and dusk'.⁷⁰⁶ Het pleidooi van de American Psychiatric Association wordt ondersteund door een resolutie van de American Bar Association.⁷⁰⁷

Na te zijn afgewezen door een vrouw doet Bickle een poging de presidentskandidaat voor wie de vrouw werkt van het leven te beroven. Nadat die poging mislukt, doodt Bickle onder anderen de souteneur van een twaalfjarige prostituee. De rol van de prostituee wordt door Jodie Foster vertolkt. Hinckley benadert Foster diverse malen voorafgaand aan de aanslag op Reagan.

⁷⁰¹ Zie Bonnie, Jeffries & Low 2008, p. 23-119 voor een uitvoerige weergave van feiten, verklaringen van getuige-deskundigen, pleidooien en de instructie aan de jury.

⁷⁰² Vgl. Bonnie, Jeffries & Low 2008, p. 124-125.

⁷⁰³ Taylor, *The New York Times* 23 juni 1982, p. 21.

⁷⁰⁴ *The New York Times* 24 juni 1982, p. 21.

⁷⁰⁵ American Medical Association 1983, p. 57.

⁷⁰⁶ APA 1983, p. 683-685. In het 'Position statement on the insanity defense' uit 2014 stelt de American Psychiatric Association: 'The APA does not favor any particular legal standard for the insanity defense over another, so long as the standard is broad enough to allow meaningful consideration of the impact of serious mental disorders on individual culpability.' ('Position statement on the insanity defense', <www.psychiatry.org> (zoek op: <insanity defense>, geraadpleegd december 2015).)

⁷⁰⁷ American Bar Association 1989, p. 335-336. De standpunten van de American Psychiatric Association en de American Bar Association zijn sterk beïnvloed door Bonnie 1983.

Tegen deze achtergrond vinden veel hervormingen plaats, grotendeels gericht op restrictie van (het gebruik van) de *insanity defense*. In de periode tussen 1978 en 1990 vinden in 34 jurisdicties 124 verschillende hervormingen plaats, tachtig procent daarvan na de vrijspraak van Hinckley.⁷⁰⁸ Steadman e.a. maken een onderverdeling in zes categorieën hervormingen:⁷⁰⁹

- De *test* voor *insanity* wordt in elf jurisdicties aangepast. In de meeste gevallen wordt de *MPC test* vervuld voor de (vermeend) strengere *M'Naghten rules*, onder andere in het federale strafrecht.⁷¹⁰
- Na Hinckleys vrijspraak verschuift in zeventien staten de bewijslast (*burden of proof*) van de aanklager naar de verdediging. In achttien staten wordt de bewijsstandaard (*standard of proof*) aangepast.
- Invoering van een *guilty but mentally ill*-dictum met handhaving van *insanity* als strafuitsluitingsgrond vindt plaats in acht staten. Op grond van een *guilty but mentally ill*-dictum kan een psychisch gestoorde verdachte die niet op grond van *insanity* wordt vrijgesproken tijdens het ondergaan van zijn gevangenisstraf behandeld worden.⁷¹¹ Artikel 13 Sr kent een vergelijkbare mogelijkheid.
- Procedurele hervormingen vinden in zeven staten plaats, bijna even vaak vóór Hinckleys vrijspraak als erna. Hieronder vallen hervormingen in de structuur van het proces – bijvoorbeeld invoering van een *bifurcated trial* zoals in Californië⁷¹² – en aanpassing van de rol van de getuigedeskundige.
- In 29 staten worden procedures voor de opname in en ontslag uit een psychiatrische inrichting van op grond van *insanity* vrijgesproken verdachten aangepast.
- In Utah (1983), Nevada (1995) en Kansas (1996) kan een psychische stoornis na Hinckleys vrijspraak slechts een rol spelen in het kader van een bewijsverweer waarbij de *mens rea* van de verdachte wordt betwist. Dit wordt de *mens rea*-benadering van *insanity* genoemd.⁷¹³

⁷⁰⁸ Steadman e.a. 1993, p. 35-36.

⁷⁰⁹ Steadman e.a. 1993, p. 34-38. Zie ook Bonnie, Jeffries & Low 2008, p. 127-138.

⁷¹⁰ Door de *Insanity Defense Reform Act* van 1983 (*Comprehensive Crime Control Act* 1984, S. Rep. No. 98-225, p. 222-231) werd de federale *MPC test* vervangen door een variant van de *M'Naghten rules* (artikel 18.17 lid a USC).

⁷¹¹ Bonnie e.a. 2004, p. 652-653; LaFave 2010, p. 457-458. Zie bijvoorbeeld artikel 35.36.2.5 lid a jo lid c *Indiana Code*.

⁷¹² Zie paragraaf 6.3.4.2.

⁷¹³ Artikel 76.2.305 *Utah Code*, artikel 193.220 (oud) *Nevada Revised Statutes*, resp. artikel 22.3220 *Kansas Code*. In *Montana* (artikel 46.14.102 *Montana Code*) en *Idaho* (artikel 18.207 *Idaho Code*) was *insanity* als strafuitsluitingsgrond al in 1979, respectievelijk 1982 afgeschaft.

10.2.2 De mens rea-benadering in Kansas

Tot 1 januari 1996 gelden in Kansas de *M’Naghten rules* (artikel 22.3220 Kansas Statutes).⁷¹⁴ Daarna zijn de *rules* vervangen door de volgende bepaling (artikel 21.5209 Kansas Statutes):

‘It shall be a defense to a prosecution under any statute that the defendant, as a result of mental disease or defect, lacked the culpable mental state required as an element of the crime charged. Mental disease or defect is not otherwise a defense.’

Een psychische stoornis kan slechts tot vrijspraak leiden als *mens rea* – de in de delictsomschrijving opgenomen *culpable mental state* – daardoor niet bewezen kan worden. *Insanity* is in Kansas geen strafuitsluitingsgrond (*affirmative defense*).⁷¹⁵ Een *not guilty by reason of insanity*-dictum wordt niet gegeven. Als de verdachte wordt vrijgesproken omdat *mens rea* als gevolg van een stoornis niet bewezen kan worden, dan moet de jury dat vermelden en kan dat een grond zijn voor gedwongen opname (artikel 22.3221 jo 22.3428 Kansas Statutes).

Uit *State v. Pennington* blijkt het beperkte bereik van de *mens rea*-benadering in vergelijking met *insanity* als *affirmative defense*. Een deskundige verklaart dat Pennington strafbare feiten heeft begaan onder invloed van waanvoorstellingen. Hoewel Pennington met *intent* handelde, was zijn *intent* volgens de deskundige gebaseerd op waanvoorstellingen en daardoor niet rationeel of betekenisvol. Het *Supreme Court* van Kansas oordeelt dat de verklaring van de deskundige niettemin van het bewijs mag worden uitgesloten:⁷¹⁶

‘[...] under the *mens rea* approach, it is no longer relevant whether intent is formed rationally or whether it is formed based on delusions. As the Court of Appeals’ majority correctly recognized, intent formed on the basis of delusions may have provided a defense under the prior insanity approach, but not under the *mens rea* approach.’⁷¹⁷

⁷¹⁴ *State v. Hedges*, 269 Kan. 895 (2000), 900-901.

⁷¹⁵ *State v. Jorrick*, 269 Kan. 72 (2000), 81-83; *State v. Bethel* (275 Kan. 456 (2003), 462-463; *State v. White*, 279 Kan. 326 (2005), 333-334. Zie over de achtergronden van de invoering van de *mens rea*-benadering in Kansas en een kritische analyse: Rosen 1998.

⁷¹⁶ Uit de laatste volzin van artikel 21.509 Kansas Statutes vloeit voort dat de verdachte slechts bewijs van een psychische stoornis kan introduceren dat een bewijsverweer ten aanzien van *mens rea* kan ondersteunen. (*State v. Hedges*, 269 Kan. 895 (2000), 904; *State v. Pennington*, 281 Kan. 426 (2006), 435-436; *State v. White*, 279 Kan. 326 (2005), 341.)

⁷¹⁷ *State v. Pennington*, 281 Kan. 426 (2006), 434-435.

Het Nederlandse equivalent van de *mens rea*-benadering zou zijn om het ontslag van alle rechtsvervolging op grond van ontoerekenbaarheid af te schaffen en een stoornis slechts nog te laten disculperen in de zeldzame situatie dat de verdachte geen *culpa*, opzet of voorbedachte raad heeft gehad als gevolg van een psychische stoornis. De benaming *mens rea approach* wekt ten onrechte de suggestie dat het “slechts” om een andere benadering van *insanity* gaat. *Insanity* wordt feitelijk afgeschaft als strafuitsluitingsgrond. Over de grondwettelijkheid van de afschaffing van *insanity* als *affirmative defense* bestaat geen consensus. Het federale Supreme Court heeft zich daarover niet uit willen laten en statelijke hooggerechtshoven zijn verdeeld.⁷¹⁸

Populistische motieven – het publiek zou vinden dat misdadigers “wegkomen” met de *insanity defense* – worden wel genoemd als reden voor afschaffing van *insanity* als strafuitsluitingsgrond en de invoering van de *mens rea*-benadering.⁷¹⁹ Ontegenzeggelijk heeft de benadering aan populariteit gewonnen na de ophef wegens de vrijspraak van Hinckley op grond van *insanity*. Niettemin heeft de *mens rea*-benadering academische wortels. Hart en Morris zijn twee invloedrijke voorstanders van de *mens rea*-benadering van *insanity*.⁷²⁰

10.3 *Diminished capacity*

10.3.1 *Inleiding*

Onder de noemer *diminished capacity* (ook wel *partial* of *diminished responsibility* genoemd) worden in de Amerikaanse literatuur drie verschillende leerstukken geschaard. Het gaat om situaties waarin niet voldaan is aan de voorwaarden voor *insanity*, maar waarin de psychische stoornis van de verdachte niettemin een grond voor verlaging van de op te leggen straf vormt.

⁷¹⁸ Het Supreme Court van Nevada heeft de afschaffing van *insanity* als strafuitsluitingsgrond in strijd met het recht op *due process* in de eigen grondwet en in de federale grondwet geoordeeld. (*Finger v. State*, 117 Nev. 548 (2001)). De hooggerechtshoven van Montana (*State v. Korell*, 213 Mont. 316 (1984)), Utah (*State v. Herrera II*, 1999 UT 64 (1999)), Kansas (*State v. Bethel*, 275 Kan. 456 (2003)) en Idaho (*State v. Delling*, 267 P.3d 709 (2011)) komen tot de tegenovergestelde conclusie. Zowel in *Herrera v. Utah* (528 U.S. 1049 (1999)), *Bethel v. Kansas* (540 U.S. 1006 (2003)), *Delling v. Idaho* (133 S.Ct. 504 (2012)) als in *Nevada v. Finger* (534 U.S. 1127 (2001)) heeft het federale Supreme Court *writ of certiorari* geweigerd. (Zie ook Morse & Bonnie 2013.)

⁷¹⁹ Rosen 1998.

⁷²⁰ Hart (1968) 2008, p. 205; Morris 1982, p. 53-87. De *mens rea*-benadering is erg kritisch ontvangen. (Zie onder meer Bonnie 1983, p. 195-196; Goldstein 1967, p. 222-226; Morse & Bonnie 2013. Zie ook LaFave 2010, p. 394-397.) In Kansas is de *mens rea*-benadering mede onder invloed van Spring (1979) aangenomen. (Rosen 1998, p. 257-258.)

De eerste vorm van *diminished capacity* is een bewijsverweer en kan het *mens rea*-model van *diminished capacity* worden genoemd.⁷²¹ In dit concept van *diminished capacity* heeft een stoornis tot gevolg dat een bepaald subjectief delictsbestanddeel niet bewezen kan worden. Soms volgt dan veroordeling voor een minder ernstig delict. Een stoornis kan er bijvoorbeeld toe leiden dat de subjectieve bestanddelen *premeditation* of *deliberation* niet bewezen kunnen worden, terwijl *intent* om het slachtoffer te doden wel bestond. Het feit kan dan niet als *first degree murder* worden gekwalificeerd, maar wel als *second degree murder*.⁷²² In het Nederlandse recht kan gedacht worden aan de situatie waarin voorbedachte raad niet bewezen kan worden als gevolg van een stoornis, maar opzet wel.⁷²³

Een tweede variant kan “formele matiging” (*formal mitigation*) worden genoemd.⁷²⁴ In dit model wordt door de jury (of de rechter) vastgesteld dat de stoornis van de verdachte maakt dat het feit hem in verminderde mate kan worden toegerekend. *Diminished capacity* leidt in dat geval tot kwalificatie als een feit met een lager strafmaximum dan wanneer geen sprake was geweest van een stoornis. Het is geen bewijsverweer zoals in het *mens rea*-model, maar een in de kwalificatiebeslissing verwerkte (formele) erkenning dat de verdachte in mindere mate verantwoordelijk is voor het feit als gevolg van zijn stoornis. In Engeland en Wales leidt *diminished capacity* op grond van artikel 2 lid 1 Homicide Act 1957 tot kwalificatie van een moord of doodslag als *manslaughter* in plaats van *murder*. De strafmaat is dan aanmerkelijk lager dan de voor *murder* verplicht voorgeschreven levenslange gevangenisstraf.⁷²⁵ Het Nederlandse equivalent zou zijn om op grond van verminderde toerekeningsvatbaarheid een moord als een doodslag te kwalificeren. Geen enkele Amerikaanse jurisdictie heeft dit model erkend.⁷²⁶

De laatste variant – die informele matiging (*informal mitigation*) kan worden genoemd⁷²⁷ – houdt verband met de in het Anglo-Amerikaanse recht aan de rechter toegekende bevoegdheid om de straf te bepalen. De psychische gesteldheid van de verdachte is één van de factoren die bij het bepalen van de straf meegewogen mag worden. *Diminished capacity* in deze betekenis vertoont verwantschap met het Nederlandse concept van verminderde toerekeningsvatbaarheid. Vermindering van de toerekeningsvatbaarheid kan van invloed zijn op de straftoemeting.⁷²⁸ Vanwege de verwantschap

⁷²¹ Arenella 1977, p. 828-829.

⁷²² Zie bijvoorbeeld *Dejarnette v. Commonwealth*, 75 Va. 867 (1881), 880-881; *People v. Goedecke*, 65 Cal. 2d 850 (1967); *U.S. v. Brawner*, 471 F.2d 969 (1972), 998-999. Zie ook Lafave 2010, p. 478, 809-813.

⁷²³ Bijvoorbeeld Hof Amsterdam 17 september 2010, LJN BN7345.

⁷²⁴ Arenella 1977, p. 829-831.

⁷²⁵ Ashworth 2009, p. 265-267.

⁷²⁶ Bonnie e.a. 2004, p. 604-605.

⁷²⁷ Arenella 1977, p. 850, 863.

⁷²⁸ Zie paragraaf 13.7.

met verminderde toerekeningsvatbaarheid zal in deze paragraaf worden onderzocht hoe *diminished capacity* in de betekenis van *informal mitigation* wordt toegepast.⁷²⁹ Daarvoor moet een onderscheid worden gemaakt tussen jurisdicties waar sprake is van *indeterminate sentencing* en jurisdicties waar de straftoemeting gereguleerd is.

10.3.2 Indeterminate sentencing en psychische stoornis

De onbepaalde straf (*indeterminate sentence*) is een model voor straftoemeting waarin de rechter in eerste aanleg (*trial judge*) een zeer ruime discretionaire bevoegdheid toekomt bij de bepaling van de strafmaat.⁷³⁰ Het model ontleent zijn naam aan het feit dat de straftoemeting in twee opzichten onbepaald is. In de eerste plaats is sprake van een ruime bandbreedte tussen de wettelijke minimum- (indien aanwezig) en maximumstraf. De rechter is vrij om binnen deze bandbreedte de straf te bepalen. In zoverre is sprake van een gelijkenis met het Nederlandse stelsel, waarin de rechter ook een ruime discretionaire bevoegdheid heeft om de strafmaat te bepalen. De toetsing in hoger beroep beperkt zich tot de vraag of de rechter binnen de wettelijke grenzen is gebleven. In de tweede plaats is de door de rechter opgelegde straf niet van vaststaande duur, maar wordt binnen de wettelijke bandbreedte vaak een minimumtermijn bepaald na afloop waarvan de verdachte voor voorwaardelijke invrijheidstelling (*parole*) in aanmerking komt. Een maximumtermijn wordt altijd vastgesteld.⁷³¹ Een *parole board* bepaalt de voorwaarden waaronder en het moment waarop de verdachte in vrijheid wordt gesteld.⁷³² De maximumstraf mag uiteraard

⁷²⁹ Het federale Supreme Court heeft geoordeeld dat het vanwege een lagere mate van verwijtbaarheid in strijd is met het grondwettelijke verbod van *cruel and unusual punishment* om de doodstraf aan *mentally retarded persons* op te leggen. (*Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002). Zie ook *Hall v. Florida*, 572 U.S. _ (2014); *Brumfield v. Cain*, 576 U.S. _ (2015).) Deze vorm van verminderde toerekeningsvatbaarheid blijft buiten beschouwing, omdat hij alleen betrekking heeft op de oplegging van de doodstraf en daarom niet relevant is voor vergelijking met het Nederlandse recht.

⁷³⁰ Er zijn grote verschillen tussen de jurisdicties in de wijze waarop de bevoegdheden in de straftoemeting verdeeld zijn over diverse actoren zoals wetgever, rechter en jury. Generaliseringsen zijn van beperkte betekenis. (Campbell 2004, p. 103-104.) Het is daarom niet mogelijk recht te doen aan alle verschillende straftoemetingsmodellen. (Zie Reitz 1998 voor een overzichtelijke schematische conceptualisering van de rol die verschillende actoren spelen in enkele mogelijke modellen van *indeterminate* en gereguleerde straftoemetingsmodellen.) Alleen bij opleggen van de doodstraf speelt de jury doorgaans een rol bij de straftoemeting. (Campbell 2004, p. 387.)

⁷³¹ De minimumtermijn kan zeer hoog zijn. In *U.S. v. O'Driscoll* (761 F.2d 589 (1985)) werd een veroordeling tot driehonderd jaar gevangenisstraf met een minimum van 99 jaar in stand gelaten.

⁷³² Er bestaan ook bij wet bepaalde algemene voorwaarden voor voorwaardelijke invrijheidstelling. (Zie bijvoorbeeld artikel 33.16.150 Alaska Statutes.)

niet overschreden worden.⁷³³

De onbepaalde straf is eind negentiende eeuw ontstaan en lange tijd dominant geweest in de Verenigde Staten. In de jaren vijftig van de twintigste eeuw wordt het model in alle jurisdicties toegepast.⁷³⁴ Speciale preventie is het doel van de onbepaalde straf, gebaseerd op een met de Moderne Richting vergelijkbaar progressief geloof in de mogelijkheid om de verdachte te hervormen en te rehabiliteren.⁷³⁵ In *Williams v. New York* overweegt het federale Supreme Court:

‘Undoubtedly the New York statutes emphasize a prevalent modern philosophy of penology that the punishment should fit the offender and not merely the crime. [...] Today’s philosophy of individualizing sentences makes sharp distinctions for example between first and repeated offenders. Indeterminate sentences the ultimate termination of which are sometimes decided by non-judicial agencies have to a large extent taken the place of the old rigidly fixed punishments. The practice of probation which relies heavily on non-judicial implementation has been accepted as a wise policy. Execution of the United States parole system rests on the discretion of an administrative parole board. [...] Retribution is no longer the dominant objective of the criminal law. Reformation and rehabilitation of offenders have become important goals of criminal jurisprudence.’⁷³⁶

De voor rehabilitatie noodzakelijke voorwaarde om de straf te individualiseren, noopt tot een grote mate van rechterlijke discretie en een systeem waarin de strafduur afhankelijk is van het moment waarop de verdachte geacht kan worden terug te kunnen keren in de maatschappij.⁷³⁷

Omdat de rechter de strafmaat doorgaans niet motiveert, de toetsing van de onbepaalde straf in hoger beroep beperkt is tot de vraag of de wettelijke grenzen ten aanzien van de strafduur in acht zijn genomen en de uiteindelijke beslissing tot invrijheidstelling in handen van een *parole board* is, is weinig bekend over de wijze waarop verschillende factoren de feitelijke strafduur beïnvloeden.⁷³⁸ Niettemin zijn er goede gronden om aan te nemen dat een psychische stoornis in een systeem van onbepaalde straffen doorgaans aanleiding zal zijn voor een hogere minimum- en maximumtermijn en voor

⁷³³ Campbell 2004, p. 105-110; Demleitner e.a. 2004, p. 69; Reitz 1998, p. 398-401, 419.

⁷³⁴ Demleitner e.a. 2004, p. 69.

⁷³⁵ Zie voor een gedetailleerde studie naar de achtergronden en toepassing van de onbepaalde straf: Rothman 1980, p. 43-201. Zie ook Campbell 2004, p. 6-10, 105.

⁷³⁶ *Williams v. New York*, 337 U.S. 241 (1949), 247-248.

⁷³⁷ Zie ook Campbell 2004, p. 107.

⁷³⁸ Demleitner e.a. 2004, p. 69.

een latere invrijheidstelling. Een stoornis die niet genezen is, zal – onder gelijke overige omstandigheden – de rehabilitatie van de verdachte immers belemmeren en er vaak juist de oorzaak van zijn dat de verdachte een gevaar voor de maatschappij vormt.⁷³⁹ Dat komt duidelijk naar voren in de hiervóór aangehaalde zaak *Williams v. New York*. De jury had oplegging van een levenslange gevangenisstraf geadviseerd voor een door Williams gepleegde moord. Op grond van later verkregen aanvullende informatie legt de rechter in eerste aanleg echter de doodstraf op, onder andere omdat de verdachte een *morbid sexuality* zou hebben en een gevaar voor de samenleving is.⁷⁴⁰ Het federale Supreme Court vindt deze motivering niet problematisch:

‘To aid a judge in exercising this discretion intelligently the New York procedural policy encourages him to consider information about the convicted person’s past life, health, habits, conduct, and mental and moral propensities.’⁷⁴¹

De Model Penal Code staat sterk in het teken van het ideaal van rehabilitatie en kent de rechter de daarbij behorende ruime discretie in de bepaling van de strafmaat toe.⁷⁴² Een stoornis is niet opgenomen in de opsomming van gronden om af te zien van oplegging van een gevangenisstraf (artikel 7.01 MPC). Als een verdachte gevaarlijk en *mentally abnormal* is, is op grond van artikel 7.03 lid 3 MPC een stoornis wél grond voor een langere gevangenisstraf (*extended term*).⁷⁴³ Voor een *felony of the second degree* stijgt de bandbreedte van een minimumstraf tussen de één en drie jaar en een maximum van tien jaar (artikel 6.06 lid 2 MPC) in dat geval naar een minimumstraf tussen één en vijf jaar met een maximumduur tussen de tien en twintig jaar (artikel 6.07 lid 2 MPC). Bij de vaststelling of de verdachte voor voorwaardelijke invrijheidstelling in aanmerking komt, is de mentale gezondheid van de verdachte – inclusief een *disability or handicap* die zijn vermogen om zich aan de wet te houden beperkt – één van de factoren die in de afweging moet worden betrokken (artikel 305.9 lid 2 sub i MPC).

In het op rehabilitatie gerichte model van onbepaalde straffen lijkt de stoornis van de verdachte vooral een grond voor strafverzwaring te zijn. Een lagere verwijtbaarheid als gevolg van verminderde toerekeningsvatbaarheid

⁷³⁹ Vgl. Rothman 1980, p. 200, 201.

⁷⁴⁰ *Williams v. New York*, 337 U.S. 241 (1949), 244.

⁷⁴¹ *Williams v. New York*, 337 U.S. 241 (1949), 245.

⁷⁴² Artikel 1.02 lid 2 sub b MPC somt de strafdoelen op. Vergelding is daarin niet opgenomen. De bepalingen van de Model Penal Code die betrekking hebben op bestraffing en behandeling zijn overigens van beperkte invloed geweest, omdat het op rehabilitatie gerichte strafmodel kort na publicatie van de Model Penal Code plaats maakt voor modellen waarin de straftoemeting gereguleerd is. (Robinson & Dubber 2007, p. 327-328.)

⁷⁴³ Zie ook ALI 1985, art. 7.03 MPC, p. 251-253.

is geen reden om de straf te matigen, omdat de mate van schuld van de verdachte de strafduur niet begrenst. Hoewel de onbepaalde straf tegenwoordig niet langer dominant is, wordt *indeterminate sentencing* nog in een significant aantal jurisdicties toegepast.⁷⁴⁴

10.3.3 Gereguleerde straftoemeting en diminished capacity

In de jaren zeventig ontstaat om verschillende redenen onvrede over het systeem van onbepaalde straffen. Het geloof in de mogelijkheid om verdachten daadwerkelijk te rehabiliteren neemt af. Straffen zouden buitensporig zwaar zijn. Bovendien zou sprake zijn van willekeur in de straftoemeting en bij de vaststelling van de datum van voorwaardelijke invrijheidstelling.⁷⁴⁵

Onder invloed van deze kritiek wordt vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw een groot aantal hervormingen doorgevoerd die de discretie van de rechter in eerste aanleg en de *parole board* soms in vergaande mate beperken.⁷⁴⁶ Een belangrijke wijziging is de invoering van bepaalde straffen (*determinate sentence*) en van richtlijnen voor de straftoemeting (*sentencing guidelines*) geweest.⁷⁴⁷ Op beide punten is de federale wetgeving toonaangevend, maar vergelijkbare hervormingen hebben in een groot aantal jurisdicties plaatsgevonden.⁷⁴⁸

In 1984 is de United States Sentencing Commission ingesteld (artikel 28.991 tot en met 28.998 United States Code).⁷⁴⁹ Deze commissie is belast met het opstellen van richtlijnen voor de straftoemeting voor de federale rechtspraak.⁷⁵⁰ De rechter moet op grond van deze gedetailleerde richtlijnen de straffhoogte bepalen (18.3553 USC). De Sentencing Guidelines moeten de belangrijkste bezwaren tegen het systeem van onbepaalde straffen ondervangen. Willekeur zou worden voorkomen doordat vergelijkbaar gedrag hetzelfde bestraft wordt. Straffen zouden proportioneel zijn omdat de ernst van het feit bepalend is voor de hoogte van de straf. De straf die wordt opgelegd moet – buiten enkele uitzonderingen – volledig worden uitgezeten.⁷⁵¹

⁷⁴⁴ Campbell 2004, p. 16, 110.

⁷⁴⁵ Campbell 2004, p. 10-14; Demleitner e.a. 2004, p. 117-118. Een uiterst kritische publicatie van de federale rechter Frankel (Frankel 1973) over de onbepaalde straf heeft aan het begin van de hervormingen gestaan. Zie over de invloed van Frankel op de hervormingen: Lynch 2009. Vgl. Comprehensive Crime Control Act 1984, S. Rep. No. 98-225, p. 37-50.

⁷⁴⁶ Zie voor een overzicht: Campbell 2004, p. 14-26.

⁷⁴⁷ Campbell 2004, p. 15-20, 110-134.

⁷⁴⁸ Campbell 2004, p. 134-144.

⁷⁴⁹ Comprehensive Crime Control Act 1984, S. Rep. No. 98-225, p. 63-64.

⁷⁵⁰ Zie Reitz 1998, p. 405-410 voor een schematisering van de rolverdeling tussen verschillende actoren in het stelsel van de Sentencing Guidelines.

⁷⁵¹ USSC 2014, p. 2-3. De richtlijnen zijn niet in strijd met de federale grondwet.

Het is niet nodig om het gecompliceerde systeem van de richtlijnen hier gedetailleerd te bespreken. Kort gezegd wordt aan de hand van verschillende factoren – onder meer de kwalificatie van het feit en het gedrag van de verdachte bij de uitvoering van het feit – de ernst van het feit (*offense level*) bepaald. Vervolgens wordt met behulp van een puntensysteem de ernst van de justitiële documentatie (*criminal history*) van de verdachte vastgesteld. Beide factoren zijn tegen elkaar afgezet in een tabel met daarin een bandbreedte in maanden gevangenisstraf. Naarmate het feit en/of de justitiële documentatie ernstiger is, schuift de bandbreedte waarbinnen de rechter een bepaalde straf mag opleggen dichter naar het wettelijke maximum. Als de toepasselijke bandbreedte is vastgesteld, moet worden nagegaan of sprake is van strafverzwarende of -verminderende omstandigheden (*departures*). De rechter *mag* dan een hogere, respectievelijk lagere straf dan de toepasselijke bandbreedte opleggen.⁷⁵²

Diminished capacity is onder de richtlijnen een grond voor strafvermindering.⁷⁵³ Artikel 5K2.13 SG bepaalt onder meer:

‘A downward departure may be warranted if (1) the defendant committed the offense while suffering from a significantly reduced mental capacity; and (2) the significantly reduced mental capacity contributed substantially to the commission of the offense. Similarly, if a departure is warranted under this policy statement, the extent of the departure should reflect the extent to which the reduced mental capacity contributed to the commission of the offense.’⁷⁵⁴

Aanvankelijk vereist artikel 5K2.13 SG niet expliciet een verband tussen de stoornis en het feit. In 2003 is bij amendement uitdrukkelijk bepaald dat de stoornis van de verdachte in belangrijke mate aan het feit moet hebben bijgedragen (*contributed substantially*).⁷⁵⁵ De mate waarin de stoornis heeft

(*Mistretta v. U.S.* (488 U.S. 361 (1989)).) In *U.S. v. Booker* (543 U.S. 220 (2005)) heeft het Supreme Court echter geoordeeld dat de richtlijnen niet bindend, maar slechts adviserend zijn. Niettemin moet de rechter de richtlijnen in acht nemen voordat hij er gemotiveerd van mag afwijken. De strafmaat kan vervolgens in hoger beroep op redelijkheid (*reasonableness*) worden getoetst. (Zie ook Haines, Bowman & Woll 2011, p. 60-64; USSC 2014, p. 12-13.)

⁷⁵² Haines, Bowman & Woll 2011, p. 18-20, 1574; USSC 2014, p. 16. Ook afwijkingen van de bandbreedte zijn onderworpen aan de redelijkheidstoets in hoger beroep van *U.S. v. Booker*. (Haines, Bowman & Woll 2011, p. 1574-1575.) Als voor een delict een minimumstraf geldt, mag de rechter daar in beginsel niet onder gaan.

⁷⁵³ Ook in andere jurisdicties. Zie bijvoorbeeld artikel 12.55.155 lid d sub 18 Alaska Statutes. Zie ook *State v. Watters*, 231 Ill. App. 3d 370 (1992).

⁷⁵⁴ USSC 2014, p. 469. Zie ook Perlin & Gould 1995.

⁷⁵⁵ USSC 2003, p. 347-348. Zie ook *U.S. v. Quinones-Medina*, 553 F.3d 19 (2009), 26; *U.S. v. Durham*, 645 F.3d 883 (2011), 899. De verdachte hoeft niet te bewijzen dat

bijgedragen aan het strafbare feit is bovendien een factor die meeweegt bij de bepaling tot hoeveel strafvermindering de *diminished capacity* moet leiden. In het commentaar van de USSC bij de richtlijn wordt *diminished capacity* nader gedefinieerd als:

‘[...] a significantly impaired ability to (A) understand the wrongfulness of the behavior comprising the offense or to exercise the power of reason; or (B) control behavior that the defendant knows is wrongful.’⁷⁵⁶

De *insanity defense* in het federale recht is op de *M’Naghten rules* gebaseerd (artikel 18.17 USC) en erkent dus alleen cognitieve gebreken als grond voor strafuitsluiting. *Diminished capacity* in de zin van de Sentencing Guidelines kent naast een op de *M’Naghten rules* gebaseerd subcriterium een aan het tweede subcriterium van de *MPC test* verwant criterium dat betrekking heeft op het vermogen gedrag te controleren.⁷⁵⁷

Voor een geslaagd beroep op het eerste subcriterium, moet het vermogen van de verdachte om te begrijpen dat het door hem gepleegde strafbare feit *wrongful* was aanmerkelijk beperkt zijn. De verdachte die met creditcardfraude een gokverslaving financiert en niet goed inziet dat zijn *gokgedrag* problematisch is, komt daarom geen recht op strafvermindering toe. Het beperkte inzicht in het problematische van zijn gokgedrag betekent niet dat sprake is van een verminderd vermogen de *wrongfulness* van de fraude te begrijpen.⁷⁵⁸ De belastingadviseur die als gevolg van een stoornis meent klanten te “helpen” door het doen van valse aangifte, krijgt echter een strafvermindering van een gevangenisstraf tussen vijftien en 21 maanden naar een *probation* van twee jaar. Aan het eerste subcriterium voor *diminished capacity* is voldaan.⁷⁵⁹

Voor al het tweede subcriterium van artikel 5K2.13 SG leidt regelmatig tot strafvermindering. Mogelijk is de belangrijkste rol van dit subcriterium te verklaren doordat stoornissen van de cognitieve vermogens vaker tot een vrijspraak wegens *insanity* leiden door een geslaagd beroep op de *M’Naghten rules* van artikel 18.17 USC. Een stoornis in het vermogen gedrag te controleren mag echter niet slechts een motief zijn om een feit te plegen. Een

de stoornis een *condicio sine qua non* was voor het delict. (*U.S. v. Leandre*, 132 F.3d 796 (1998), 803.) De stoornis hoeft niet de enige oorzaak van het delict te zijn. (*U.S. v. Glick*, 946 F.2d 335 (1991), 339; *U.S. v. Cantu*, 12 F.3d 1506 (1993), 1515.) Een beroep op *diminished capacity* stuit regelmatig af op het ontbreken van een causaal verband. (*U.S. v. Frazier*, 979 F.2d 1227 (1992), 1229-1230; *U.S. v. Piervinanzi*, 23 F.3d 670 (1994), 684-685.)

⁷⁵⁶ USSC 2014, p. 469-470. Zie ook *U.S. v. McBroom*, 124 F.3d 533 (1997).

⁷⁵⁷ Zie over de ontwikkeling van het tweede subcriterium: Pelayo 1999.

⁷⁵⁸ *U.S. v. Ming*, No. 00 cr. 128-5 (2001), 10-12.

⁷⁵⁹ *U.S. v. Cockett*, 330 F.3d 706 (2003).

dwangmatige kooplust is bijvoorbeeld geen grond voor strafvermindering als de verdachte fraude pleegt om die kooplust te financieren. In mindere mate kunnen beheersen van koopgedrag, betekent niet zonder meer dat ook de gepleegde fraude niet goed te beheersen was.⁷⁶⁰ Het gedrag van de verdachte moet in voldoende mate afwijken van dat van “normale” verdachten om strafvermindering te rechtvaardigen.⁷⁶¹ Met name stoornissen die bestaan uit dwangmatig of impulsief gedrag kunnen tot – soms aanzienlijke – strafvermindering leiden.⁷⁶² Een verdachte met een dwangmatige neiging om pornografie te verzamelen, heeft bijvoorbeeld een strafvermindering van twintig maanden gekregen op een straf van zeventig maanden voor ontvangen, bezit en distributie van kinderpornografie.⁷⁶³

Deze betrekkelijk ruime toepassing van *diminished capacity* kent een aantal beperkingen. Artikel 5K2.13 SG sluit strafvermindering uit als *diminished capacity* het gevolg is van vrijwillige zelfintoxicatie. Strafvermindering mag evenmin volgen als een noodzaak bestaat de maatschappij tegen de verdachte te beschermen, hetzij omdat de justitiële documentatie van de verdachte daarop duidt, hetzij omdat geweld is toegepast of toegepast dreigde te worden bij het plegen van het feit.⁷⁶⁴ *Diminished capacity* verplicht dus niet tot strafvermindering als de verdachte gevaarlijk blijkt te zijn. Daardoor bevat de *determinate sentence* ook een element van incapacitatie.

Diminished capacity speelt binnen de *Sentencing Guidelines* een rol die in de Nederlandse literatuur aan verminderde toerekeningsvatbaarheid wordt toegekend.⁷⁶⁵ Waar de Nederlandse rechter vrij is om te bepalen of hij verminderde toerekeningsvatbaarheid van invloed laat zijn op de strafmaat en daarover in zijn uitspraak geen verantwoording hoeft af te leggen, leidt *diminished capacity* binnen de *Sentencing Guidelines* (in beginsel) tot strafvermindering.

⁷⁶⁰ *U.S. v. Roach*, 296 F.3d 565 (2002), 568-571. Hetzelfde geldt voor verhandelen van kinderpornografie op internet om te voorzien in een verslaving aan legale pornografie. (*U.S. v. Miller*, 146 F.3d 1281 (1998).)

⁷⁶¹ *U.S. v. Thompson*, 315 F.3d 1071 (2002), 1074-1075. Een gewelddadige echtgenoot in combinatie met de religieuze overtuiging van de verdachte dat de echtgenoot het huishouden dient te bestieren, is – mede gelet op de sterke persoonlijkheid van de verdachte – geen grond voor *diminished capacity* voor het in opdracht van de echtgenoot indienen van valse belastingaangiftes. (*U.S. v. Thomas*, 181 F.3d 870 (1999).)

⁷⁶² Zie bijvoorbeeld *U.S. v. Sadolsky*, 234 F.3d 938 (2000); *U.S. v. Menyweather*, 47 F.3d 625 (2006), 631-632.

⁷⁶³ *U.S. v. Lighthall*, 389 F.3d 791 (2004).

⁷⁶⁴ USSC 2014, p. 469. Zie ook Miller 2001. De rechtspraak is verdeeld over de vraag of alléén een gewelddadig feit of justitiële documentatie voldoende is om strafvermindering te weigeren, of dat de verdachte ten tijde van de strafoplegging verdachte nog steeds een gevaar moet vormen. (*U.S. v. Riggs* (370 F.3d 382 (2004), 386; *U.S. v. Gorsuch*, 404 F.3d 543 (2005), 547-548.)

⁷⁶⁵ Zie paragraaf 13.7.

Hoofdstuk 11

De lessen van de *insanity defense*

11.1 Rechtsontwikkeling

Het federale Supreme Court overweegt in *Leland v. Oregon* over het verband tussen gedragswetenschappelijke kennis en de *test* voor *insanity* als volgt:

‘[...] choice of a test of legal sanity involves not only scientific knowledge but questions of basic policy as to the extent to which that knowledge should determine criminal responsibility.’⁷⁶⁶

De ontwikkeling die de tests voor *insanity* in de Anglo-Amerikaans rechtspraak hebbend gemaakt, laat zien dat nieuwe gedragswetenschappelijke inzichten over psychische stoornissen kunnen leiden tot een druk om de normering van een strafuitsluitingsgrond voor psychisch gestoorde verdachten aan te passen. De *irresistible impulse test*, de *product test* en de *MPC test* moeten alle op eigen wijze recht doen aan nieuwe gedragswetenschappelijke inzichten door een andere *test* voor *insanity* voor te schrijven. Nieuwe gedragswetenschappelijke inzichten dwingen echter niet tot aanpassing van de normering. Een normering kan ook dienen om de reikwijdte van een schulduitsluitingsgrond voor psychisch gestoorde verdachten te handhaven en de druk tot verruiming die van de gedragswetenschappen uit kan gaan te weerstaan. De relatief strenge *M’Naghten rules* zijn bijvoorbeeld een reactie op een veronderstelde te ruime toepassing van de *insanity defense* onder invloed van de gedragswetenschappen. In jurisdicties waarin de *irresistible impulse test* of het tweede subcriterium van de *MPC test* niet gelden, wordt niet erkend dat stoornissen van het vermogen gedrag te controleren tot strafuitsluiting kunnen leiden. Ook kan een middenweg worden gekozen. De *MPC test* is een modernisering van de *M’Naghten rules* en de *irresistible impulse test*, die nauwer aan moet sluiten bij veranderde gedragswetenschappelijke inzichten over de aard van psychische stoornissen en een ruimer bereik moet hebben dan de twee negentiende-eeuwse *tests*. Tegelijkertijd verwerpen de opstellers van de Model Penal Code de ruime benadering van de *product test*, waarvan de reikwijdte aanvankelijk volledig bepaald lijkt te worden door gedragswetenschappelijke vaststellingen over de stoornis van de verdachte en de vraag of het feit een *product* van de stoornis was.

⁷⁶⁶ *Leland v. Oregon*, 343 U.S. 790 (1952), 801. Zie ook *Powell v. Texas*, 392 U.S. 514 (1968), 536-537.

In vergelijking met het Nederlandse recht, laat het Amerikaanse recht een relatief fijnzinnige dialoog met de gedragswetenschappen zien. In de Nederlandse literatuur wordt het belang van een dialoog tussen de rechter en de gedragsdeskundige vaak benadrukt,⁷⁶⁷ maar uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt niet dat bijna anderhalve eeuw ontwikkeling van gedragswetenschappelijke kennis verdisconteerd is in de normering van ontoerekenbaarheid. De geschiedenis van de *insanity defense* laat zien dat voortschrijdende gedragswetenschappelijke inzichten dwingen tot het maken van normatieve keuzes.

In de maatschappij levende opvattingen over de wijze waarop psychisch gestoorde verdachten bejegend zouden moeten worden, hebben in het Amerikaanse strafrecht vooral beperking van de reikwijdte van de *insanity defense* tot gevolg gehad. De Amerikaanse scepsis jegens de *insanity defense* bereikt een hoogtepunt na de vrijspraak van Hinckley op grond van *insanity* en leidt onder andere in een aantal jurisdicties tot terugkeer naar een strengere *test* voor *insanity*. Niet iedereen zal deze invloed van de *vox populi* op de *insanity defense* positief waarderen. Betwijfeld kan bijvoorbeeld worden of aan de soms rigoureuze aanpassingen na de vrijspraak van Hinckley altijd een goed begrip van de *insanity defense* ten grondslag heeft gelegen. Op deze wijze wordt in de Verenigde Staten echter wel recht gedaan aan het feit dat de reikwijdte van materieelrechtelijke leerstukken niet kan worden gescheiden van de maatschappelijke context waarin het strafrecht fungeert.

Hoewel de Hoge Raad niet blind is voor een veranderend maatschappelijk klimaat bij zijn interpretatie van andere strafuitsluitingsgronden,⁷⁶⁸ is het door het ontbreken van een afbakening van de voorwaarden voor ontoerekenbaarheid niet mogelijk daaraan in het kader van artikel 39 Sr recht te doen. Artikel 39 Sr kan – doordat een afbakening ontbreekt – niet strenger of juist ruimer worden geïnterpreteerd, al naar gelang dat wenselijk zou zijn om de interpretatie van artikel 39 Sr beter aan te laten sluiten bij de in de maatschappij levende opvattingen over ontoerekenbaarheid.

Door middel van een toetsingskader voor ontoerekenbaarheid zou in de Nederlandse rechtspraak rechtsontwikkeling op eigen wijze gestalte kunnen krijgen. De eigentijdse stand van de gedragswetenschappen kan in een dergelijk toetsingskader worden verdisconteerd. Een concept als *moral insanity* – dat een belangrijke rol in de ontwikkeling van de *insanity defense* heeft gespeeld – is tegenwoordig bijvoorbeeld niet meer relevant. Ook kan in die rechtsontwikkeling recht worden gedaan aan de wijze waarop het in de Nederlandse rechtspraak gebruikelijk is het materiële strafrecht mee te laten evolueren met in de maatschappij levende opvattingen. Dat gaat doorgaans minder rigoureuze dan soms met de *insanity defense* in het Amerikaanse strafrecht is gebeurd.

⁷⁶⁷ Zie bijvoorbeeld Van Marle, Mevis & Van der Wolf 2008, p. 9-12; Mooij 2012b, p. 50; Nieboer 1970, p. 3-7.

⁷⁶⁸ Zie Inleiding, I.

11.2 Stoornisvereiste

Meestal worden alcohol- en drugsintoxicatie in het Amerikaanse strafrecht van het bereik van het stoornisconcept uitgesloten. *Intoxication* is – mits onvrijwillig – een zelfstandige strafuitsluitingsgrond. In Nederland wordt intoxicatie beoordeeld in het kader van *culpa in causa* bij ontoerekenbaarheid. In sommige Amerikaanse jurisdicties bestaat een goede reden om intoxicatie buiten het bereik van de *insanity defense* te houden. Als onvrijwillige intoxicatie in het kader van *insanity* beoordeeld moet worden, dan wordt bij honorering van het verweer een *not guilty by reason of insanity*-dictum uitgesproken. In sommige staten moet de verdachte dan verplicht worden opgenomen. In het geval van onvrijwillige intoxicatie met alcohol of drugs is verplichte opname in een psychiatrische inrichting onwenselijk. Een vergelijkbaar argument is in de Nederlandse literatuur aangevoerd tegen het scharen van kortstondig bewustzijnsverlies onder het stoornisvereiste van artikel 39 Sr. In het Nederlandse strafrecht gelden echter aanvullende eisen voor de plaatsing van de verdachte in een psychiatrisch ziekenhuis of voor de oplegging van tbs.⁷⁶⁹ Aan een afzonderlijk beoordelingskader voor intoxicatie zoals in het Amerikaanse strafrecht bestaat daarom geen behoefte.

Onder invloed van artikel 4.01 lid 2 MPC zijn in een aantal Amerikaanse jurisdicties stoornissen die uitsluitend worden vastgesteld op grond van herhaald delinquent of antisociaal gedrag van het stoornisconcept uitgesloten. De reden daarvoor is dat een stoornis die slechts op basis van een bepaald gedragspatroon wordt vastgesteld, niet zonder meer een *disease of the mind* is. Mooij heeft ten aanzien van het stoornisconcept van artikel 39 Sr een vergelijkbaar standpunt verdedigd. “Gedragsstoornissen” zouden geen stoornissen in de zin van de wet zijn, omdat zij niet de “geestelijke vermogens” van de verdachte raken.⁷⁷⁰ Gelet op de uitsluiting van dergelijke stoornissen van het stoornisconcept in een substantieel deel van de Amerikaanse jurisdicties en op de vergelijkbare argumenten die Mooij aanvoert in verband met artikel 39 Sr, is nader onderzoek naar de vraag of dergelijke stoornissen van het stoornisconcept van artikel 39 Sr moeten worden uitgesloten gerechtvaardigd. In deel III wordt op deze en de hierna uit het rechtsvergelijkende onderzoek afgeleide vragen teruggekomen.

De analyse van de jurisprudentie van het Court of Appeals in het District of Columbia laat zien dat het hanteren van een psychiatrisch stoornisconcept niet zonder problemen is. Aanvankelijk stelt het Court of Appeals het in het stoornisvereiste voor *insanity* besloten liggende stoornisconcept gelijk aan wat daaronder in de psychiatrie wordt verstaan. Later ziet het hof zich genoodzaakt om over te schakelen op een positief gedefinieerd stoornisconcept, omdat wat gedragsdeskundigen als stoornis beschouwen met het oog op behandeling niet zonder meer samenvalt met wat als stoornis

⁷⁶⁹ Zie paragraaf 1.3.2.

⁷⁷⁰ Mooij 2004, p. 123. Zie ook paragraaf 1.3.3.

moet worden aangemerkt in het kader van de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Dit doet de vraag rijzen hoe het stoornisvereiste van artikel 39 Sr zich verhoudt tot de in de psychiatrie erkende stoornissen. Artikel 39 Sr laat immers ook een interpretatie toe waarin sprake is van een psychiatrisch stoornisconcept.⁷⁷¹

11.3 Criteria

De *product test* is verwant aan het causale criterium dat voor het Nederlandse strafrecht door Nieboer verdedigd is. De ontwikkeling van het *product*-criterium in de jurisprudentie van het Court of Appeals in het District of Columbia wijst op een problematisch aspect van het causale criterium. De beoordeling of zich een grond voor schulditsluiting voordoet lijkt niet alleen een feitelijke vaststelling te vereisen, maar ook een normatieve beoordeling of de verdachte een verwijt kan worden gemaakt. Volgens de *product test* en het causale criterium is voor ontoerekenbaarheid bepalend dat een causaal verband tussen stoornis en delict bestaat. Causaliteit in de alledaagse betekenis van het woord is een feitelijke vaststelling. Het Court of Appeals en Nieboer proberen om aan causaliteit een normatieve juridische lading te geven, maar slagen er niet in te verhelderen wat zij daarmee bedoelen. Het hof ziet zich vanwege deze ambiguïteit genooddacht de *product test* te verlaten. De negatieve ervaring met de *product test* in het District of Columbia doet de vraag rijzen in hoeverre een causaal verband tussen stoornis en delict als criterium voor ontoerekenbaarheid bruikbaar is. Dat is voor het Nederlandse recht een relevante vraag, nu het causale criterium van Nieboer een zekere invloed heeft gehad. Rimmellink lijkt zich bij het causale criterium aan te sluiten en het keert terug in forensisch-gedragswetenschappelijke literatuur en hedendaagse richtlijnen voor de rapportage *pro justitia*.⁷⁷²

Onomstreden in het Amerikaanse recht – met uitzondering van jurisdicties waar de *mens rea*-benadering geldt – is dat stoornissen van de cognitieve vermogens onder nadere voorwaarden tot *insanity* kunnen leiden. Ook de in de Nederlandse literatuur verdedigde criteria voor ontoerekenbaarheid – het ORO-criterium en de criteria van Rölting, Van Eck en Van Dijk – bevatten vaak een cognitieve component. Het eerste subcriterium van de *M’Naghten rules* – beseft de verdachte de feitelijke strekking van zijn handeling? – heeft geen zelfstandige betekenis ten opzichte van het tweede subcriterium.⁷⁷³ Zowel het tweede subcriterium van de *M’Naghten rules* als het eerste subcriterium van de *MPC test* bieden een grond voor strafuitsluiting aan de verdachte die – kort gezegd – niet beseft/

⁷⁷¹ Zie paragraaf 1.3.3.

⁷⁷² Zie paragraaf 2.5.2 en 4.3.6.

⁷⁷³ Zie paragraaf 6.3.4.2.

begreep dat het feit wederrechtelijk en/of moreel onjuist was. De subcriteria worden in de rechtspraak op vergelijkbare wijze toegepast, hoewel de bewoordingen van de *M'Naghten rules* doen vermoeden dat deze strenger zijn. De belangrijkste normatieve keuze die in verband met een dergelijk cognitief criterium voor ontoerekenbaarheid moet worden gemaakt is of de verdachte geen inzicht moet hebben gehad in de wederrechtelijkheid van het feit, of dat ook het ontbreken van inzicht in het moreel onjuiste van het feit tot strafuitsluiting moet kunnen leiden. De laatste interpretatie leidt tot een breder toepassingsbereik, zoals blijkt uit de analyse van de Californische rechtspraak.⁷⁷⁴ Een tweede normatieve keuze die moet worden gemaakt, is of een oppervlakkig besef (*know*) van de wederrechtelijkheid/het moreel onjuiste van het feit voldoende is om een beroep op ontoerekenbaarheid te verwerpen, of dat de verdachte daarvan een dieper gaand begrip (*appreciate*) moet hebben gehad.

In het Amerikaanse recht is omstreden of stoornissen die de controle over het begaan van het strafbare feit aantasten tot strafuitsluiting moeten kunnen leiden. Hanteren van een dergelijk subcriterium voor *insanity* wordt als problematisch beschouwd, omdat het onderscheid met impulsen en neigingen die ieder mens in meer of mindere mate ervaart onvoldoende te maken zou zijn. Daardoor zou *insanity* een te ruim bereik kunnen krijgen. Niettemin wordt in achttien staten een controle-criterium gebruikt in aanvulling op de cognitieve criteria van de *M'Naghten rules* of het eerste subcriterium van de *MPC test*. De in de Nederlandse literatuur verdedigde subcriteria voor ontoerekenbaarheid waarin de wil van de verdachte centraal staat, zijn tot op zekere hoogte vergelijkbaar met de Amerikaanse criteria die betrekking hebben op het vermogen van de verdachte om zijn gedrag te controleren. Alleen het in de oudere handboeken verdedigde ORO-criterium en Rölings herinterpretatie van het ORO-criterium kennen een volitief subcriterium. De wijze waarop de *irresistible impulse test* en het tweede subcriterium van de *MPC test* in de in dit onderzoek onderzochte jurisdicties geïnterpreteerd worden is problematisch, omdat sterk de nadruk wordt gelegd op het impulsieve karakter van de handeling. De vraag is of daarmee niet wordt uitgegaan van een verouderde opvatting over een stoornis als kleptomanie. Tegenwoordig wordt kleptomanie niet beschreven als een stoornis die leidt tot plotselinge, onweerstaanbare impulsen tot handelen, maar als een drang tot stelen die gedurende enige tijd opbouwt. De *irresistible impulse test* wordt in Virginia bovendien zó streng uitgelegd, dat de vraag rijst of wel stoornissen bestaan die aan die strenge uitleg voldoen. Als stoornissen die het vermogen om gedrag te controleren aantasten potentieel tot ontoerekenbaarheid kunnen leiden, lijkt het weinig vruchtbaar deze vanuit het perspectief van een plotselinge, onweerstaanbare impuls te benaderen. Terecht wordt daarom in de toelichting op de Model Penal Code

⁷⁷⁴ Zie paragraaf 6.3.4.3.

in verband met het tweede subcriterium van de *MPC test* de nadruk gelegd op het ontbreken van controle als voorwaarde voor *insanity*.

Een laatste normatieve keuze is of besef/begrip van het wederrechtelijke/moreel onjuiste van het feit of controle daarover geheel afwezig moet zijn, of dat ontoerekenbaarheid ook aan de orde kan zijn als de verdachte in onvoldoende mate over dergelijk besef/begrip of controle beschikte. In de *MPC test* wordt voor de laatste mogelijkheid gekozen door te spreken van het ontbreken van *substantial capacity*.

Deel III

Hoofdstuk 12

Het stoornisconcept van artikel 39 Sr: *folk psychology*, strafrechtelijke aansprakelijkheid en stoornis

12.1 Inleiding

In deel I is geconcludeerd dat onduidelijk is hoe het stoornisvereiste van artikel 39 Sr moet worden geïnterpreteerd. Een stoornisconcept is *psychiatrisch* als het volledig samenvalt met de in de psychiatrie erkende stoornissen. Een stoornisconcept is *juridisch* als het wettelijke concept een van de in de psychiatrie erkende stoornissen afwijkende reikwijdte heeft. Artikel 39 Sr bevat geen negatief gedefinieerd juridisch stoornisconcept. Er zijn namelijk geen in de psychiatrie erkende ziektebeelden expliciet van het stoornisvereiste uitgesloten. Onduidelijk is echter of het stoornisconcept van artikel 39 Sr moet worden geïnterpreteerd als een psychiatrisch, of als een positief gedefinieerd juridisch stoornisconcept. Wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur bieden steun aan beide interpretaties.⁷⁷⁵

Wanneer in dit onderzoek wordt gesproken van “stoornis in psychiatrische zin” of van “psychiatrisch stoornisconcept”, dan is niet bedoeld te suggereren dat in de psychiatrie onomstreden is welke symptomen geclassificeerd moeten worden als psychische stoornis. Evenmin kan in dit onderzoek een standpunt worden ingenomen over de theoretische afbakening van wat als stoornis in psychiatrische zin zou moeten gelden. In de psychiatrie bestaat geen consensus over een maatstaf aan de hand waarvan bepaald kan worden wat de reikwijdte is van het psychiatrische concept van psychische stoornis.⁷⁷⁶ Met “stoornis in psychiatrische zin” of “psychiatrisch stoornisconcept” worden in dit onderzoek de *de facto* in de psychiatrie erkende stoornissen onderscheiden van een daarvan afwijkend positief gedefinieerd juridisch stoornisconcept. De internationale psychiatrische classificaties geven de beste indicatie welke symptomen in de psychiatrie feitelijk met een redelijke mate van consensus als psychische stoornis worden erkend. De meest invloedrijke classificatie is de *Diagnostic and statistical manual of mental disorders*.⁷⁷⁷ In dit deel van het onderzoek

⁷⁷⁵ Zie paragraaf 1.3.

⁷⁷⁶ Zie voetnoot 857.

⁷⁷⁷ Zie ook Van Marle & Van der Wolf 2008, p. 78-79; Radden 2004, p. 415. Een andere belangrijke classificatie van psychische stoornissen is opgenomen in de *International classification of diseases and related health problems* van de World Health Organization. (<www.who.int/classifications/icd/en/>, geraadpleegd december 2015.)

wordt daarom vaak gebruik gemaakt van beschrijvingen van stoornissen die aan de vijfde editie van de *DSM* zijn ontleend.⁷⁷⁸ Daarmee is niet bedoeld de stoornissen in psychiatrische zin te verenigen tot de in de *DSM* omschreven stoornissen. In de psychiatrie bestaan stoornissen die vrij algemeen erkend zijn, maar die niet in de *DSM* zijn opgenomen. Psychopathie is daarvan een voorbeeld.⁷⁷⁹

Op het eerste gezicht is het vanzelfsprekend dat de vaststelling of een verdachte ten tijde van het delict leed aan een “gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens” vereist dat sprake was van een in de psychiatrie erkende stoornis. De stoornis moet immers “ziekelijk” zijn. De psychiatrie is het medische specialisme waarin psychische stoornissen worden onderzocht en geclassificeerd. Het lijkt daarom voor de hand te liggen om het stoornisconcept niet verder te problematiseren en het in artikel 39 Sr besloten liggende stoornisconcept als een psychiatrisch stoornisconcept te interpreteren, waaraan voldaan is als een psychiater vaststelt dat de verdachte ten tijde van het delict aan een in de psychiatrie erkende stoornis leed.

In deel II is op grond van de analyse van de jurisprudentie van het Court of Appeals in het District of Columbia echter geconcludeerd dat het problematisch is om in het kader van ontoerekenbaarheid een psychiatrisch stoornisconcept te hanteren, omdat wat gedragsdeskundigen als stoornis beschouwen met het oog op behandeling niet zonder meer samenvalt met wat als stoornis moet worden aangemerkt in het kader van de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid.⁷⁸⁰ Het is niet gegeven dat het feit dat een bepaald samenstel van symptomen behandeling door een psychiater vereist, betekent dat daaraan potentieel strafuitsluitende werking moet worden toegekend. In de *DSM* wordt daarop – in bewoordingen die doen denken aan die van het Court of Appeals in het District of Columbia⁷⁸¹ – in een *Cautionary statement for forensic use of DSM-5* gewezen:

‘In most situations, the clinical diagnosis of a DSM-5 mental disorder such as intellectual disability (intellectual developmental disorder), schizophrenia, major neurocognitive disorder, gambling disorder, or pedophilic disorder does not imply that an individual with such a condition meets *legal criteria for the presence of a mental disorder* [cursivering JB] or a specified legal standard (e.g., for competence, criminal responsibility or disability).’⁷⁸²

⁷⁷⁸ APA 2013.

⁷⁷⁹ Zie paragraaf 12.3.

⁷⁸⁰ Zie paragraaf 11.2.

⁷⁸¹ Zie paragraaf 8.3.2.

⁷⁸² APA 2013, p. 25.

Uit hedendaagse omschrijvingen van stoornissen in psychiatrische zin blijkt dat de noodzaak tot behandeling inderdaad van belang is voor de classificatie van symptomen als een psychische stoornis. De algemene definitie van “psychische stoornis” (*mental disorder*) in de *DSM-5* luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

‘A mental disorder is a syndrome characterized by *clinically significant* [cursivering JB] disturbance in an individual’s cognition, emotion regulation, or behavior that reflects a dysfunction in the psychological, biological, or developmental processes underlying mental functioning. Mental disorders are usually associated with significant distress or disability in social, occupational, or other important activities.’⁷⁸³

Uit de toelichting op deze definitie valt op te maken dat de laatste volzin is toegevoegd als uitwerking van de gecursiveerde eis van klinische significantie in de eerste volzin. Als een patiënt in aanmerkelijke mate lijdt of beperkt wordt in onder meer sociaal opzicht (*significant distress or disability*), is dat volgens de toelichting een aanwijzing dat behandeling is aangewezen.⁷⁸⁴ Omdat klinische significantie onderdeel uitmaakt van de algemene definitie van psychische stoornis, wordt de classificatie van symptomen als stoornis in de zin van de *DSM* dus mede bepaald door de vraag of daarvoor behandeling is aangewezen.

Een materiële gelijkstelling van het stoornisconcept van artikel 39 Sr aan de in de psychiatrie erkende stoornissen, leidt tot introductie van medische maatstaven – bijvoorbeeld of behandeling is aangewezen – in een juridisch oordeel over strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het gebruik van medische maatstaven in een leerstuk waarmee bepaald wordt of een verdachte strafrechtelijk aansprakelijk is, moet gerechtvaardigd worden. Aannemelijk moet worden gemaakt dat het niet arbitrair is dat strafrechtelijke aansprakelijkheid mede wordt bepaald door criteria die zijn vastgesteld met

⁷⁸³ APA 2013, p. 20.

⁷⁸⁴ APA 2013, p. 21: ‘The text following the revised definition of a mental disorder acknowledges that this criterion may be especially helpful in determining a patient’s need for treatment.’ Zie ook APA 2013, p. 20: ‘The diagnosis of a mental disorder should have clinical utility: it should help clinicians to determine prognosis, treatment plans, and potential treatment outcomes for their patients.’ De eis van klinische significantie figureert voor het eerst in de definitie van psychische stoornis in de *DSM-III*. Spitzer & Williams (1982, p. 19) – die aan de basis van deze definitie staan – merken hierover op: ‘The phrase “clinically significant” acknowledges that there are many behavioral or psychological conditions that can be considered “pathological” but the clinical manifestations of which are so mild that *clinical attention* [cursivering JB] is not indicated. For this reason, such conditions are not included in a classification of mental disorders.’

onder andere het oog op de vraag of behandeling van bepaalde symptomen is aangewezen.

Aan het zonder meer hanteren van een psychiatrisch stoornisconcept staat ook in de weg dat niet vanzelfsprekend is dat toekenning van potentieel strafuitsluitende werking aan alle stoornissen die in de psychiatrie worden erkend, verenigbaar is met de uitgangspunten van strafrechtelijke aansprakelijkheid. In diverse Amerikaanse jurisdicties zijn stoornissen die uitsluitend worden vastgesteld op grond van herhaald crimineel of antisociaal gedrag van het stoornisconcept uitgesloten, omdat deze niet tot strafuitsluiting zouden mogen leiden.⁷⁸⁵

Op grond van de psychiatrische maatstaven waarmee bepaalde symptomen als stoornis worden geclassificeerd, kan niet gerechtvaardigd worden waarom en in hoeverre zij relevant zijn voor de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De psychiatrische classificaties zijn immers niet met het oog op de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid opgesteld. De vraag of het wel of niet gerechtvaardigd is om stoornissen in de zin van artikel 39 Sr volledig samen te laten vallen met de in de psychiatrie erkende stoornissen, kan slechts vanuit strafrechtelijk perspectief worden beantwoord. In dit hoofdstuk wordt daarom onderzocht welk stoornisconcept voortvloeit uit een interpretatie van het stoornisvereiste aan de hand van de plaats die ontoerekenbaarheid in het materieelrechtelijke systeem inneemt.⁷⁸⁶ Nadat is vastgesteld tot welk stoornisconcept deze interpretatie van artikel 39 Sr leidt, kan worden onderzocht of het materieel samenvalt met de in de psychiatrie erkende stoornissen of dat sprake is van een daarvan afwijkend, positief gedefinieerd juridisch stoornisconcept.

12.2 *Folk psychology*, strafrechtelijke aansprakelijkheid en stoornisconcept

12.2.1 Inleiding: nadere uitwerking methode

Zoals in de inleiding bij dit onderzoek uiteen is gezet, neemt ontoerekenbaarheid een bijzondere plaats in het materieelrechtelijke systeem in.⁷⁸⁷ Alle andere strafuitsluitingsgronden zijn gebaseerd op de veronderstelling dat de verdachte psychisch “normaal” functioneert. Strafuitsluiting op grond van artikel 39 Sr is slechts aan de orde als de verdachte tot een bijzondere categorie behoort: hij moet lijden aan een psychische stoornis. Uit de veronderstellingen over “normaal” psychisch functioneren die in de materieelrechtelijke systematiek besloten liggen, kan worden afgeleid wanneer sprake is van een uitzondering op die

⁷⁸⁵ Zie paragraaf 11.2.

⁷⁸⁶ Zie Inleiding, III.

⁷⁸⁷ Zie Inleiding, III.

veronderstellingen en dus wanneer sprake is van een stoornis in de zin van artikel 39 Sr. Een concept van wat het betekent om psychisch gestoord te zijn, impliceert immers een concept van psychische “gezondheid”.

Volgens deze methode moet eerst worden onderzocht wat de strafrechtelijke veronderstellingen over normaal psychisch functioneren zijn. Deze veronderstellingen zijn niet geëxpliciteerd in het Wetboek van Strafrecht, maar de contouren ervan kunnen wel worden achterhaald door middel van analyse van strafrechtelijke leerstukken – het strafrechtelijke gedragingsbegrip en de subjectieve delictsbestanddelen – waarin de psyche van de verdachte een rol speelt. Uit deze contouren blijkt dat de strafrechtelijke veronderstellingen over normaal psychisch functioneren gebaseerd zijn op de alledaagse wijze waarop mensen hun eigen gedrag en dat van anderen verklaren. Deze alledaagse wijze van interpreteren van gedrag wordt in de filosofie *folk psychology* genoemd. Eerst wordt het conceptuele kader van de *folk psychology* geschetst. Vervolgens wordt dat kader in verband gebracht met het strafrechtelijke gedragingsbegrip en de subjectieve delictsbestanddelen. Ten slotte wordt daaruit een stoornisconcept afgeleid.

12.2.2 Folk psychology als verklaring van menselijk gedrag

In het alledaagse sociale verkeer maakt de mens gebruik van een bijzondere cognitieve capaciteit: het begrijpen, verklaren en voorspellen van gedragingen van anderen en zichzelf in termen van mentale toestanden. Dit vermogen kan aan de hand van eenvoudige, alledaagse voorbeelden worden geïllustreerd. Als een voetganger een zebrapad op wil lopen en een aankomende auto ziet afremmen, concludeert hij dat de bestuurder van de auto hem voorrang zal verlenen en dat het dus veilig is om de weg over te steken. De voetganger neemt aan – al of niet impliciet – dat de bestuurder de verkeersregels *kent* en dat hij *weet* dat hij in deze situatie voorrang moet verlenen op grond waarvan hij de *wens* heeft om de voetganger voor te laten gaan en dat hij dus niet plotseling zal optrekken. Het gedrag van de bestuurder wordt verklaard en voorspeld door de gecursiveerd weergegeven mentale toestanden. Ook eigen gedrag verklaren mensen door te verwijzen naar mentale toestanden. Zo zal iemand die een paraplu mee naar buiten neemt dit gedrag verklaren door te zeggen dat hij *weet* dat het regent en hij niet nat *wil* worden. De capaciteit om menselijk gedrag te kunnen begrijpen in termen van mentale toestanden is van groot belang voor het soepel verlopen van sociale processen. De problemen met sociale interactie die met autisme geassocieerd worden, zijn bijvoorbeeld mogelijk te verklaren door een (sterk) verminderd vermogen om menselijk gedrag te kunnen begrijpen in termen van mentale toestanden.⁷⁸⁸

⁷⁸⁸ Carruthers 1996; Malle 2004, p. 38-42.

In de filosofie wordt het alledaagse verklaren van gedrag in termen van mentale toestanden vaak aangeduid met *folk psychology* en in de psychologie meestal met *(folk) theory of mind*. In dit onderzoek wordt de term *folk psychology* gebruikt, omdat die het beste uitdrukt dat het in dit onderzoek in de eerste plaats gaat om een beschrijving van de wijze waarop “gewone” mensen (*folk*) in de sociale praktijk gedrag interpreteren. *Folk psychology* (en *theory of mind*) wordt echter ook gebruikt in de betekenis van een (proto-wetenschappelijke) theorie over psychisch functioneren, die door middel van empirisch onderzoek of filosofische analyse bevestigd of ontkracht kan worden.⁷⁸⁹ Zowel in de hedendaagse filosofie als in de (neurowetenschappelijk georiënteerde) psychologie bestaat debat over de vraag of *folk psychology* een *houdbare* verklaring biedt van de wijze waarop menselijk gedrag tot stand komt en zo ja, op welke wijze mentale toestanden gedrag kunnen verklaren.⁷⁹⁰ Hoewel de antwoorden op die vragen sterk uiteen lopen, bestaat een brede consensus dát in de alledaagse sociale praktijk gebruik wordt gemaakt van *folk psychology*. Zelfs auteurs die betwisten dat *folk psychology* een houdbare verklaring van menselijk gedrag biedt, gaan ervan uit dat daarvan in de sociale praktijk gebruik wordt gemaakt.⁷⁹¹ *Folk psychology* laat zich moeilijk vertalen zonder verlies van de specifieke betekenis ervan in het psychologische en filosofische debat en wordt daarom onvertaald gelaten.

De wijze waarop mensen gebruik maken van *folk psychology*, is onderzocht door de psycholoog Malle.⁷⁹² Hij omschrijft *folk psychology* als een conceptueel kader dat voorafgaat aan en constitutief is voor de waarneming van sociaal gedrag. Zonder *folk psychology* is het niet mogelijk gedrag überhaupt als *sociaal* gedrag waar te nemen. Door middel van *folk psychology* wordt in sociale situaties de grote hoeveelheid informatie die door de zintuigen wordt ontvangen onbewust gesorteerd en geïnterpreteerd (*framing*) als *sociaal* gedrag:

⁷⁸⁹ Dennett 1987, p. 47; Greenwood 1991b, p. 4-7; Malle 1999, p. 45; 2004, p. 33-34; 2006, p. 225.

⁷⁹⁰ Zie paragraaf 12.2.4.

⁷⁹¹ Churchland 1981; Greene & Cohen 2004; Lamme 2008; Wegner 2002, p. 15-21. Anders: Ratcliffe 2007, p. 186-221.

⁷⁹² *How the mind explains behavior. Folk explanations, meaning and social interaction* (Malle 2004) biedt een uitgebreide psychologische conceptualisering van *folk psychology* op grond van empirisch onderzoek, die in beknopte vorm in de hoofdstekst wordt weergegeven. Malle gebruikt de term “theory of mind”. Om verwarring te voorkomen wordt in dit onderzoek alleen de term “folk psychology” gebruikt. Zie voor een beknopte weergave met verdere literatuurverwijzingen en aandacht voor filosofische literatuur: Malle 2006. Zie ook Hutto & Ratcliffe 2007. Een overzicht van uiteenlopende filosofische opvattingen over *folk psychology* is aan te treffen in Greenwood (red.) 1991a.

‘Consider first the case of a perceiver who notices another person pull out his wallet in front of a cashier. Without a conceptual framework of mind and behavior the perceiver would not understand what the large moving organism’s encounter with the smaller object means. He would also be rather ineffective at predicting the other large moving organism’s likely response. With a framework of mind and behavior, however, perceivers can parse this complex scene into fundamental categories of reaching, grasping, and exchanging [...], and after acquiring the pertinent cultural knowledge, they elaborate their interpretation into the script of paying [...]. People’s theory of mind [*folk psychology*, JB] thus frames and interprets perceptions of human behavior in a particular way – as perceptions of agents who can act intentionally and who have feelings, desires, and beliefs that guide their actions [...].’⁷⁹³

Sociaal gedrag “bestaat” volgens Malle dus slechts binnen het conceptuele kader van *folk psychology*.⁷⁹⁴

Er worden twee manieren onderscheiden waarop mensen kennis verwerven over de mentale toestanden van anderen. Mensen leiden uit de aard van een gedraging op grond van algemene veronderstellingen over menselijk gedrag af dat die vergezeld is gegaan van bepaalde mentale toestanden, zoals emoties, wensen en overtuigingen. Met deze mentale toestanden kan vervolgens de betreffende gedraging worden verklaard en kunnen voorspellingen worden gedaan over mogelijke toekomstige gedragingen. Ook kan door middel van “simulatie” in de eigen geest worden achterhaald wat zich in de psyche van een ander moet hebben afgespeeld.⁷⁹⁵

Volgens Malle wordt *folk psychology* niet alleen gebruikt om gedrag van anderen te begrijpen, maar vervult zij ook een belangrijke functie in het reguleren van sociale interactie.⁷⁹⁶ Met behulp van *folk psychology* wordt een onderscheid gemaakt tussen bedoeld en onbedoeld gedrag (*intentional* en *unintentional behavior*).⁷⁹⁷ Bij het maken van onderscheid tussen bedoeld en onbedoeld gedrag, geven mensen verschillende verklaringen voor een gebeurtenis. Als een beweging *onbedoeld* is, wordt een verklaring gegeven in termen van wat Malle *mechanical causation* of *cause explanations* noemt. Daaronder vallen onder meer fysieke oorzaken voor een beweging (een harde

⁷⁹³ Malle 2004, p. 36-37 (literatuurverwijzingen niet in citaat opgenomen).

⁷⁹⁴ Malle 2004, p. 31-32, 36-38; 2006, p. 226-229.

⁷⁹⁵ Malle 2004, p. 34-36; 2006, p. 225. In de psychologie bestaat debat over de vraag of kennis van andermans mentale toestanden tot stand komt door te redeneren vanuit algemene veronderstellingen over menselijk gedrag (*theory theory*) of door middel van simulatie (*simulation theory*). Volgens Malle zijn beide methodes toepassingen van het conceptuele kader van *folk psychology*.

⁷⁹⁶ Malle 2004, p. 63-72; 2006, p. 225, 229-230.

⁷⁹⁷ Malle 2004, p. 86-87; 2006, p. 230.

windvlaag doet bijvoorbeeld twee mensen botsen) of gedrag van anderen (bijvoorbeeld een duw).⁷⁹⁸ Als mensen gedrag als *bedoeld* omschrijven, worden andersoortige verklaringen gegeven. Gedrag wordt dan verklaard in termen van wat Malle *intentional causation* noemt. In het geval van *intentional causation* wordt een mentale toestand aangevoerd als de reden (*reason*) op grond waarvan iemand handelt.⁷⁹⁹ Als sprake is van *intentional causation*, dan wordt degene die handelt voor die gedraging verantwoordelijk gehouden. Wordt een beweging niet veroorzaakt door een mentale toestand, maar is deze het gevolg van bijvoorbeeld een fysieke oorzaak of gedrag van anderen, dan wordt de persoon om wie het gaat niet voor die beweging verantwoordelijk gehouden. In de sociale praktijk wordt door middel van *folk psychology* met behulp van het onderscheid tussen *mechanical* en *intentional causation* bepaald of iemand al of niet (in positieve of negatieve zin) moreel verantwoordelijk is voor een bepaald voorval.⁸⁰⁰

In het concept van een bedoelde gedraging in de *folk psychology* (*intentional causation*) spelen drie mentale toestanden (*mental states*) een belangrijke rol. Voor een gedraging is in de eerste plaats een mentale toestand in de vorm van een *bedoeling* (*intention*) om de gedraging te verrichten vereist. Een bedoeling gaat binnen het kader van de *folk psychology* per definitie gepaard met twee andere mentale toestanden: de *wens* (*desire*) om een bepaald resultaat te bereiken en de *overtuiging* (*belief*) dat de gedraging tot dat gevolg zal leiden. Als gevraagd wordt waarom iemand een bepaalde gedraging heeft verricht, kan zijn bedoeling altijd worden verklaard in termen van wensen en overtuigingen. Zo kan de bedoeling om vanmiddag te studeren verklaard worden door de wens om een tentamen te halen, in combinatie met de overtuiging dat studeren bijdraagt aan de verwezenlijking van die wens. Wensen en overtuigingen zijn de redenen (*reasons*) op grond waarvan mensen handelen.⁸⁰¹ *Folk psychology* wordt vanwege de centrale rol die wensen en overtuigingen daarin spelen ook wel aangeduid met *belief-desire psychology*. Aan een verklaring in termen van wensen en overtuigingen kunnen ook andere mentale toestanden dan wensen en overtuigingen mede

⁷⁹⁸ Malle 2004, p. 111-112; 2006, p. 237-238.

⁷⁹⁹ Malle 2004, p. 86; 2006, p. 236-237.

⁸⁰⁰ Guglielmo, Monroe & Malle 2009; Malle 2006, p. 231. Zie ook Cushman 2008.

⁸⁰¹ Malle 1999, p. 41-42; 2004, p. 88-89, 92; 2006, p. 235-238; Malle & Knobe 1997, p. 107-108. Ook in de filosofische literatuur wordt aan wensen en overtuigingen cruciale betekenis toegedicht bij het verklaren van gedrag. (Davidson 1963; Dennett 1987, p. 17-22; Searle 1983, p. 29-36.) Hoewel een bedoeling per definitie gepaard gaat met wensen en overtuigingen, betekent dat niet dat een bedoeling *gereduceerd* kan worden tot wensen en overtuigingen. Een wens of overtuiging is als zodanig nog geen reden om tot handelen over te gaan. Een bedoeling heeft altijd een door de actor zelf te verrichten gedraging als object. Een wens of overtuiging kan iedere stand van zaken tot object hebben. (Malle & Knobe 1997, p. 108. Zie ook Searle 1983, p. 81-83, 103-105.)

ten grondslag liggen, bijvoorbeeld de positieve of negatieve waardering – emoties zoals hoop en angst – van de (gevolgen van de) gedraging in het licht van gedragsalternatieven.⁸⁰²

Aan de verklaring van gedrag in termen van wensen en overtuigingen liggen twee veronderstellingen ten grondslag. In de eerste plaats zijn wensen en overtuigingen – zoals alle mentale toestanden – *subjectief*. Dat wil zeggen dat ze worden toegeschreven aan de psyche van degene die handelt.⁸⁰³ Mentale toestanden worden in de filosofie *intentioneel* genoemd. Met intentionaliteit wordt bedoeld dat mentale toestanden gericht zijn op een object, een stand van zaken in de werkelijkheid.⁸⁰⁴ Iemand heeft bijvoorbeeld de overtuiging dat zijn beste vriend vandaag jarig is of de wens om binnenkort met vakantie te gaan. Omdat mentale toestanden subjectief zijn, hoeven zij niet noodzakelijk te corresponderen met de objectieve stand van zaken in de werkelijkheid.⁸⁰⁵ De overtuiging dat iemand net heeft aangebeld kan onjuist blijken te zijn, maar toch de reden zijn geweest om de deur te openen.

De tweede veronderstelling is dat de gemiddelde mens over een zekere mate van *rationaliteit* beschikt. Dat wil zeggen dat bij de verklaring van gedrag verondersteld wordt dat de gedraging met behulp van praktische rede tot stand is gekomen en dat een rationeel verband bestaat tussen de gedraging en de wensen en overtuigingen die daaraan ten grondslag liggen:

‘That is, the explainer assumes that the agent weighed certain beliefs and desires, typically in combining with other mental states, and regarded the beliefs and desires in question compelling arguments for forming an intention to act. The agent thus decided to act, as we say, *on those grounds*.’⁸⁰⁶

In de alledaagse sociale praktijk worden geen hoge eisen gesteld aan de mate waarin een gedraging rationeel gedragen moet worden door de daaraan ten grondslag liggende wensen en overtuigingen en het proces van praktisch redeneren dat tot het verrichten van de gedraging op grond van die mentale toestanden heeft geleid. Voldoende is dat een gedraging een *redelijke* (*reasonable*) gedragslijn is in het licht van de daaraan ten grondslag liggende

⁸⁰² Malle 2004, p. 94-95; 2006, p. 238.

⁸⁰³ Malle 1999, p. 36; 2004, p. 92-93.

⁸⁰⁴ Jacob 2014, par. 2; Searle 1983, p. 1-4. Zie ook Malle 2004, p. 96. In de filosofie bestaat geen consensus over de vraag of *alle* mentale toestanden intentionaliteit bezitten, of dat slechts bepaalde mentale toestanden intentioneel zijn. (Jacob 2014, par. 10.) “Mentale toestand” en “intentionele toestand” worden in dit onderzoek als synoniemen gebruikt.

⁸⁰⁵ Malle 2006, p. 239; Searle 1983, p. 4.

⁸⁰⁶ Malle 2004, p. 93. Zie ook Davidson 1963; Dennett 1987, p. 17, 21, 48-52; Wallace 2014, par. 1.

mentale toestanden.⁸⁰⁷ De veronderstelling dat mensen normaalgesproken betrekkelijk rationeel handelen, maakt dat mentale toestanden gebruikt kunnen worden om gedrag te verklaren en te voorspellen. Willen mentale toestanden gedrag kunnen verklaren, dan moet een logisch verband bestaan tussen een gedraging en de daaraan ten grondslag liggende wensen en overtuigingen. Het is niet rationeel om de overtuiging dat het tien uur 's ochtends is aan de beslissing om geld aan een goed doel te geven ten grondslag te leggen. De mentale toestand en de gedraging staan niet in een rationeel verband met elkaar, waardoor de mentale toestand de gedraging niet verklaart of niet gebruikt kan worden om de gedraging te voorspellen. Als aan een gedraging willekeurig welke mentale toestand ten grondslag kan worden gelegd, dan werkt *folk psychology* niet.

In de sociale praktijk worden handelingen vrijwel nooit volledig en expliciet volgens het hier beschreven model verklaard. Meestal wordt genoeg genomen met een verklaring waarin één bepaalde mentale toestand als reden voor de gedraging wordt gegeven en andere, bijbehorende mentale toestanden geïmpliceerd worden.⁸⁰⁸ Zo is het in de meeste situaties een afdoende verklaring dat de bestuurder van een auto door rood rijdt omdat hij op tijd bij een afspraak wil zijn (wens). Deze verklaring impliceert op grond van de veronderstelling van rationaliteit dat de bestuurder ook de overtuiging heeft dat zijn gedraging aan het verwezenlijken van de wens bijdraagt. Het omgekeerde is ook mogelijk. De opmerking: 'De bestuurder reed door rood omdat hij dacht [overtuiging] dat hij daardoor op tijd bij zijn afspraak zou zijn,' impliceert dat hij de wens heeft om op tijd te komen. Een verklaring in termen van *folk psychology* veronderstelt allerlei andere (al of niet bewuste) mentale toestanden bij degene die handelt. De eenvoudige gedraging van de bestuurder die door rood rijdt, impliceert bijvoorbeeld overtuigingen van de bestuurder over de verkeersregels en de situatie op het kruispunt en mogelijke wensen, zoals het willen vermijden van een slechte indruk of een zakelijke overeenkomst niet in gevaar willen brengen door te laat te komen. De filosoof Searle noemt dit een *Network of other Intentional states*.⁸⁰⁹ Naast een netwerk van andere mentale toestanden, veronderstelt een verklaring van gedrag in termen van wensen en overtuigingen ook dat iemand over de *capaciteiten* beschikt om de gedraging te verrichten.⁸¹⁰ Dit noemt Searle een *Background of nonrepresentational mental capacities*.⁸¹¹ Autorijden betekent dat de bestuurder beschikt over basale capaciteiten die het mogelijk maken de gedraging te verrichten, zoals waarneming, kunnen schakelen en intuïtief "weten" hoe de auto op stuurbewegingen reageert.

⁸⁰⁷ Malle 1999, p. 36-37; 2006, p. 239.

⁸⁰⁸ Malle 1999, p. 36-37; 2006, p. 239. Zie ook Davidson 1963, p. 688-690.

⁸⁰⁹ Searle 1983, p. 19-21.

⁸¹⁰ Malle 2004, p. 88-89; Malle & Knobe 1997, p. 109-111.

⁸¹¹ Searle 1983, p. 143-144.

12.2.3 Strafrechtelijke aansprakelijkheid en folk psychology

In de vorige paragraaf is beschreven van welke veronderstellingen over normaal psychisch functioneren in de alledaagse sociale praktijk wordt uitgegaan. Het strafrecht bevat eveneens veronderstellingen over normaal psychisch functioneren. Deze veronderstellingen zijn niet expliciet uitgewerkt in een consistent psychologisch kader, maar de contouren ervan kunnen worden afgeleid uit strafrechtelijke leerstukken waarin de psyche van de verdachte een rol speelt: het strafrechtelijke gedragingsbegrip en de subjectieve delictsbestanddelen. Uit het strafrechtelijke gedragingsbegrip en de subjectieve delictsbestanddelen blijkt dat de psychologische uitgangspunten van het strafrecht gebaseerd zijn op *folk psychology*.

Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid is een *gedraging* vereist. De strafrechtelijke gedraging kan goed worden beschreven aan de hand van wat *geen* gedragingen zijn. Voorbeelden daarvan zijn reflexbewegingen, epileptische toevallen of een duw.⁸¹² Deze voorbeelden komen overeen met wat Malle *mechanical causation* noemt en die ook in *folk psychology* geen gedraging zijn. Positieve omschrijvingen van de strafrechtelijke gedraging verwijzen naar handelingen die in verband staan met de *wil* en het *bewustzijn* van de verdachte en de *bedoeling* waarmee hij handelt.⁸¹³ Aan een strafrechtelijk relevante gedraging moet dus menselijk *gedrag* ten grondslag liggen dat zich laat verklaren in termen van wensen en overtuigingen.⁸¹⁴ De strafrechtelijke gedraging is vergelijkbaar met wat Malle *intentional causation* noemt. Als sprake is van *intentional causation* wordt op grond van *folk psychology* aangenomen dat sprake is van een gedraging.

Voor de zwaardere delicten – demisdrijven – is niet alleen vereist dat sprake is van een gedraging, maar moeten tevens subjectieve delictsbestanddelen worden bewezen. De belangrijkste subjectieve delictsbestanddelen zijn opzet en *culpa*. Opzet komt in de meeste delictsomschrijvingen van misdrijven voor.

⁸¹² Hazewinkel-Suringa/Remmeling 1996, p. 163; De Hullu 2015, p. 156.

⁸¹³ Hazewinkel-Suringa/Remmeling 1996, p. 162-163; De Hullu 2015, p. 156-157; De Jong 2009, p. 263; Loth 1992, p. 27-30. De klassieke opvatting van de gedraging als “gewilde spierbeweging” is bekritiseerd door Loth (1992) en Nieboer (1991, p. 82-88).

⁸¹⁴ Omissiedelicten lijken geen gedraging te vereisen, omdat nalaten juist uit de afwezigheid van een gedraging bestaat. Strafrechtelijke aansprakelijkheid voor omissiedelicten wordt doorgaans gebaseerd op het bestaan van een bijzondere zorgplicht. (Hazewinkel-Suringa/Remmeling 1996, p. 166-168; De Hullu 2015, p. 78.) In *folk psychology* wordt ook bij nalaten aansprakelijkheid op grond van een zorgplicht aangenomen. Guglielmo, Monroe & Malle 2009, p. 452: ‘Failing to prevent a negative event when one should and could prevent it is an intentional rejection of one’s obligation, which will trigger substantial blame. Here, people again base their blame judgments on the concepts of intention and intentional action, though this time they are applied to counterfactual considerations.’

Van opzet is sprake als de verdachte “willens en wetens” handelt.⁸¹⁵ Daarvan bestaan verschillende vormen. Als de verdachte de bedoeling had een strafbare stand van zaken te bewerkstelligen, heeft hij doelopzet. De ondergrens van opzet is voorwaardelijk opzet. Het criterium voor voorwaardelijk opzet is het zich “willens en wetens” blootstellen aan, of het “bewust aanvaarden” van de aanmerkelijke kans op een gevolg.⁸¹⁶ Het strafrechtelijke opzetbegrip gaat – net als *folk psychology* – ervan uit dat gedrag te verklaren is in termen van bedoelingen, wensen en overtuigingen. Opzet is intentioneel,⁸¹⁷ zoals ook de mentale toestanden in de *folk psychology* intentioneel zijn. Het opzet van de verdachte moet gericht zijn op de door de overige delictsbestanddelen strafbaar gestelde gevolgen of omstandigheden.⁸¹⁸

In een minderheid van de delictsomschrijvingen komt het bestanddeel “schuld” – *culpa* – voor. Culpeloos handelen is in beginsel minder strafwaardig dan opzettelijk handelen.⁸¹⁹ Een verdachte handelt culpeloos als hij een verwijtbare aanmerkelijke onvoorzichtigheid begaat. *Culpa* is onderverdeeld in een bewuste en een onbewuste variant. Bewuste *culpa* houdt in dat de verdachte zich bewust is geweest van het risico dat het gevolg dat in de delictsomschrijving wordt beschreven zal intreden, maar dat hij vertrouwt op de goede afloop.⁸²⁰ Dit bewustzijnsmoment is een intentionele toestand (“overtuiging”) die gericht is op het in de delictsomschrijving beschreven gevolg. De verdachte heeft bijvoorbeeld de overtuiging dat hij een risico in het leven roept dat een ander door zijn gedrag om het leven zal komen, maar gaat er ook van uit dat het gevolg niet zal intreden. Hij pleegt geen doodslag (artikel 287 Sr), maar mogelijk wel dood door schuld (artikel 307 Sr). Onbewuste *culpa* wordt gekenmerkt door de *afwezigheid* van een mentale toestand die gericht is op het in de delictsomschrijving beschreven gevolg.⁸²¹

⁸¹⁵ Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 202; De Hullu 2015, p. 233.

⁸¹⁶ HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552 m.nt. Buruma, r.o. 3.6. Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 205-208; De Hullu 2015, p. 234-242.

⁸¹⁷ Aldus ook Van Dijk 2008, p. 371-373; De Jong 2009, p. 7-10, 300-301, 352, 364; Loth 1988, p. 214-215.

⁸¹⁸ Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 99-100; Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 201-202; De Hullu 2015, p. 221-222; Kelk/De Jong 2013, p. 254-256.

⁸¹⁹ In de strafrechtelijke handboeken bestaat geen overeenstemming over de vraag of *culpa* wezenlijk verschilt van opzet (*aliud*) (Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 232) of dat *culpa* het “mindere” is van opzet (*minus*) (De Hullu 2015, p. 284-285).

⁸²⁰ Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 134-135; Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 234-235; De Hullu 2015, p. 262-266; Kelk/De Jong 2013, p. 288-289.

⁸²¹ Bedacht moet worden dat in het geval van onbewuste *culpa* de verdachte wel een *gedraging* verricht. De verpleegkundige die zich er niet bewust van is dat zij een verkeerd middel aanreikt, waardoor de patiënt overlijdt, verricht een *gedraging*. (HR 19 februari 1963, *NJ* 1963, 512 m.nt. Röling.) Bij onbewuste *culpa* draait het niet om de vraag of sprake is van een *gedraging*, maar om de vraag of strafrechtelijke

De verdachte had zich juist bewust *moeten zijn* van de mogelijkheid dat het gevolg zou intreden. Hij heeft het risico niet beseft.⁸²² Ook onbewuste *culpa* kan in verband worden gebracht met het conceptuele kader van de *folk psychology*. Van Dijk en Loth maken in dit verband bijvoorbeeld gebruik van de hiervóór besproken analyse van Searle dat mentale toestanden fungeren in een netwerk van andere – al of niet bewuste – mentale toestanden en tegen een achtergrond van niet-intentionele capaciteiten en vaardigheden.⁸²³ Door opleiding en werkervaring “weet” een verpleegkundige dat het toedienen van een verkeerde vloeistof tijdens een operatie potentieel dodelijk is en dat ze de middelen die ze de arts aanreikt altijd goed moet controleren, hoewel ze zich niet altijd bewust is van die kennis.⁸²⁴ Door deze latente kennis en vaardigheden had de verpleegkundige zich bewust *kunnen* zijn van de mogelijkheid dat het gevolg – de dood – zou intreden en kan *culpa* worden bewezen.

Bij de beoordeling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een verdachte is een belangrijke rol weggelegd voor zijn overtuigingen en in mindere mate voor zijn wensen. De vaststelling van *culpa* draait om de vraag of de verdachte zich bewust is geweest (overtuiging) van het door hem genomen risico, of zich daarvan bewust had kunnen zijn. Opzet betekent “willens en wetens” handelen en vereist niet alleen een overtuiging (“wetens”), maar ook de wens om een doel te bereiken of ten minste de aanvaarding van de gevolgen van een gedraging in het licht van gedragsalternatieven (“willens”).⁸²⁵ Ook in de *folk psychology* spelen wensen en overtuigingen een centrale rol.⁸²⁶ Andere mentale toestanden, zoals emoties, zijn geen voorwaarde voor strafrechtelijke aansprakelijkheid, maar kunnen onder uitzonderlijke omstandigheden wel een grond voor een lagere strafbedreiging of zelfs schulduitsluiting vormen. De moeder die uit vrees voor ontdekking van haar bevalling haar kind opzettelijk van het leven berooft, wordt gestraft

aansprakelijkheid bestaat bij afwezigheid van een op het in de delictsomschrijving beschreven gevolg gerichte mentale toestand. (Van Dijk 2008, p. 59.)

⁸²² Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 134-135; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 234-235; De Hullu 2015, p. 262-263; Kelk/De Jong 2013, p. 289.

⁸²³ Van Dijk 2008, p. 59-61; Loth 1988, p. 191-192, 215-217. Hazewinkel-Suringa/Rommelink (1996, p. 234) spreken van een “*potentieel* psychische bewustzijnsinhoud met betrekking tot het te vermijden gevolg”. Zie ook De Hullu 2015, p. 263; De Jong 2009, p. 7, 10;

⁸²⁴ HR 19 februari 1963, NJ 1963, 512 m.nt. Röling.

⁸²⁵ Auteurs die een cognitief opzetconcept verdedigen, vereisen voor voorwaardelijk opzet slechts de overtuiging dat sprake is van een aanmerkelijke kans op het in de delictsomschrijving beschreven gevolg. (Van Dijk 2008, p. 224-225.)

⁸²⁶ Van Dijk (2008, p. 381-430) brengt de mentale toestanden die in het strafrecht figureren in verband met de classificatie van mentale toestanden van de negentiende-eeuwse psycholoog Brentano. Brentano heeft mentale toestanden voor het eerst als “intentioneel” omschreven. Zie ook De Jong 2009, p. 258-259, 273-302.

met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaar (artikel 290 Sr) in plaats van het maximum van vijftien jaar dat op doodslag (artikel 287 Sr) is gesteld. De verdachte die als gevolg van een “hevige gemoedsbeweging” de grenzen van de noodzakelijke verdediging overschrijdt, kan zich onder nadere voorwaarden met succes op noodweerexces (artikel 41 lid 2 Sr) beroepen.

Ten slotte geldt net als in de *folk psychology* in het strafrecht de veronderstelling dat gedragingen tot stand komen met behulp van praktische rede. In de wetsgeschiedenis van het Wetboek van Strafrecht wordt bij de bespreking van opzet en *culpa* door de regering opgemerkt dat een verschil tussen beide bestanddelen het onjuist, respectievelijk niet aanwenden van het vermogen tot nadenken is:

‘Terwijl hij die opzettelijk misdoet, zijn vermogens verkeerd gebruikt, is de eigenaardigheid van de schuld deze dat men ze niet gebruikt, waar men ze had behooren te gebruiken. Gebrek aan het noodige nadenken, aan de noodige kennis of aan het noodige beleid, ziedaar het wezen van alle schuld.’⁸²⁷

Het verband tussen de strafrechtelijk relevante mentale toestanden en rationaliteit kan geïllustreerd worden aan de hand van het criterium voor voorwaardelijk opzet. Het bewust aanvaarden van een aanmerkelijke kans op een gevolg veronderstelt ten minste dat de verdachte een eventueel te volgen gedragslijn voor ogen heeft en dat hij op grond van ervaringsregels heeft beredeneerd tot welke gevolgen het voorgenomen gedrag zal kunnen leiden. Alleen daardoor kan bij hem de overtuiging ontstaan dat een aanmerkelijke kans op het gevolg bestaat. Het in strafrechtelijke zin onjuiste gebruik van het vermogen tot praktisch redeneren is gelegen in het aanwenden van dat vermogen om een gedragslijn uit te denken en te volgen die tot het in de delictsomschrijving beschreven gevolg leidt.

Het strafrechtelijke gedragsbegrip en de subjectieve delictsbestanddelen zijn gebaseerd op de *folk psychology* die in het alledaagse sociale verkeer wordt gebruikt om menselijk gedrag te verklaren in termen van intentionele mentale toestanden.⁸²⁸ De subjectieve delictsbestanddelen worden ook op een wijze vastgesteld die vergelijkbaar is met de wijze waarop mensen in de alledaagse sociale praktijk beredeneren met welke mentale toestand

⁸²⁷ Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 85. Zie ook Van Dijk 2008, p. 31-32; De Jong 2009, p. 256; Loth 1988, p. 214.

⁸²⁸ In de internationale literatuur wordt dit breed aangenomen: Lelling 1993, p. 1477-1483; Malle & Nelson 2003, p. 563-564; Moore 2010, p. 403-419, 2011; Morse 2008a, p. 4-6; 2010, p. 529-533; Sifferd 2006, p. 571-577. In de dissertaties van Van Dijk (2008, p. 283-284, 371-373), De Jong (2009, p. 251-263, 299, 364-365) en Loth (1988, p. 62-73, 175-227) worden het strafrechtelijke gedragsbegrip en de subjectieve delictsbestanddelen eveneens gerelateerd aan psychologische en filosofische analyses over het conceptuele kader van *folk psychology*.

een gedraging gepaard is gegaan. Of een verdachte opzettelijk of culpoos handelde wordt niet alleen afgeleid uit de verklaring van de verdachte, maar ook uit de aard van de gedraging en uit veronderstellingen over wat “normale” mensen in een vergelijkbare situatie denken en willen.⁸²⁹

Het strafrecht maakt niet toevallig gebruik van *folk psychology*. Met het strafrecht wordt beoogd de sociale werkelijkheid te ordenen. Zonder *folk psychology* kan geen sociale betekenis worden toegekend aan menselijke gedragingen. Bij het opstellen van een Wetboek van Strafrecht en bij de interpretatie ervan in de rechtspraak moet daarom gebruik worden gemaakt van een kader om menselijk gedrag te interpreteren dat niet te veel afwijkt van de wijze waarop gedrag in de sociale praktijk wordt geïnterpreteerd.⁸³⁰ Wetgever en rechter kunnen zich niet onttrekken aan hun waarneming van de sociale praktijk door middel van het conceptuele kader van de *folk psychology* en dat kader zal dus ook zijn neerslag vinden in (de interpretatie van) wetgeving. *Folk psychology* wordt bovendien niet alleen als verklaring voor gedrag gebruikt, maar ook om gedrag moreel te prijzen of af te keuren. In het strafrecht worden gedragingen eveneens beoordeeld op afkeurenswaardigheid. Om die beoordeling begrijpelijk te doen zijn voor de verdachte en de samenleving, kan het kader op grond waarvan de strafrechtelijke beoordeling plaatsvindt niet te veel afwijken van het alledaagse kader waarin gedrag moreel wordt beoordeeld.⁸³¹ Het gebruik van mentale toestanden bij het verklaren van menselijk gedrag is niet beperkt tot het (straf)recht. Veel menswetenschappelijke disciplines, van economie tot antropologie, maken gebruik van een met *folk psychology* overeenkomend begrippenkader.⁸³²

Niettemin zijn verschillen aan te wijzen tussen de hiervóór beschreven alledaagse *folk psychology* en de wijze waarop daarvan in het strafrecht

⁸²⁹ Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 112-113; Hazewinkel-Suringa/Rommeling 1996, p. 208-210; De Hullu 2015, p. 230-231; De Jong 2009, p. 363-374. De Hoge Raad noemt expliciet de aard van de gedraging als relevant voor de vaststelling van opzet. (HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552 m.nt. Buruma, r.o. 3.6.) Het gebruik van algemene ervaringsregels voor het bewijs van opzet heeft sommige auteurs tot de omstreden conclusie geleid dat wat de verdachte feitelijk denkt ten tijde van het delict voor het bewijs van opzet niet ter zake doet. (Zie bijvoorbeeld Peters 1966, 116-123. Zie voor kritische analyse van dergelijke “normatieve opzettheorieën”: Van Dijk 2008, p. 233-346.)

⁸³⁰ Hazewinkel-Suringa/Rommeling 1996, p. 161: ‘Natuurlijk zijn lang niet alle handelingen voor het strafrecht van betekenis. Zij moeten tenminste voor de maatschappij enige relevantie hebben. De perceptie en/of interpretatie van de handeling door de omgeving, althans door de maatschappij, is derhalve voor de benaming van het gedrag doorgaans doorslaggevend, [...] Wij moeten derhalve die lichamelijke “manifestaties” sociaal verstaan [...]’.

⁸³¹ Zie ook De Jong 2009, p. 353-354.

⁸³² Ratcliffe & Hutto 2007, p. 1.

gebruik wordt gemaakt.⁸³³ Het bekendste voorbeeld daarvan is het verschil tussen de alledaagse en de juridische betekenis van opzet. In het dagelijkse taalgebruik wordt een gedraging doorgaans opzettelijk genoemd wanneer iemand de *bedoeling* heeft een gevolg teweeg te brengen. Strafrechtelijk is echter al sprake van opzet als een verdachte bewust de aanmerkelijke kans op een gevolg heeft aanvaard.⁸³⁴ Malle & Nelson betogen dat het strafrecht volledig in de pas moet lopen met *folk psychology*. Zij stellen daarom voor de subjectieve bestanddelen te interpreteren langs de lijnen van het door Malle empirisch onderzochte conceptuele kader van de *folk psychology*. Malle & Nelson wijzen erop dat juryleden moeite zullen hebben de strafrechtelijke concepten te doorgronden en juist toe te passen als deze (te sterk) afwijken van de alledaagse concepten.⁸³⁵ Dit bezwaar geldt niet voor de Nederlandse strafrechtspraak, nu een professioneel rechtergeacht mag worden de juridische betekenis van een concept te kunnen onderscheiden van zijn alledaagse betekenis. Toch kan ook ten aanzien van het Nederlandse strafrecht worden betoogd dat de spanning tussen alledaagse en strafrechtelijke concepten van mentale toestanden niet te groot mag zijn. Opzettelijk strafbaar handelen opent de poort naar de zwaarste straffen. Als de juridische betekenis van (bijvoorbeeld) opzet te idiosyncratisch is, dan kunnen de verdachte en de samenleving niet langer goed begrijpen waarop een ernstig strafrechtelijk verwijt is gebaseerd. *Folk psychology* maakt begrip en beoordeling van gedrag mogelijk. Dat begrip vermindert wanneer de rechter en de verdachte niet dezelfde taal spreken omdat het strafrecht te veel afwijkt van de *folk psychology*. Tevens ontstaat spanning met het legaliteitsbeginsel. Het wordt zonder bijzondere juridische kennis minder goed mogelijk voor burgers om te weten welk gedrag strafbaar is. Daartegenover staat de noodzaak – die ook uit het legaliteitsbeginsel voortvloeit – dat juridische concepten een nauwkeurigheid moeten hebben die het dagelijkse taalgebruik ontbeert en waardoor technisch-juridisch taalgebruik nooit vermeden kan worden.⁸³⁶ *Folk psychology* biedt die nauwkeurigheid niet.⁸³⁷

⁸³³ Zie ook De Jong 2009, p. 273.

⁸³⁴ Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 104; Van Dijk 2008, p. 346; De Hullu 2012, p. 234; De Jong 2009, p. 352-353; Loth 1988, p. 65. Onderzoek van Nadelhoffer (2005, p. 101-111) suggereert echter dat in de dagelijkse praktijk mensen geneigd zijn een bepaald gevolg als *bedoeld* te kwalificeren als de actor van de mogelijkheid van het intreden van dat gevolg op de hoogte was, maar de actor niet wilde dat het gevolg intrad of daar onverschillig tegenover stond. Een nevengevolg van een gedraging zal bovendien eerder als bedoeld teweeggebracht aangemerkt worden naarmate het intreden van het gevolg waarschijnlijker is. Daarmee lijkt voorwaardelijk opzet niet op gespannen voet te staan met *folk psychology*. (Anders: Malle & Nelson 2003, p. 572-574.)

⁸³⁵ Malle & Nelson 2003. Anders: Nadelhoffer 2005, p. 154-164.

⁸³⁶ Zie ook De Jong 2009, p. 308-309, 371-383.

⁸³⁷ Anders: Malle & Nelson 2003.

12.2.4 Zijn de veronderstellingen van folk psychology houdbaar? De these van mentale causaliteit

De veronderstellingen van *folk psychology* zijn veronderstellingen over de wijze waarop menselijk gedrag verklaard wordt en dergelijke veronderstellingen kunnen getoetst en eventueel gefalsificeerd worden door empirisch onderzoek, maar ook worden onderworpen aan conceptuele analyse.⁸³⁸ Het enkele feit dat mensen gebruik maken van *folk psychology* betekent niet dat *folk psychology* een houdbare verklaring van menselijk gedrag is.

Een fundamentele these van *folk psychology* is dat gedrag veroorzaakt wordt door mentale toestanden. Malle noemt dit *intentional causation*. De filosofische term is “mentale causaliteit” (*mental causation*).⁸³⁹ Als mentale toestanden geen verband houden met menselijk gedrag, dan verklaren zij het gedrag niet en vervalt de grondslag om morele verantwoordelijkheid aan mensen toe te schrijven op grond van mentale toestanden. Omdat het strafrecht gebaseerd is op *folk psychology*, ligt de these van mentale causaliteit ook aan strafrechtelijke aansprakelijkheid ten grondslag. De impliciete premisse van de subjectieve delictsbestanddelen is dat de daarin besloten liggende mentale toestanden het gedrag van de verdachte zodanig kunnen beïnvloeden dat hij afziet van de strafbare gedraging. Van Dijk vergelijkt bijvoorbeeld de voor het bewijs van opzet vereiste overtuiging (“voorstelling”) dat een bepaalde gedraging tot een strafbaar gevolg zal leiden of dat daarop een aanmerkelijke kans bestaat met een intrapsychisch waarschuwingsbord waardoor de potentiële dader gewaarschuwd wordt voor het intreden van een strafrechtelijk relevant voorval. Daardoor is de verdachte in de gelegenheid om het strafbare feit te voorkomen.⁸⁴⁰ Ontbeert de overtuiging die potentiële causale invloed, dan mist hij de mogelijkheid het strafbare feit te voorkomen. In dat geval kan de verdachte worden vergeleken met een autopassagier die weliswaar het waarschuwingsbord ziet, maar niets kan doen om de auto bij te sturen. Het volgende citaat uit de *Stanford encyclopedia of philosophy* geeft het belang van mentale causaliteit voor het toeschrijven van verantwoordelijkheid goed weer:

‘Agency of the sort required for free will and moral responsibility appears to require mental causation. If your behavior is not caused by your mind’s activities – its deliberations, decisions, and the like – what sense would it make to hold you responsible for what your body does? You would appear to be scarcely more than a passive observer of your

⁸³⁸ Dennett 1987, p. 47; Greenwood 1991b, p. 4-7; Malle 1999, p. 45; 2004, p. 33-34; 2006, p. 225.

⁸³⁹ Robb & Heil 2014. Zie ook Davidson 1963; Dennett 1987, p. 56-57; Greenwood 1991b, p. 4; Searle 1983, p. 112-140.

⁸⁴⁰ Van Dijk 2008, p. 305. Zie ook Hart (1968) 2008, p. 180-185.

body's activities. We would then need to abandon what Strawson [...] calls our "reactive attitudes", the moral attitudes and feelings (e.g., gratitude, resentment) so central to our interpersonal lives.

In the philosophy of psychology, it is widely believed that psychological explanation hinges on the possibility of mental causation. If your mind and its states, such as your beliefs and desires, were causally isolated from your bodily behavior, then what goes on in your mind could not explain what you do [...].

These observations about agency suggest a more basic conceptual point: if minds did not influence behavior, in what sense would anyone truly *act*? Sounds would be made, but no one would *mean* anything by them. Bodies would move, but no one would thereby *do* anything [...].⁸⁴¹

De geldigheid van de these dat mentale toestanden causale invloed op gedrag hebben, wordt op twee met elkaar verband houdende gronden betwist. In de eerste plaats worden *empirische* argumenten tegen mentale causaliteit aangevoerd. Op grond van de resultaten van (neuro-)wetenschappelijke experimenten wordt betoogd dat *folk psychology* en mentale causaliteit illusies zijn.⁸⁴² Mentale toestanden bieden hooguit een rationalisering achteraf van een fysiek proces dat zich geheel onbewust in de hersenen heeft afgespeeld. Deze onbewuste hersenprocessen zijn de werkelijke oorzaak van gedrag, niet de bewuste mentale toestanden.⁸⁴³

Ten tweede worden *conceptuele* argumenten aangevoerd tegen de these van mentale causaliteit. Sinds Descartes betoogde dat lichaam en geest twee verschillende substanties zouden zijn ("substantiedualisme"), zijn filosofen voor het probleem gesteld op welke wijze een onstoffelijke substantie (de geest) causale invloed kan uitoefenen op de stoffelijke materie (het lichaam). Tegenwoordig wijzen de meeste filosofen substantiedualisme af. De psyche wordt gezien als een onderdeel van de fysieke wereld ("substantiemonisme"). Vanuit verschillende filosofische posities wordt betoogd dat hoewel de psyche deel uitmaakt van de fysieke werkelijkheid, mentale toestanden niettemin causale invloed hebben op menselijk gedrag. Dat kan bijvoorbeeld door een onderscheid te maken tussen fysieke en mentale eigenschappen

⁸⁴¹ Robb & Heil 2014, par. 1.1 (literatuurverwijzingen niet in citaat opgenomen). Kendler (2005, p. 434) wijst op het belang van de these van mentale causaliteit voor de psychiatrie: 'In our rejection of epiphenomenalism, we commit ourselves to the concept of mind-to-brain causality. In ways we can observe but not yet fully understand, subjective, first-person mental phenomena have causal efficacy in the world.'

⁸⁴² Greene & Cohen 2004; Lamme 2008; Wegner 2002. Een reeks beroemde experimenten van Libet (onder meer Libet 1985) staat aan de basis van de hedendaagse neurowetenschappelijke kritiek op de these van mentale causaliteit. (Wegner 2002, p. 54-55.)

⁸⁴³ Zie voor een kritische analyse van deze redenering: Bennett & Hacker 2006, p. 68-74

van een gebeurtenis (*property dualism*).⁸⁴⁴ Een conceptueel probleem dat lijkt op het probleem van de interactie tussen geest en lichaam in het cartesians dualisme blijft echter bestaan: hoe kunnen mentale toestanden *als zodanig* – op grond van hun “mentale eigenschappen” – effecten in de fysieke wereld teweegbrengen? Zijn het dan niet de fysieke eigenschappen van de gebeurtenis – bijvoorbeeld hersenprocessen – die feitelijk de gevolgen veroorzaken en dus het “echte” causale werk doen?⁸⁴⁵

De kern van zowel de empirische als de conceptuele argumenten tegen de these van mentale causaliteit, is dat mentale toestanden een *epifenomeen* zouden kunnen zijn, een “bijproduct” van hersenprocessen zonder causale kracht.⁸⁴⁶ Fysieke hersenprocessen brengen via een keten van onbewuste oorzaak-gevolgrelaties mentale toestanden zoals wensen en overtuigingen voort, maar wensen en overtuigingen brengen zelf geen fysieke gevolgen teweeg. Wegner vergelijkt de “bewuste wil” bijvoorbeeld met een kompas. Een kompas geeft de richting aan waarin een boot vaart, maar het kompas bestuurt het schip niet. De “bewuste wil” vertelt volgens Wegner dat wij (zullen) handelen, maar heeft net als een kompas geen invloed op het handelen.⁸⁴⁷ De aan *folk psychology* ten grondslag liggende these dat mentale toestanden gedrag beïnvloeden zou daarom een illusie zijn.

Dehiervóór zeer beknopt en onvolledig weergegeven neurowetenschappelijke en filosofische kritiek op de these van mentale causaliteit, moet worden geplaatst in een filosofisch en inmiddels ook neurowetenschappelijk debat dat wat complexiteit betreft niet onderdoet voor het filosofische debat over wilsvrijheid. Een volledige inventarisatie van dit debat en een beargumenteerde stellingname daarin, zou het bestek van dit juridische onderzoek ver te buiten gaan. Op grond van drie met elkaar samenhangende argumenten wordt de these van mentale causaliteit in dit onderzoek niet verder ter discussie gesteld.

In de eerste plaats staat in dit onderzoek de interpretatie van artikel 39 Sr centraal. Artikel 39 Sr wordt geïnterpreteerd met behulp van de in het strafrechtelijke systeem besloten liggende veronderstellingen over “normaal” psychisch functioneren.⁸⁴⁸ De juistheid van de aan het strafrecht ten grondslag liggende uitgangspunten kan binnen het kader van deze onderzoeksvraag niet ter discussie worden gesteld. De onderzoeksvraag heeft immers slechts betekenis binnen die uitgangspunten. *Of* de these van mentale causaliteit houdbaar is en *hoe* mentale toestanden gedrag veroorzaken, zijn vragen die niet tot het juridische domein behoren, maar

⁸⁴⁴ Een invloedrijke theorie is van Davidson. (Davidson 1970.)

⁸⁴⁵ Robb & Heil 2014. Zie ook Loth 1988, p. 201-204.

⁸⁴⁶ Robb & Heil 2014, par. 3; Wegner 2002, p. 317-318.

⁸⁴⁷ Wegner 2002, p. 317-318, 325-328.

⁸⁴⁸ Zie Inleiding, III, IV en paragraaf 12.1.

in het filosofische, psychologische en neurowetenschappelijke debat moeten worden beantwoord.

Ten tweede is zeker niet algemeen geaccepteerd dat de these van mentale causaliteit weerlegd is door wetenschappelijke experimenten. In het licht van het grote belang van de these van mentale causaliteit voor het vellen van juridische oordelen die zowel voor de verdachte als de samenleving begrijpelijk en legitiem zijn, is de enkele *mogelijkheid* dat mentale toestanden epifenomenaal zijn, onvoldoende om het strafrechtelijke uitgangspunt van mentale causaliteit te verlaten.⁸⁴⁹ Een onderscheid tussen een tragisch ongeluk, dood door schuld, doodslag en moord op grond van subjectieve delictsbestanddelen zou bijvoorbeeld irrelevant worden, omdat het *enige* dat deze voorvallen juridisch van elkaar onderscheidt andere wensen en overtuigingen zijn. Om dat onderscheid te rechtvaardigen moeten de wensen en overtuigingen van de verdachte in verband staan met zijn gedraging. Een dergelijk fundamenteel juridisch onderscheid – de strafbedreiging varieert van straffeloosheid tot levenslang – kan slechts op grond van zeer zwaarwegende argumenten worden verlaten.⁸⁵⁰ Het zou in de sociale context waarin het strafrecht op dit moment fungeert niet alleen onrechtvaardig worden gevonden de schuldeloze veroorzaker van een tragisch ongeluk op dezelfde wijze te behandelen als een moordenaar, het zou ook niet begrepen worden.

Ten slotte is het conceptuele kader van *folk psychology* fundamenteel voor het begrijpen van de sociale werkelijkheid. Zonder *folk psychology* kan menselijk gedrag in de praktijk niet goed begrepen worden. De feitelijke vaststelling dat *folk psychology* in de sociale praktijk onmisbaar lijkt, is niet zonder meer afhankelijk van de empirische en conceptuele houdbaarheid van *folk psychology* en in het bijzonder de these van mentale causaliteit. Zelfs als onomstotelijk blijkt dat mentale toestanden epifenomenaal zijn, zal *folk psychology* een snelle en eenvoudige voorspeller van menselijk gedrag blijven en een conceptueel kader bieden op grond waarvan mensen elkaars gedrag begrijpen en beoordelen.⁸⁵¹ De vraag is daarom of mensen *folk psychology* en de daarop gebaseerde morele beoordeling van gedrag in de *praktijk* wel zullen of zelfs kunnen laten varen als zij er *theoretisch* van overtuigd zouden raken dat mentale toestanden epifenomenaal zijn.⁸⁵² De opvattingen daarover lopen – ook onder neurowetenschappers die de these van mentale causaliteit betwisten⁸⁵³ – sterk uiteen. Als het praktische gebruik van *folk*

⁸⁴⁹ Aldus ook Morse 2010, p. 543-554; 2012, p. 120-122; Sifferd 2006.

⁸⁵⁰ Vgl. Moore 2011, p. 203.

⁸⁵¹ Wetenschappelijke of technologische ontwikkelingen die begrijpen en voorspellen van gedrag op radicaal andere wijze mogelijk maken daargelaten. (Vgl. Churchland 1981, p. 87-88.)

⁸⁵² Zie ook Morse 2010, p. 554.

⁸⁵³ Volgens Wegner (2002, p. 334-342) is niet mentale causaliteit van belang voor morele oordelen, maar de – zij het illusoire – *ervaring* van “bewuste wil”. Greene

psychology echter niet (zonder meer) wijzigt door veranderende theoretische opvattingen over de juistheid van de these van mentale causaliteit, staat evenmin vast dat de op *folk psychology* gebaseerde opvattingen over strafrechtelijke aansprakelijkheid zullen veranderen. Strafrechtelijke aansprakelijkheid is niet toevallig gebaseerd op *folk psychology*. Dat is het gevolg van de verwevenheid van sociale praktijk en strafrecht. In het kader van dit onderzoek kan niet vooruit worden gelopen op de vraag of opvattingen over strafrechtelijke aansprakelijkheid in de toekomst zullen veranderen als de overtuiging dat mentale toestanden epifenomenaal zijn in de maatschappij terrein zou winnen.

12.2.5 Het stoornisconcept van artikel 39 Sr

De in de strafrechtelijke systematiek besloten liggende veronderstellingen over “normaal” psychisch functioneren zijn gebaseerd op de volgende drie hiervóór beschreven centrale concepten uit de *folk psychology*:

- *Mentale toestanden* Gedragingen gaan gepaard met mentale toestanden zoals wensen, overtuigingen en emoties. Mentale toestanden zijn intentioneel, zij hebben betrekking op een stand van zaken in de werkelijkheid.
- *Rationaliteit* Gedragingen komen tot stand met behulp van praktische rede.
- *Mentale causaliteit* Mentale toestanden staan in causaal verband met gedragingen.

Een theorie over de werking van de geest impliceert een theorie over de gevallen waarin de geest niet naar behoren werkt, wanneer dus sprake is van een psychische stoornis. De filosoof en gedragswetenschapper Bolton merkt hierover op:

‘Philosophical theories of mind are bound to imply views of mental disorder, though they are not necessarily explicit. There is, for example, the famous passage in *Meditations* in which Descartes treats madness, before dreaming, as a radical failure of

& Cohen (2004, p. 1781) stellen daarentegen de retorische vraag of juryleden die zijn opgegroeid in een toekomst waarin voor iedereen de fysieke hersenprocessen via welke beslissingen tot stand komen volledig transparant zijn, een moordenaar nog wel strafrechtelijk verantwoordelijk willen houden. Het argument van Greene & Cohen heeft enige empirische aannemelijkheid op grond van onderzoek (Nadelhoffer e.a. 2013) waaruit blijkt dat proefpersonen geneigd zijn een actor minder verantwoordelijkheid toe te schrijven als gedrag in neurologische in plaats van mentale termen wordt beschreven.

representation of reality, a construction made much of by Foucault. Or again, Locke's empiricism had the straightforward consequence that one kind of mental disorder would consist in incapacity to combine simple ideas into complex ones, and Locke mentions idiocy in this connection, alongside children, in the first book of his *Essay*. As another example, the Kantian philosophy can be plausibly taken to imply that mental disorder involves disturbance in the perception of space, time and causality. Contemporary philosophies of mind can likewise be expected to have explicit or implicit consequences for the concept of mental disorder. [...] One theme in current philosophy of mind is the intimate connection between mental states and *intentionality*, and this is a potentially helpful approach, because it leads fairly quickly towards discussions of mental disorder within and outside psychiatry.⁸⁵⁴

'Broadly speaking, the mind is in good working order to the extent that its intentional objects and connections are appropriate. Conversely, failure of intentionality, whether inappropriateness of an intentional object or connection, or absence of an intentional object altogether, suggests disorder. Thus perception of a dagger in the absence of anything like one in reality appears as a failure of the sensory system; belief, immune to reason, that one has a divine mission to murder so far points to disorder in cognition; profound misery in the absence of any intentional object suggests affective disorder; performing actions inconsistent with beliefs and desires, "compulsively", suggests a disorder in practical reason or will; and so on.'⁸⁵⁵

Van een stoornis in de zin van artikel 39 Sr is sprake als de verdachte niet voldoet aan de in de strafrechtelijke systematiek besloten liggende veronderstellingen over "normaal" psychisch functioneren. Een stoornis in de zin van artikel 39 Sr is daarom een abnormale afwijking van één of meer van de drie centrale concepten uit de *folk psychology* waarop strafrechtelijke aansprakelijkheid gebaseerd is:

- *Mentale toestanden* Van een stoornis van mentale toestanden is sprake als de overtuigingen, wensen en emoties van de verdachte ten tijde van het delict niet op normale wijze functioneren.
- *Rationaliteit* Stoornis van rationaliteit betekent dat de praktische rede van de verdachte ten tijde van het delict niet normaal functioneert.

⁸⁵⁴ Bolton 2001, p. 182-183.

⁸⁵⁵ Bolton 2001, p. 182-183.

- *Mentale causaliteit* Een stoornis van mentale causaliteit houdt in dat de mentale toestanden van de verdachte ten tijde van het delict niet op normale wijze met zijn gedrag in verband staan.

Ten aanzien van alle drie de vormen die een strafrechtelijk relevante stoornis aldus kan aannemen, rijst de vraag waar de grens ligt tussen wat nog geldt als psychisch “normaal” functioneren en vanaf welk moment gesproken moet worden van een stoornis.⁸⁵⁶ Uit de strafrechtelijke systematiek en de *folk psychology* kunnen geen grenswaarden worden afgeleid. Het driedelige stoornisconcept dat zich daaruit laat afleiden is te rudimentair om te kunnen bepalen waar normaal functioneren eindigt en waar stoornis begint.

12.3 Het stoornisconcept van artikel 39 Sr en in de psychiatrie erkende stoornissen

De psychiatrische classificaties dienen een betrouwbaar onderscheid te maken tussen psychische gezondheid en psychische stoornis en bevatten daarom nauwkeurig omschreven symptomen waaraan voldaan moet zijn voordat een diagnose kan worden gesteld.⁸⁵⁷ Als het mogelijk is om een raakvlak te vinden tussen het stoornisconcept van artikel 39 Sr en de in de classificaties opgenomen stoornissen, kan een verband worden gelegd tussen in de psychiatrische classificaties omschreven ziektebeelden en het strafrechtelijke stoornisconcept en wordt duidelijk of, en zo ja, in hoeverre overeenkomsten en verschillen bestaan. De in de psychiatrie gebruikte afbakening tussen “normaal” en “gestoord” functioneren kan dan mogelijk ook gebruikt worden voor de strafrechtelijke afbakening.

Het raakvlak tussen het stoornisconcept van artikel 39 Sr en de in psychiatrische classificaties opgenomen stoornissen kan worden gevonden in de *folk psychology*, wat – net als de verwantschap tussen *folk psychology* en de voorwaarden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid – niet op toeval berust. De relatie tussen *folk psychology* en de in de psychiatrie erkende

⁸⁵⁶ Vgl. Bolton 2001, p. 186-187.

⁸⁵⁷ Om verschillende redenen is in de psychiatrie problematisch waar de grens tussen “normaal” en “gestoord” moet worden getrokken. (Bolton 2008, p. 7-15.) Onder invloed van onder anderen Foucault wordt sinds de jaren zestig van de vorige eeuw het concept “stoornis” bekritiseerd als een middel dat gebruikt wordt om bestaande machtsstructuren in stand te houden. (Bolton 2008, p. 82-91.) Deze “sociologische” kritiek blijft buiten beschouwing. Een invloedrijke poging om aan de hand van één overkoepelend concept af te bakenen wat als stoornis geldt, is Wakefields concept van psychische stoornis als schadelijk psychisch disfunctioneren (*harmful mental dysfunction*). (Wakefield 1992.) Wakefields concept blijft buiten beschouwing, omdat het niet alle toestanden bestrijkt die in de psychiatrie *de facto* als stoornis worden aangemerkt. (Zie voor kritische analyse: Bolton 2008, p. 116-159; Radden 2004, p. 418-423.)

stoornissen houdt volgens de analyse van Bolton verband met de wijze waarop deze classificaties tot stand komen. Psychische stoornissen kunnen vaak niet in verband worden gebracht met één of enkele specifieke oorzaken. Stoornissen kunnen daarom niet naar hun oorzaak (etiologie) worden gegroepeerd.⁸⁵⁸ In de *DSM-5* zijn de stoornissen daarom naar vergelijkbare symptomen ingedeeld. De symptomen van psychische stoornissen zoals die in classificaties worden beschreven, kunnen vaak worden geïnterpreteerd als stoornis van normaal psychisch functioneren in termen van *folk psychology*. Bolton gebruikt daarvoor de uitdrukking *breakdown of meaningful connections in mental life*:

‘Mental disorder is a matter of breakdown of meaningful connections in mental life. That is to say: it is a matter of an emotion having no appropriate object, or being excessive in relation to its object; or of beliefs having no basis in experience and/or education; or of behaviours that are not under the control of the person’s will, or are inconsistent with the person’s expressed aims and beliefs; and so forth.’⁸⁵⁹

In dit citaat keert het driedelige stoornisconcept van artikel 39 Sr terug: stoornis van mentale toestanden (bijvoorbeeld *beliefs having no basis in experience*), mentale causaliteit (*behaviours that are not under the control of the person’s will*) en rationaliteit (*behaviours that [...] are inconsistent with the person’s expressed aims and beliefs*). Bolton hanteert voor deze interpretatie van de in de classificaties opgenomen stoornissen regelmatig de uitdrukking *folk psychiatry*.⁸⁶⁰

Bolton verklaart de verwantschap tussen *folk psychiatry* en de in de classificaties beschreven stoornissen doordat de psychiatrische classificatie van symptomen als stoornis afhankelijk is van de diverse symptomen waarmee patiënten zich in de praktijk voor behandeling bij de psychiater melden. Patiënten bezoeken een psychiater op het moment dat zij behandeling nodig denken te hebben. Omdat mensen hun eigen psychische functioneren begrijpen in termen van *folk psychology*, zal iemand naar de psychiater gaan als zijn begrip van zichzelf in termen van “normale”

⁸⁵⁸ APA 2013, p. 20: ‘Until incontrovertible etiological or pathophysiological mechanisms are identified to fully validate specific disorders or disorder spectra, the most important standard for the DSM-5 disorder criteria will be their clinical utility for the assessment of clinical course and treatment response of individuals grouped by a given set of diagnostic criteria.’ Zie ook Bolton 2008, p. 2-7; Kendler 2005, p. 434-435.

⁸⁵⁹ Bolton 2008, p. 16. Zie ook Bolton 2001, p. 185. Volgens Bolton (2008, p. 143-151) gebruikt ook Wakefield (zie voetnoot 857) uiteindelijk *folk psychiatry* om af te bakenen wat een stoornis is en wat niet.

⁸⁶⁰ Bolton 2008, 168.

folk psychology tekortschiet en hij daardoor lijden (*harm*) ervaart.⁸⁶¹ Dit subjectieve perspectief van de patiënt die zichzelf evalueert in termen van *folk psychology* en op zoek gaat naar behandeling voor zijn klachten, werkt volgens Bolton door in de psychiatrische classificaties. Ook in de *DSM-5* wordt een verband gelegd tussen de subjectieve ervaring van lijden en de noodzaak bepaalde symptomen te behandelen.⁸⁶² De classificaties zijn mede bedoeld om – onafhankelijk van etiologie – ten behoeve van een betrouwbare diagnose ordening aan te brengen in de symptomen zoals die zich aandienen in de psychiatrische praktijk.⁸⁶³ Door deze a-theoretische, pragmatische benadering zijn de classificaties terug te voeren op wat Bolton noemt: ‘[...] the problems that people bring to the clinic [...]’.⁸⁶⁴

‘Folk psychiatry uses norms of mental states and behaviour based in the usual functioning of an individual, or in the usual mentality and behaviour of an available reference group, perhaps framing them as a believe as to how human beings should function or were made to function. In short, folk psychiatry already identifies the kinds of conditions that are codified in the psychiatric manuals, or at least some of their most prominent features. This folk psychiatry is not based on reading the manuals, rather the other way round: the people recognize the problems and have taken them over the years to psychiatrists, and by this route they end up in a psychiatric book.’⁸⁶⁵

Boltons constatering dat de in de psychiatrische classificaties opgenomen stoornissen schatplichtig zijn aan *folk psychiatry*, is volgens hem geen bruikbaar uitgangspunt voor het ontwikkelen van een theoretisch verantwoord concept van “psychische stoornis”. De in de classificaties erkende stoornissen kunnen volgens Bolton slechts worden opgevat als toestanden waarbij *oppervlakkig beschouwd (on the surface)* de alledaagse veronderstellingen over normaal psychisch functioneren niet langer opgaan. Dit oppervlakkige begrip biedt echter wel een beschrijving van de wijze waarop “stoornis” in de sociale praktijk wordt begrepen en dit oppervlakkige

⁸⁶¹ Bolton 2008, p. 89-90, 168, 174, 182-183. Deze stelling van Bolton vindt steun in empirisch onderzoek naar *folk psychiatry*. Haslam (2005, p. 37) stelt: ‘Deviance will be attributed to phenomena that are difficult to comprehend as well as being rare or discrepant from norms. Pathologizing should therefore occur to the degree that behavior eludes explanation. [...] Understanding behavior makes it more normal by giving it explanatory coherence, and conversely failing to understand it makes it abnormal.’ (Zie ook Levi & Haslam 2005.)

⁸⁶² APA 2013, p. 20-21. Zie ook paragraaf 12.1.

⁸⁶³ Bolton 2008, p. 163-175.

⁸⁶⁴ Bolton 2008, p. 169. Zie ook Bolton 2008, p. 254-255.

⁸⁶⁵ Bolton 2008, p. 254.

begrip is ook neergeslagen in de psychiatrische classificaties.⁸⁶⁶

Hoewel op *folk psychiatry* geen theoretisch verantwoord psychiatrisch stoornisconcept kan worden gebaseerd, biedt het voldoende raakvlak om de verhouding tussen psychiatrie en strafrecht te duiden. De strafrechtelijke veronderstellingen over normaal psychisch functioneren gaan immers niet dieper dan *folk psychology*. In dit onderzoek is slechts een karakterisering van de feitelijk in de psychiatrie erkende stoornissen relevant en niet een theoretisch verantwoord psychiatrisch stoornisconcept.⁸⁶⁷ Het is daarom binnen de kaders van dit onderzoek niet problematisch dat de *de facto* in de psychiatrie erkende stoornissen slechts in oppervlakkige zin beschouwd kunnen worden als een stoornis van de veronderstellingen van *folk psychology*.

In de inleiding bij dit hoofdstuk is gesteld dat het gebruik van medische maatstaven in een leerstuk waarmee bepaald wordt of een verdachte strafrechtelijk aansprakelijk is, gerechtvaardigd moet worden. Aannemelijk moet worden gemaakt dat niet arbitrair is dat strafrechtelijke aansprakelijkheid mede wordt bepaald door criteria die zijn vastgesteld met onder andere het oog op de vraag of behandeling van bepaalde symptomen is aangewezen.⁸⁶⁸ Door het raakvlak van strafrecht en psychiatrie in de *folk psychology*, wordt duidelijk dat de medische maatstaf dat voor een bepaald samenstel van symptomen behandeling is aangewezen om ze als stoornis te classificeren, vanuit strafrechtelijk oogpunt niet arbitrair is. Het antwoord op de vraag of behandeling is aangewezen voor een samenstel van symptomen wordt immers (mede) bepaald door *folk psychiatry*. Nu het strafrechtelijke stoornisconcept óók gebaseerd is op *folk psychology*, is de vaststelling dat sprake is van een stoornis in psychiatrische zin een belangrijke indicatie dat aan het stoornisconcept van artikel 39 Sr is voldaan. Het driedelige stoornisconcept van artikel 39 Sr kan daardoor in verband worden gebracht met in de psychiatrie erkende ziektebeelden. In het geval van waanvoorstellingen functioneren de overtuigingen van de verdachte niet op normale wijze. Een waanvoorstelling wordt in de DSM-5 gedefinieerd als een overtuiging die niet vatbaar is voor correctie in het licht van conflicterend bewijs.⁸⁶⁹ De in de DSM-5 opgenomen ontwikkelingsstoornissen (*intellectual development disorder*) duiden op een abnormaal functionerend vermogen tot praktisch redeneren.⁸⁷⁰ Een in de DSM-5 erkende stoornis waarbij de wensen en overtuigingen van de verdachte niet op normale wijze met gedrag in verband staan, is mogelijk kleptomanie. Iemand die aan kleptomanie lijdt, beseft dat zijn gedrag onjuist en zinloos is en probeert de impuls om te

⁸⁶⁶ Bolton 2008, p. 188.

⁸⁶⁷ Zie paragraaf 12.1.

⁸⁶⁸ Zie paragraaf 12.1.

⁸⁶⁹ APA 2013, p. 86-87.

⁸⁷⁰ APA 2013, p. 33-41.

stelen vergeefs te onderdrukken.⁸⁷¹ Hoewel dat niet noodzakelijk is, kan een stoornis meerdere raakvlakken hebben met het stoornisconcept van artikel 39 Sr. Een waanvoorstelling kan bijvoorbeeld gepaard gaan met verward denken (*disorganized thinking*).⁸⁷²

Niet alle in de classificaties onderscheiden stoornissen zijn echter te interpreteren als stoornissen in de zin van artikel 39 Sr. Sommige stoornissen worden (vrijwel) volledig gedefinieerd door het gevaar dat de patiënt voor anderen vormt.⁸⁷³ Een gedragsstoornis (*conduct disorder*) wordt in de DSM-5 bijvoorbeeld (onder meer) gedefinieerd als: 'A repetitive and persistent pattern of behavior in which the basic rights of others or major age-appropriate societal norms or rules are violated.'⁸⁷⁴ Het gedragspatroon (*pattern of behavior*) kan onder meer bestaan uit agressie en vernieling. Niets in deze definitie duidt erop dat sprake is van een stoornis met raakvlakken met het stoornisconcept van artikel 39 Sr. De definitie van de gedragsstoornis impliceert niet dat bij degene die daarmee wordt gediagnosticeerd sprake is van abnormaal functionerende wensen en overtuigingen of praktische rede. Evenmin volgt uit de definitie dat de verdachte niet op normale wijze in staat is wensen en overtuigingen in gedrag te vertalen. In de criteria voor gedragsstoornis wordt slechts een onwenselijk gedragspatroon beschreven. Het enkele feit dat iemand door herhaald normoverschrijdend gedrag een gevaar voor anderen vormt, betekent niet dat de veronderstellingen van de *folk psychology* ten aanzien van hem niet langer opgaan. Ook de antisociale persoonlijkheidsstoornis wordt (hoofdzakelijk) gedefinieerd in termen van een hardnekkig (*pervasive*) gedragspatroon.⁸⁷⁵

Als niet wordt vastgesteld dat een gedragspatroon gepaard gaat met een stoornis van mentale toestanden, praktische rede of mentale causaliteit, kan een in de psychiatrie erkende stoornis niet worden aangemerkt als een stoornis in de zin van artikel 39 Sr. In zoverre klopt de observatie van de Engelse Royal Commission on Capital Punishment dat dergelijke stoornissen in beginsel niet relevant zijn in het kader van een *insanity defense*. Zij maken niet zonder meer een kwalitatief onderscheid met andere mensen op grond van een stoornis van het psychische functioneren van de verdachte (*disease of the mind*), maar slechts een kwantitatief onderscheid dat bestaat uit een patroon van herhaalde normoverschrijdingen.⁸⁷⁶ Mooij komt tot een vergelijkbare conclusie.⁸⁷⁷ De uit het rechtsvergelijkende onderzoek

⁸⁷¹ APA 2013, p. 478.

⁸⁷² APA 2013, p. 87-88.

⁸⁷³ Zie ook Bolton 2008, p. 233.

⁸⁷⁴ APA 2013, p. 469.

⁸⁷⁵ APA 2013, p. 659. Antisociale persoonlijkheidsstoornis wordt gedefinieerd als: 'A pervasive pattern of disregard for and violation of the rights of others, occurring since age 15 years [...].' Zie ook Morse 2008b, p. 205-206.

⁸⁷⁶ Royal Commission 1953, p. 135-140. Zie ook paragraaf 9.2.

⁸⁷⁷ Mooij 2004, p. 123. Zie ook paragraaf 1.3.3 en 11.2.

voortvloeiende vraag of toekenning van potentieel strafuitsluitende werking aan alle stoornissen die in de psychiatrie worden erkend verenigbaar is met de uitgangspunten van strafrechtelijke aansprakelijkheid, moet ontkennend worden beantwoord.⁸⁷⁸

Deze conclusie gaat niet zonder meer op voor psychopathie. Psychopathie is geen classificatie die in de *DSM-5* is opgenomen, maar wordt vastgesteld aan de hand van de herziene *Psychopathy Checklist* (“PCL-R”).⁸⁷⁹ Er is sprake van een gedeeltelijke overlap met de criteria van de antisociale persoonlijkheidsstoornis uit de *DSM-5*, omdat ook psychopathie ten dele bestaat uit een onwenselijk gedragspatroon.⁸⁸⁰ Psychopathie lijkt echter in beginsel *wel* te kunnen worden aangemerkt als een stoornis in de zin van artikel 39 Sr:

‘In contrast to APD [antisociale persoonlijkheidsstoornis, JB], research indicates that those who meet the criteria for psychopathy as measured by the PCL-R display distinct clinical features, including divergent patterns of cognitive processing [...] and an impaired ability to perceive the emotional content of language [...].’⁸⁸¹

Afwijkende patronen in cognitie en verminderde waarneming van het emotionele gehalte van taal duiden op een stoornis van de wijze waarop mentale toestanden zoals wensen en overtuigingen tot stand komen en van de praktische rede van de verdachte, niet slechts op een afwijkend gedragspatroon. Psychopathie lijkt daarom te kunnen kwalificeren als een stoornis in de zin van artikel 39 Sr. Sommige in de *DSM-5* opgenomen persoonlijkheidsstoornissen zijn ook te interpreteren als een stoornis in de zin van artikel 39 Sr. De algemene persoonlijkheidsstoornis (*general personality disorder*) kenmerkt zich onder andere door een duurzaam afwijkend patroon (*enduring pattern*) van waarneming (*ways of perceiving and interpreting self, other people, and events*).⁸⁸²

⁸⁷⁸ Zie paragraaf 11.2. Onderzoek naar *folk psychiatry* suggereert dat deze interpretatie van het stoornisvereiste van artikel 39 Sr in overeenstemming is met alledaagse oordelen over de mate waarin iemand die aan een stoornis lijdt moreel verantwoordelijk kan worden gehouden. Levi & Haslam (2005) passen het in paragraaf 12.2.2 beschreven model van Malle toe in onderzoek naar de vraag welke houding mensen innemen tegenover verschillende stoornissen. Een antisociale persoonlijkheidsstoornis blijkt significant vaker in termen van “normale” *folk psychology* te worden uitgelegd dan stoornissen als dementie en depressie. Een antisociale persoonlijkheidsstoornis lijkt daardoor ook in de dagelijkse sociale praktijk in veel mindere mate een reden te zijn om iemand niet moreel verantwoordelijk te houden dan andere stoornissen.

⁸⁷⁹ Opgenomen in Forth, Bo & Kongerslev 2013, p. 7.

⁸⁸⁰ Forth, Bo & Kongerslev 2013, p. 12-13.

⁸⁸¹ Forth, Bo & Kongerslev 2013, p. 13 (literatuurverwijzingen niet opgenomen).

⁸⁸² APA 2013, p. 646.

12.4 Tussenconclusie: een positief gedefinieerd juridisch stoornisconcept

In de psychiatrie wordt “gestoord” psychisch functioneren mede afgebakend aan de hand van de maatstaf of voor een bepaald samenstel van symptomen behandeling nodig is. Een noodzaak tot behandeling ontstaat als gedrag niet langer begrepen wordt in termen van *folk psychology* en als daardoor lijden wordt ervaren. Strafrechtelijk is deze afbakening niet arbitrair, omdat ook strafrechtelijke aansprakelijkheid gebaseerd is op *folk psychology* en sprake is van een stoornis in de zin van artikel 39 Sr als de veronderstellingen van *folk psychology* ten aanzien van een verdachte niet gehandhaafd kunnen blijven. Een in de psychiatrie erkende stoornis is daarom doorgaans óók een stoornis in de zin van artikel 39 Sr.

Sommige in de psychiatrie erkende stoornissen – zoals de gedragsstoornis en de antisociale persoonlijkheidsstoornis – vallen in beginsel buiten het stoornisconcept van artikel 39 Sr. Het stoornisconcept van artikel 39 Sr is in zoverre beperkter dan de in de psychiatrie erkende stoornissen. Het stoornisconcept van artikel 39 Sr kan daarentegen ook een breder bereik hebben dan de in de psychiatrie erkende stoornissen. Het is denkbaar dat symptomen bestaan die voldoen aan het stoornisconcept van artikel 39 Sr, maar die niet te classificeren zijn als in de psychiatrie erkende stoornis. Daarbij kan gedacht worden aan symptomen die niet ernstig genoeg zijn om binnen de in de classificaties gehanteerde criteria te vallen, maar wel in twijfel trekken of de strafrechtelijke veronderstellingen over “normaal” psychisch functioneren ten aanzien van de verdachte gehandhaafd kunnen blijven. Dit lijkt echter vooral een theoretische mogelijkheid te zijn. De psychiatrische classificaties zijn ruim opgesteld. Door de gedeelde grondslag in *folk psychology*, zijn de in de psychiatrie gehanteerde grenswaarden om een stoornis van “normaal” psychisch functioneren af te bakenen ook strafrechtelijk relevant. Het bereik van het stoornisconcept van artikel 39 Sr kan daardoor niet veel ruimer zijn dan de in de psychiatrie erkende stoornissen.

Omdat het stoornisconcept van artikel 39 Sr zowel beperkter als – in theorie – breder is dan de in de psychiatrie erkende stoornissen, is geen sprake van een psychiatrisch stoornisconcept maar van een positief gedefinieerd juridisch stoornisconcept.

12.5 Verhouding met andere stoornisconcepten

12.5.1 Het stoornisconcept van Mooij

Mooij is de enige Nederlandse auteur die eveneens een positief gedefinieerd juridisch stoornisconcept voor artikel 39 Sr heeft verdedigd. In deze paragraaf worden de overeenkomsten en verschillen besproken met het door Mooij verdedigde stoornisconcept.

In hoofdstuk één is beschreven dat het begrip “psychische stoornis” volgens Mooij een “conventionele achtergrond” heeft.⁸⁸³ Het strafrecht kan normen hanteren die tot een andere afbakening tussen gezond en gestoord handelen leiden dan in de psychiatrie gebruikelijk is. Het psychiatrische stoornisconcept kan te ruim zijn. Niet ieder in de psychiatrie als stoornis aangemerkt “psychisch piepje of zuchtje” – aldus Mooij – is “strafrechtelijk aanvaardbaar” als psychische stoornis.⁸⁸⁴ Omgekeerd kan het psychiatrische stoornisconcept te beperkt zijn en toestanden uitsluiten die strafrechtelijk wel degelijk als stoornis moeten worden aangemerkt. Mooij geeft geen concrete voorbeelden.

Deze analyse komt in grote lijnen overeen met de in dit onderzoek verdedigde verhouding tussen het stoornisconcept van artikel 39 Sr en de in de psychiatrie erkende stoornissen, hoewel Mooij de verschillen tussen de in de psychiatrie erkende stoornissen en het juridisch stoornisconcept sterker benadrukt. Mooij werkt niet uit op welke wijze een onderscheid kan worden gemaakt tussen stoornissen die strafrechtelijk “aanvaardbaar” zijn en stoornissen die strafrechtelijk niet “aanvaardbaar” zijn. Hij laat dit aan het oordeel van de strafrechter over: ‘De strafrechter heeft dus een eigen verantwoordelijkheid in de normvinding op psychiatrisch terrein [...]’.⁸⁸⁵ In dit onderzoek is betoogd dat een strafrechtelijk stoornisconcept juridisch genormeerd kan worden met behulp van een interpretatie van ontoerekenbaarheid aan de hand van de plaats die ontoerekenbaarheid in de materieelrechtelijke systematiek inneemt. Slechts symptomen die de strafrechtelijke veronderstellingen over normaal psychisch functioneren aantasten, kunnen worden aangemerkt als stoornis in de zin van artikel 39 Sr. Daardoor kan het stoornisconcept van artikel 39 Sr enerzijds worden onderscheiden van stoornissen in psychiatrische zin, terwijl anderzijds begrijpelijk wordt wat de overeenkomsten zijn tussen psychiatrisch en juridisch stoornisconcept.

Een stoornis moet volgens Mooij niet alleen “strafrechtelijk aanvaardbaar” zijn, maar ook “strafrechtelijk relevant” om te kwalificeren als stoornis in de zin van artikel 39 Sr. Met “strafrechtelijk relevant” bedoelt Mooij dat de stoornis potentieel strafuitsluitend moet kunnen werken. Slechts stoornissen die het “vermogen tot overleg” van de verdachte “schaden”, kunnen potentieel tot strafuitsluiting leiden. Het stoornisconcept van Mooij loopt daardoor vooruit op het door hem gehanteerde criterium voor ontoerekeningsvatbaarheid (“vermogen tot overleg”).⁸⁸⁶

Het komt de helderheid van de interpretatie van artikel 39 Sr ten goede als een conceptueel onderscheid wordt gemaakt tussen stoornisvereiste en

⁸⁸³ Zie paragraaf 1.3.3.

⁸⁸⁴ Mooij 2004, p. 122.

⁸⁸⁵ Mooij 2004, p. 122.

⁸⁸⁶ Mooij 2004, p. 93-99, 122-124. Zie ook paragraaf 4.3.4.

criterium. Het stoornisvereiste kan neutraal geïnterpreteerd worden door *iedere* stoornis van de strafrechtelijke veronderstellingen over normaal psychisch functioneren als een stoornis in de zin van artikel 39 Sr aan te merken. Om te voldoen aan het stoornisvereiste is voldoende dat de symptomen voldoen aan het stoornisconcept dat zich uit de *folk psychology* laat afleiden. In Mooijs termen: slechts “strafrechtelijke aanvaardbaarheid” speelt een rol bij de beoordeling of sprake is van een stoornis in de zin van artikel 39 Sr. Vervolgens wordt bij de beoordeling of aan het criterium voor ontoerekenbaarheid is voldaan, onderzocht of de materiële voorwaarden voor strafuitsluiting zijn vervuld. Door het stoornisconcept te definiëren in termen van mogelijk strafuitsluitende werking (“strafrechtelijke relevantie” in Mooijs woorden), wordt het stoornisvereiste vertroebeld met het criterium, terwijl daarvoor geen logische noodzaak bestaat. Het is niet nodig dat de rechter *eerst* in het kader van het stoornisvereiste onderzoekt of een stoornis *potentieel* strafuitsluitend werkt en *daarna* in het kader van het criterium of de stoornis *daadwerkelijk* strafuitsluiting tot gevolg moet hebben.

12.5.2 Het stoornisconcept van artikel 37 lid 1 Sr en 37a lid 1 Sr

In hoofdstuk één is het stoornisvereiste van artikel 39 Sr mede geanalyseerd aan de hand van wetsgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur die betrekking hebben op het in artikel 37a lid 1 Sr vervatte stoornisvereiste. De stoornisvereisten van artikel 39, 37 lid 1 en 37a lid 1 Sr – “gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens” – zijn altijd gelijklopend geweest en delen dezelfde wetsgeschiedenis. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet dat beoogd werd een materieel onderscheid aan te brengen tussen de drie stoornisvereisten. Taalkundige en wetshistorische argumenten lijken dus te dwingen tot een eenvormige interpretatie van de drie stoornisvereisten. Dat zou betekenen dat het in dit onderzoek verdedigde stoornisconcept van artikel 39 Sr ook geldt voor de stoornisvereisten van artikel 37 lid 1 en 37a lid 1 Sr. Een eenvormig stoornisconcept is echter niet goed te rechtvaardigen. Om de indruk te vermijden dat een eenvormig stoornisconcept voor artikel 39, 37 lid 1 en 37a lid 1 Sr wordt verdedigd, zal in deze paragraaf kort uiteen worden gezet waarom de stoornisconcepten van artikel 37 lid 1 en 37a lid 1 Sr méér met de in de psychiatrie erkende stoornissen overeenkomen dan het stoornisconcept van artikel 39 Sr.

De *bs*(artikel 37a Sr) is een beveiligingsmaatregel waarbij de behandeling van de betrokkene een afgeleide is van de beveiligingsdoelstelling.⁸⁸⁷ Het primaat van de beveiliging blijkt uit het feit dat ook in het geval een

⁸⁸⁷ Aldus ook (met verschillende accenten): Hofstee 1987, p. 442-444; Kooijmans 2002, p. 159-160; Van der Wolf 2012, p. 721. Door de jaren heen is de verhouding tussen beveiliging en behandeling verschillend geïdentificeerd. Zie voor een overzicht met nadere literatuurverwijzingen: Van der Wolf 2012, p. 176-184, 399-400, 555-560.

betrokkene “uitbehandeld” of zelfs “onbehandelbaar” is, de maatregel wordt voortgezet als de beveiliging van de maatschappij dat vereist, terwijl de maatregel beëindigd wordt als voortzetting vanuit beveiligingsoogpunt niet langer noodzakelijk is. In het laatste geval hoeft de behandeling nog niet voltooid te zijn.

De vraag of de samenleving beschermd moet worden tegen het gevaar dat een psychisch gestoorde verdachte mogelijk vormt, speelt geen rol bij de beoordeling van ontoerekenbaarheid.⁸⁸⁸ Voor de oplegging van tbs is op grond van artikel 37a lid 1 sub 2 Sr gevaar wel een wettelijke voorwaarde. Zoals hiervóór is vastgesteld, staat bij sommige in de psychiatrie erkende stoornissen het gevaar dat iemand voor anderen vormt centraal. Dat geldt in het bijzonder voor de stoornissen die in termen van een onwenselijk gedragspatroon zijn gedefinieerd en die in beginsel buiten het stoornisconcept van artikel 39 Sr vallen, zoals de gedragsstoornis en de antisociale persoonlijkheidsstoornis.⁸⁸⁹ Indicaties daarvoor zijn onder meer agressiviteit en het veronachtzamen van de rechten van anderen. Gelet op de beveiligingsdoelstelling van de tbs kan het stoornisconcept van artikel 37a lid 1 Sr deze stoornissen wel omvatten.⁸⁹⁰ De wetsgeschiedenis van de psychopathenwetten duidt erop dat de tbs (toen: tbr) ook bedoeld is de maatschappij te beschermen tegen verdachten die een hardnekkig onwenselijk gedragspatroon aan de dag leggen.⁸⁹¹

Het stoornisconcept van artikel 39 Sr is beperkter dan het in artikel 37a lid 1 Sr besloten liggende stoornisconcept, omdat sommige in de psychiatrie erkende stoornissen in beginsel géén stoornis in de zin van artikel 39 Sr zijn, maar wel in de zin van artikel 37a lid 1 Sr. Het stoornisconcept van artikel 37a lid 1 Sr ligt daardoor materieel dichterbij de in de psychiatrie erkende stoornissen dan dat van artikel 39 Sr. Dat wordt bevestigd doordat voor de oplegging van tbs op grond van artikel 37a lid 2 jo 37 lid 2 Sr in beginsel – tenzij sprake is van een verdachte die weigert aan het onderzoek mee te

⁸⁸⁸ Zie Inleiding, III.

⁸⁸⁹ Zie paragraaf 12.3. Ook bij stoornissen die niet alleen op basis van een onwenselijk gedragspatroon worden vastgesteld zijn soms symptomen aan te treffen die verband houden met de gevaarlijkheid van de verdachte voor anderen. Zo is het gevaar dat een verdachte voor anderen vormt een indicatie dat een manische episode ernstig genoeg is om als stoornis gekwalificeerd te worden. (APA 2013, p. 124.)

⁸⁹⁰ Vgl. Bolton 2008, p. 233-237.

⁸⁹¹ In de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 1910/11, 239, nr. 4, p. 11) wordt de volgende omschrijving van “psychopathen” gegeven: ‘[...] zwakzinnige en epileptische gewoontemisdadigers van de zwaarste soort, hysterische giftmengsters en oplichtsters, zedelijk afgestompte en gewelddadige chronische alcoholisten, verder lijdende aan sexuele neurasthenie, die zich schuldig maken aan openbare schennis van de eerbaarheid, hystericae, die valschelijk aangifte doen van een strafbaar feit, sexueel perversen, die een misdrijf tegen de zeden of een ander delict plegen, enz., enz.’ Bepalend voor de kwalificatie “psychopaath” lijkt vooral het beschreven onwenselijke gedrag te zijn. (Zie ook Nieboer 1970, p. 58-59; Van der Wolf 2012, p. 366-369.)

werken (artikel 37 lid 3 Sr) – de eis geldt dat twee gedragsdeskundigen, onder wie een psychiater, over de verdachte hebben gerapporteerd.

Ten aanzien van de van alle rechtsvervolgung ontslagen verdachte aan wie tbs met dwangverpleging wordt opgelegd of ten aanzien van wie plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis wordt bevolen (artikel 37 lid 1 Sr), gelden de eisen die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens stelt aan de vaststelling dat de verdachte aan een stoornis (*unsound mind*) in de zin van artikel 5 lid 1 sub e EVRM lijdt. De vrijheidsbeneming van een verdachte die van alle rechtsvervolgung is ontslagen op grond van ontoerekenbaarheid (*lack of criminal responsibility*) kan niet gerechtvaardigd worden op grond van artikel 5 lid 1 sub a EVRM (*lawful detention of a person after conviction by a competent court*), omdat geen sprake is van een veroordeling voor een strafbaar feit (*conviction*). Slechts op de voet van artikel 5 lid 1 sub e EVRM (*lawful detention [...] of persons of unsound mind*) kan vrijheidsbeneming in dat geval gerechtvaardigd worden, mits aan de overige voorwaarden is voldaan.⁸⁹² De formulering die het hof gebruikt lijkt uit te sluiten dat de van alle rechtsvervolgung ontslagen verdachte zijn vrijheid wordt ontnomen als daaraan geen gedragswetenschappelijke rapportage ten grondslag ligt, waaruit blijkt dat de verdachte aan een stoornis lijdt:

‘Consequently, in order to justify detention, the fact that a person is “of unsound mind” must be established conclusively, except in case of emergency. To this end *an objective medical report* [cursivering JB] must demonstrate to the competent national authority the existence of genuine mental disturbance whose nature or extent is such as to justify such deprivation of liberty, which cannot be extended unless the mental disturbance continues.’⁸⁹³

‘The very nature of what has to be established before the competent national authority – that is, a true mental disorder – calls for *objective medical expertise* [cursivering JB].’⁸⁹⁴

⁸⁹² EHRM 24 september 1992, nr. 10533/83 (*Herczegfalvy/Oostenrijk*), r.o. 62; EHRM 30 juli 1998, nr. 25357/94 (*Aerts/België*), r.o. 45. Zie ook Bleichrodt 2006, p. 465-469, 477-480. Tbs die is opgelegd aan een veroordeelde verdachte kan ook worden gerechtvaardigd op de voet van artikel 5 lid 1 sub a EVRM, mits voldoende causaal verband blijft bestaan tussen de vrijheidsberoving en de veroordeling. (EHRM 17 december 2009, nr. 19359/04 (*M./Duitsland*), r.o. 87-88, 93-95.) In dat geval geldt niet de eis van gedragskundige rapportage zoals die voor vrijheidsberoving in de zin van artikel 5 lid 1 sub e EVRM geldt. (HR 20 januari 2009, LJN BF3162, r.o. 3.2.2.)

⁸⁹³ EHRM 24 september 1992, nr. 10533/83 (*Herczegfalvy/Oostenrijk*), r.o. 63.

⁸⁹⁴ EHRM 24 oktober 1979, nr. 6301/73 (*Winterwerp/Nederland*), r.o. 39. Zie ook EHRM 3 maart 2015, nr. 73560/12 (*Constancia/Nederland*), r.o. 25. Het hof (EHRM 5 oktober 2000, nr. 31365/96 (*Varbanov/Bulgarije*), r.o. 47) maakt een uitzondering voor spoedgevallen of gevallen waarin een verdachte weigert mee te werken aan

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens lijkt voor de interpretatie van het stoornisvereiste van artikel 5 lid 1 sub e EVRM (*unsound mind*) materieel aan te sluiten bij wat daaronder in de psychiatrie wordt verstaan:

‘The Convention does not state what is to be understood by the words “persons of unsound mind”. This term is not one that can be given a definitive interpretation: as was pointed out by the Commission, the Government and the applicant, it is a term whose meaning is continually evolving as research in psychiatry progresses, an increasing flexibility in treatment is developing and society’s attitude to mental illness changes, in particular so that a greater understanding of the problems of mental patients is becoming more wide-spread.’⁸⁹⁵

De Straatsburgse rechtspraak over artikel 5 lid 1 sub e EVRM lijkt eveneens te nopen tot een interpretatie van het stoornisvereiste van artikel 37 lid 1 en 37a lid 1 Sr die materieel dichter bij het psychiatrische stoornisconcept ligt dan het stoornisconcept van artikel 39 Sr. De eis van *objective medical evidence* geldt immers niet voor de beslissing een verdachte op grond van artikel 39 Sr van alle rechtsvervolging te ontslaan. De theoretische mogelijkheid dat sprake is van een stoornis in de zin van artikel 39 Sr bij symptomen die niet te classificeren zijn als stoornis in psychiatrische zin, geldt niet voor artikel 37 en 37a Sr. Het is niet ondenkbaar dat een verdachte wordt ontslagen van alle rechtsvervolging op grond van artikel 39 Sr, terwijl de stoornis op grond waarvan hij van alle rechtsvervolging is ontslagen geen vrijheidsbeneming rechtvaardigt in de zin van artikel 5 lid 1 sub e EVRM. Dat is geen onwenselijke consequentie. Het is verdedigbaar dat zwaardere eisen worden gesteld aan een concept dat tot vrijheidsbeneming kan leiden dan aan een concept op grond waarvan de verdachte van alle rechtsvervolging wordt ontslagen.⁸⁹⁶

onderzoek. In dat laatste geval dient echter wel een medische rapportage op grond van het bestaande dossier te worden opgesteld.

⁸⁹⁵ EHRM 24 oktober 1979, nr. 6301/73 (*Winterwerp/Nederland*), r.o. 37. Zie ook EHRM 28 oktober 2003, nr. 58973/00 (*Rakevich/Rusland*), r.o. 26.

⁸⁹⁶ Zie ook Gritter 2015, p. 507-508. Vgl. CAG Langemeijer voor HR 23 september 2005, NJ 2007, 230 m.nt. Legemaate, onder 2.19: ‘Bij wijze van afronding merk ik op dat het voor de hand ligt het begrip “stoornis van de geestvermogens” ruim op te vatten indien het gaat om de vraag of een psychiater aan de betrokken persoon op basis van vrijwilligheid psychiatrische hulp mag verlenen. Wanneer het echter gaat om de vraag of sprake is van een “stoornis van de geestvermogens” in de zin van de Wet Bopz, past terughoudendheid omdat het om een gedwongen opname gaat.’

Hoofdstuk 13

Op zoek naar een criterium voor ontoerekenbaarheid

13.1 Inleiding: nadere uitwerking methode

Een psychische stoornis is de grondslag om de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de psychisch gestoorde verdachte in een ander kader te beoordelen dan de aansprakelijkheid van de “normale” verdachte. De veronderstellingen over normaal psychisch functioneren die fundamenteel zijn voor het aannemen van strafrechtelijke aansprakelijkheid, gaan ten aanzien van de psychisch gestoorde verdachte niet op. Daardoor rijst de vraag of de psychisch gestoorde verdachte strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gehouden. Het enkele feit dat een verdachte aan een stoornis lijdt, is echter onvoldoende voor een ontslag van alle rechtsvervolging op grond van artikel 39 Sr. Nadat is vastgesteld dat de verdachte aan een stoornis lijdt, moet aan de hand van een criterium voor ontoerekenbaarheid worden beoordeeld of strafuitsluiting aan de orde is.

In het vorige hoofdstuk is uit de in de materieelrechtelijke systematiek besloten liggende veronderstellingen over normaal psychisch functioneren een stoornisconcept afgeleid. In dit hoofdstuk wordt aan de hand van de plaats die ontoerekenbaarheid in de materieelrechtelijke systematiek inneemt onderzocht onder welke voorwaarden een verdachte die aan een stoornis in de zin van artikel 39 Sr lijdt, een recht op strafuitsluiting toekomt. Een psychische stoornis leidt soms tot een recht op strafuitsluiting, waar de andere strafuitsluitingsgronden dat recht niet zouden hebben toegekend als de verdachte psychisch normaal zou hebben gefunctioneerd. Het recht op strafuitsluiting van de psychisch gestoorde verdachte moet – zoals in de inleiding op dit onderzoek uiteen is gezet – worden beoordeeld in het licht van de normen voor schulduitsluiting die voor de “normale” verdachte gelden. Het criterium voor ontoerekenbaarheid moet die situaties bestrijken waarin de stoornis een *strafrechtelijk relevant verschil* met de “normale” verdachte inhoudt, op grond waarvan aanvaardbaar is de normen voor *schulduitsluiting* die voor de psychisch “normaal” functionerende verdachte gelden, niet onverkort op de psychisch gestoorde verdachte toe te passen.⁸⁹⁷

In *People v. Leeds* houdt het Californische Court of Appeal bijvoorbeeld rekening met strafrechtelijk relevante verschillen tussen de “normale” verdachte en de psychisch gestoorde verdachte. Volgens het Court of Appeal

⁸⁹⁷ Zie Inleiding, III.

mag de door een waanvoorstelling tot stand gekomen overtuiging van de psychisch gestoorde verdachte dat hij uit noodweer moet handelen – anders dan dezelfde overtuiging bij de “normale” verdachte – niet op redelijkheid worden beoordeeld, omdat waanvoorstellingen per definitie onredelijke overtuigingen zijn. De verdachte die aan waanvoorstellingen lijdt, kan niet worden tegengeworpen dat zijn overtuigingen onredelijk zijn.⁸⁹⁸ In dit hoofdstuk wordt op dezelfde wijze systematisch onderzocht onder welke omstandigheden een stoornis in de zin van artikel 39 Sr een strafrechtelijk relevant verschil met de “normale” verdachte kan inhouden, op grond waarvan de normen voor schulditsluiting die voor de “normale” verdachte gelden, niet onverkort op de psychisch gestoorde verdachte kunnen worden toegepast.

Eerst wordt onderzocht of het enkele feit dat een causaal verband tussen stoornis en delict bestaat een dergelijk strafrechtelijk relevant verschil op kan leveren. Als causaliteit tussen stoornis en delict geen gevallen insluit waarin de stoornis *niet* aanvaardbaar maakt dat een psychisch gestoorde verdachte van alle rechtsvervolgning wordt ontslagen, hoeft niet verder gezocht te worden naar een criterium voor ontoerekenbaarheid. Als criterium voor ontoerekenbaarheid kan in dat geval causaliteit tussen stoornis en delict gelden. Omdat geconcludeerd wordt dat een causaal verband tussen stoornis en delict als criterium voor ontoerekenbaarheid gevallen insluit waarin géén strafrechtelijk relevant verschil met de “normale” verdachte kan worden vastgesteld, moet echter worden gezocht naar een nadere afbakening. Per onderdeel van het stoornisconcept wordt vervolgens onderzocht onder welke omstandigheden een strafrechtelijk relevant verschil kan bestaan dat ertoe leidt dat de voorwaarden van de andere schulditsluitingsgronden niet onverkort op de psychisch gestoorde verdachte kunnen worden toegepast en dus of een recht op schulditsluiting ontstaat dat onder dezelfde omstandigheden niet aan de “normale” verdachte wordt toegekend. Elk van de drie onderdelen van het stoornisconcept – stoornis van mentale toestanden, rationaliteit of mentale causaliteit – kan op eigen wijze een strafrechtelijk relevant verschil met de “normale” verdachte inhouden. Door in kaart te brengen op welke wijze alle onderdelen van het stoornisconcept strafrechtelijk relevante verschillen kunnen opleveren, ontstaat een algemeen beeld van de voorwaarden waaronder schulditsluiting van de psychisch gestoorde verdachte aanvaardbaar is. Daaruit wordt een criterium voor ontoerekenbaarheid afgeleid. Bij het ontwikkelen van het criterium wordt besproken hoe de verschillende onderdelen van het criterium zich verhouden tot de normatieve dilemma’s bij het bepalen van een criterium voor ontoerekenbaarheid die in deel II uit het onderzoek naar de *insanity defense* zijn afgeleid.⁸⁹⁹

⁸⁹⁸ *People v. Leeds*, 240 Cal. App. 4th 822 (2015), 832-833. Zie ook paragraaf 6.3.4.3.

⁸⁹⁹ Zie paragraaf 11.3.

De hier toegepaste methode is verwant aan een suggestie van het Engelse Central Criminal Court in de meerderheidsopinie waarin de *M'Naghten rules* worden beschreven en die ook in de *Commentaries* op de Model Penal Code is aan te treffen. In de meerderheidsopinie wordt over de beoordeling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de verdachte die aan waanvoorstellingen lijdt, overwogen: '[...] we think he must be considered in the same situation as to responsibility as if the facts with respect to which the delusion exists were real.'⁹⁰⁰ Volgens deze passage in de *M'Naghten rules* moeten waanvoorstellingen op een vergelijkbare wijze als “gewone” feitelijke dwaling worden beoordeeld.⁹⁰¹ In de *Commentaries* wordt gesteld dat de stoornis ertoe moet leiden dat de situatie van de psychisch gestoorde verdachte *morally distinguishable* is van die van de “normale” verdachte. Indien een verdachte een moord op een familielid pleegt onder de invloed van de waanvoorstelling dat hij daardoor een erfenis zal ontvangen, bestaat geen relevant verschil met de “normale” verdachte die ten onrechte denkt dat een moord tot een erfenis zal leiden en is geen grond voor schulditsluiting aanwezig.⁹⁰²

Als deze benadering strikt wordt doorgevoerd, dan bestaat geen behoefte aan ontoerekenbaarheid als strafuitsluitingsgrond. De “gewone” leerstukken die strafrechtelijke aansprakelijkheid bepalen – bijvoorbeeld feitelijke dwaling in het geval van waanvoorstellingen – kunnen onverkort op de psychisch gestoorde verdachte worden toegepast.⁹⁰³ Een zwak punt van deze benadering is dat het gevaar rijst dat te weinig oog bestaat voor mogelijk strafrechtelijk relevante verschillen tussen een verdachte die als gevolg van een psychische stoornis een feit pleegt en de “normale” verdachte die zich op schulditsluiting beroept.⁹⁰⁴ Door steeds onder ogen te zien dat een psychische stoornis kan leiden tot een relevant verschil met de “normale” verdachte dat aanvaardbaar maakt dat de regels voor schulditsluiting die voor de “normale” verdachte gelden, niet onverkort op de psychisch gestoorde verdachte worden toegepast, is in dit onderzoek dit gevaar zoveel mogelijk vermeden. Omdat zulke verschillen bestaan – zoals uit de volgende paragrafen blijkt – heeft ontoerekenbaarheid als afzonderlijke schulditsluitingsgrond bestaansrecht.

⁹⁰⁰ *R. v. M'Naughton*, 4 St. Tr. (N.S.) 847 (1843), p. 932. Zie paragraaf 6.2.2.2 voor het volledige citaat.

⁹⁰¹ Dershowitz 1968, p. 370; Feinberg 1970, p. 272.

⁹⁰² ALI 1985, art. 4.01, p. 173 (voetnoot 24). Zie paragraaf 9.2 voor het citaat.

⁹⁰³ Feinberg 1970, p. 272-277. Slobogin (2000; 2003) betoogt – mede geïnspireerd door de in de hoofdtekst aangeduide passage van de meerderheidsopinie waarin de *M'Naghten rules* worden beschreven – dat geen noodzaak bestaat voor een afzonderlijke *insanity defense*. Volgens zijn *integrationist test* kan de strafuitsluitende werking van een stoornis geheel volgens de “normale” leerstukken voor strafrechtelijke aansprakelijkheid – zoals *mens rea*, putatieve rechtvaardiging en putatieve psychische overmacht – worden beoordeeld en daarin dus geïntegreerd worden.

⁹⁰⁴ Feinberg 1970, p. 280-292; Moore 2010, p. 601-602.

De in dit onderzoek gehanteerde methode is gebaseerd op het uitgangspunt dat in het kader van ontoerekenbaarheid weliswaar strafrechtelijk relevante verschillen kunnen bestaan tussen psychisch gestoorde verdachten en “normale” verdachten, maar dat die verschillen niet zo radicaal zijn dat geen enkele norm voor schulduitsluiting die op “normale” verdachten van toepassing is op de psychisch gestoorde verdachte mag worden toegepast. In het kader van ontoerekenbaarheid kunnen psychisch gestoorde verdachten tot op zekere hoogte worden beoordeeld volgens de normen voor schulduitsluiting die voor alle verdachten gelden, omdat verdachten die aan stoornissen lijden waardoor hun psychische gesteldheid radicaal verschilt van de “normale” verdachte geen strafbaar feit plegen en worden vrijgesproken. Ten aanzien van de verdachte bij wie de vraag naar ontoerekenbaarheid rijst, is bewezen verklaard dat hij een gedraging heeft verricht die te verklaren is door zijn wensen en overtuigingen.⁹⁰⁵ In het geval van een doleus delict heeft de verdachte ten minste enig inzicht in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen ervan gehad.⁹⁰⁶ De psychische gesteldheid van de verdachte ten aanzien van wie de vraag rijst of het feit hem kan worden toegerekend, verschilt daarom niet zó fundamenteel van de strafrechtelijke veronderstellingen over normaal psychisch functioneren dat de strafrechtelijke normen *helemaal* geen vat op hem hebben. Daaruit vloeit voort dat in het kader van ontoerekenbaarheid de normen die voor “normale” verdachten gelden het uitgangspunt kunnen zijn en dat slechts voor zover de stoornis dat aanvaardbaar maakt die normen niet op de psychisch gestoorde verdachte worden toegepast.

In het vorige hoofdstuk is een stoornis in de zin van artikel 39 Sr gedefinieerd als een stoornis in de wijze waarop mentale toestanden (wensen, overtuigingen en emoties) functioneren, van de praktische rede en/of van het vermogen om mentale toestanden in gedrag te vertalen (mentale causaliteit). Omdat het strafrechtelijke stoornisconcept rudimentair is en niet – zoals de psychiatrische classificaties – op gedetailleerde wijze concrete symptomen beschrijft,⁹⁰⁷ wordt in dit hoofdstuk gebruik gemaakt van de beschrijvingen van stoornissen zoals die in de *DSM-5* zijn opgenomen en die met het drieledige strafrechtelijke stoornisconcept in verband kunnen worden gebracht. Dat is mogelijk, omdat de meeste in de psychiatrie erkende stoornissen en de stoornissen in de zin van artikel 39 Sr via de *folk psychology* aan elkaar verwant zijn en de in de psychiatrische classificaties gehanteerde afbakening tussen gezond psychisch functioneren en psychische stoornis vanuit strafrechtelijk oogpunt niet arbitrair is.⁹⁰⁸ De *DSM-5* komt het dichtst

⁹⁰⁵ Zie paragraaf 12.2.3. Zie ook Van Dijk 2008, p. 32.

⁹⁰⁶ HR 22 juli 1963, *NJ* 1968, 217 m.nt. Enschedé; HR 9 juni 1981, *NJ* 1983, 412 m.nt. Van Veen, r.o. 6. Zie ook paragraaf 12.2.3 en 13.5.

⁹⁰⁷ Zie paragraaf 12.2.5.

⁹⁰⁸ Zie paragraaf 12.3.

in de buurt van een consensus over de symptomen die in de psychiatrie als stoornis erkend moeten worden en is daarom het uitgangspunt in dit onderzoek.⁹⁰⁹

Deze methode levert twee problemen op. Ten eerste kunnen veel van de in de psychiatrie erkende stoornissen onder één of meer van de onderdelen van het strafrechtelijke stoornisconcept van artikel 39 Sr geschaard worden. Om uit te sluiten dat het onderzoek te beperkt is, zouden strikt genomen alle in de psychiatrie erkende stoornissen die binnen het bereik van het stoornisconcept van artikel 39 Sr vallen, moeten worden onderworpen aan een onderzoek. Dat zou de analyse onoverzichtelijk en waarschijnlijk ook weinig relevant maken. In de tweede plaats bestaat het gevaar van *hineininterpretieren*. Aan stoornissen kan in fictieve juridische casus gemakkelijk een werking worden toegedicht die geen steun vindt in de werkelijkheid. De juridische analyse van de mate waarin een stoornis strafuitsluiting aanvaardbaar maakt, kan daardoor losgezongen raken van de realiteit.

Het eerste probleem kan worden ondervangen door de te onderzoeken stoornissen in eerste instantie te beperken tot stoornissen waaraan in de rechtspraak en/of de literatuur strafrechtelijke relevantie wordt toegedicht. Door deze selectie wordt de potentiële strafuitsluitende werking van stoornissen onderzocht ten aanzien waarvan de vraag al gerezen is of daaraan strafuitsluitende werking moet worden toegekend. Daardoor wordt het risico op een arbitraire selectie van in de psychiatrie erkende stoornissen beperkt en het aantal te onderzoeken stoornissen overzichtelijk gehouden. Steeds moet echter bedacht worden dat ook andere in de psychiatrie erkende stoornissen die stoornissen in de zin van artikel 39 Sr zijn, potentieel tot schulduitsluiting kunnen leiden. De analyse of schulduitsluiting aanvaardbaar is, geldt ook voor stoornissen met vergelijkbare strafrechtelijk relevante symptomen, maar met een andere psychiatrische classificatie. Hoewel het samenstel van symptomen waaruit in de *DSM-5* opgenomen stoornissen bestaan steeds verschilt, delen veel in de psychiatrie erkende stoornissen hetzelfde strafrechtelijk relevante symptoom. Of een stoornis van het vermogen tot praktisch redeneren volgens de *DSM-5* moet worden geclassificeerd als een ontwikkelingsstoornis of als dementie, de strafrechtelijke relevantie is dezelfde: de praktische rede van de verdachte functioneert niet op de wijze die het strafrecht veronderstelt bij “normale” verdachten. Dat het om twee geheel verschillende psychiatrische diagnoses gaat, doet voor de beoordeling van strafrechtelijke aansprakelijkheid niet ter zake. Het is daarom niet noodzakelijk alle in de psychiatrie erkende stoornissen die potentieel relevant zijn aan een onderzoek te onderwerpen. Het in dit onderzoek ontwikkelde criterium is juist bedoeld als richtsnoer voor de beoordeling van de vele verschillende situaties die zich in de praktijk kunnen voordoen.

⁹⁰⁹ Zie paragraaf 12.1.

Gebruik van niet-realistische casusposities waarin een stoornis een rol speelt, wordt voorkomen door zoveel mogelijk casusposities te gebruiken die ontleend zijn aan de in de voorgaande delen onderzochte jurisprudentie en literatuur. De casusposities zijn omwille van de helderheid van het betoog aangepast, samengevoegd en beknopt beschreven in ideaaltypische casus. Ook wordt zoveel mogelijk aangesloten bij de wijze waarop de symptomen van stoornissen in de *DSM-5* worden beschreven.

13.2 De ondergrens van ontoerekenbaarheid: causaal verband tussen stoornis en delict

In de hedendaagse strafrechtelijke handboeken bestaat consensus dat voor ontoerekenbaarheid ten minste vereist is dat een causaal verband bestaat tussen de psychische stoornis en het gepleegde delict.⁹¹⁰ In deze paragraaf wordt onderzocht in hoeverre een causaal verband tussen stoornis en delict een strafrechtelijk relevant verschil met de “normale” verdachte inhoudt, op grond waarvan aanvaardbaar is de normen voor schulditsluiting die voor de “normale” verdachte gelden, niet onverkort op de psychisch gestoorde verdachte toe te passen.

In de juridische literatuur wordt aan causaliteit een feitelijke betekenis toegekend die wel wordt aangeduid met “empirische causaliteit”, en een beperktere juridische betekenis die bijvoorbeeld naar voren komt in causaliteitsleren zoals de *causa proxima*-leer en de leer van de redelijke toerekening.⁹¹¹ Empirische causaliteit kan worden achterhaald door de vraag te stellen of het gevolg ook zou zijn ingetreden als het handelen van de verdachte wordt weggedacht uit de causale keten, de zogenaamde *condicio sine qua non*-test.⁹¹² In deze paragraaf wordt causaliteit in deze feitelijke betekenis gebruikt. Causaliteit tussen stoornis en delict vereist *ten minste* een feitelijk causaal verband. Daarvoor moet worden vastgesteld dat de stoornis een *condicio sine qua non*, een noodzakelijke voorwaarde voor het delict was.

In *folk psychology* is het – op grond van de these van mentale causaliteit – vanzelfsprekend een mentale toestand als *condicio sine qua non* voor een

⁹¹⁰ Zie paragraaf 2.5.2.

⁹¹¹ Hart & Honoré 1985, p. 109-111; Kwakman 2007; Moore 2009, p. 81-108; Witjens 2011, p. 4-5, 21-23, 25-40. De term “empirische causaliteit” is overgenomen van Witjens. Hart & Honoré (1985, p. 110) gebruiken de termen “objectief” (*objectively*), “wetenschappelijk” (*scientifically*) en “feitelijk” (*in fact*) voor deze betekenis van causaliteit. Ook Moore (2009, p. 83) heeft het over de “feitelijke oorzaak” (*cause in fact*).

⁹¹² Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 76-78; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 175-176; De Hullu 2015, p. 180-181; Kelk/De Jong 2013, p. 209-212; Witjens 2011, p. 4-6. Zie ook HR 27 maart 2012, *NJ* 2012, 301 m.nt. Keijzer, r.o. 2.4.1; HR 19 maart 2013, *NJ* 2013, 194, r.o. 2.4.

gedraging aan te voeren.⁹¹³ Als iemand niet de overtuiging zou hebben gehad dat het betalen van steekpenningen aan een ambtenaar ertoe leidt dat de ambtenaar hem een gunst verleent, mag verondersteld worden dat hij de steekpenningen niet zou hebben betaald. De overtuiging dat betalen van de steekpenningen bijdraagt aan de vervulling van de wens om een gunst van de ambtenaar te verkrijgen, is een *condicio sine qua non* voor de omkoping. De *condicio sine qua non*-test kan op een vergelijkbare manier worden toegepast als de verdachte aan een stoornis in de zin van artikel 39 Sr lijdt. Dat kan goed geïllustreerd worden met behulp van waanvoorstellingen. Een waanvoorstelling is een stoornis waarbij de overtuigingen van de verdachte niet op normale wijze functioneren. Een waanvoorstelling is daarom een stoornis in de zin van artikel 39 Sr.⁹¹⁴ Met de *condicio sine qua non*-test kan een onderscheid worden gemaakt tussen de onderstaande casusposities in categorie A en categorie B:

- A1 Een verdachte pleegt uit geldnood verduistering.
- A2 Een verdachte pleegt uit geldnood verduistering. Hij lijdt tevens aan achtervolgingswanen.
- B1 Een verdachte die aan een waanvoorstelling lijdt pleegt doodslag. Het slachtoffer is een vermeende achtervolger die hem voortdurend treitert door hem indringend aan te kijken. De verdachte ergert zich daar mateloos aan.
- B2 Een verdachte die aan een waanvoorstelling lijdt pleegt een moord. Het slachtoffer is een vermeende achtervolger die hem binnenkort van het leven zal beroven. Om hem voor te zijn, zoekt hij zijn achtervolger thuis op en berooft hem van het leven.

In A1 lijdt de verdachte niet aan een stoornis. In A2 is de stoornis geen noodzakelijke voorwaarde voor het begaan van het delict. De verduistering heeft niets met de achtervolgingswanen te maken. De verdachte zou het delict ook hebben gepleegd als hij niet aan een stoornis zou hebben geleden. In de in categorie A beschreven casus is geen stoornis aan te wijzen als *condicio sine qua non* voor het delict. Omdat de stoornis niet in verband met het delict staat, kan de stoornis in casus A2 nooit aanvaardbaar maken dat

⁹¹³ Dennett 1987, p. 57; Searle 1983, p. 117-120. Zie ook Witjens 2011, p. 20. Er bestaan op het eerste gezicht verschillen tussen “fysieke” en mentale causaliteit. Het meest in het oog springende verschil is dat fysieke causaliteit onderworpen lijkt te zijn aan strikte natuurwetten, terwijl er geen strikte psychologische wetten lijken te bestaan. Dezelfde wensen en overtuigingen kunnen aan verschillende handelingen ten grondslag liggen. Dat betekent niet dat aan mentale toestanden causale werking ontzegd hoeft te worden. (Davidson 1963, p. 696-699; 1970; Searle 1983, p. 117-126, 135. Anders: Hart & Honoré 1985, p. 56-57.)

⁹¹⁴ Zie paragraaf 12.3.

de verdachte van straf wordt uitgesloten. De stoornis is voor de beoordeling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de verdachte als het ware net zo irrelevant als andere eigenschappen van de verdachte die geen verband houden met het begaan van het delict, bijvoorbeeld zijn lengte of de kleur van zijn ogen. Er bestaat daarom in casus A2 geen strafrechtelijk relevant verschil met de “normale” verdachte in casus A1, op grond waarvan aanvaardbaar is de normen voor schulditsluiting die voor de verdachte in casus A1 gelden niet onverkort op de verdachte in casus A2 toe te passen. In beide gevallen doet zich geen grond voor schulditsluiting voor.

In de in categorie B beschreven gevallen is daarentegen aannemelijk dat de verdachte het delict niet zou hebben gepleegd als hij niet aan de waanvoorstelling zou hebben geleden. De stoornis is een *condicio sine qua non* voor het delict. In hoeverre levert de stoornis in deze casus een strafrechtelijk relevant verschil met de “normale” verdachte op, op grond waarvan aanvaardbaar is de normen voor schulditsluiting niet onverkort op de verdachte toe te passen? Het verschil tussen de “normale” verdachte en de verdachte die lijdt aan waanvoorstellingen is in de twee casus niet gelegen in de *inhoud* van de waanvoorstelling. De overtuiging dat sprake is van een achtervolger, is als zodanig geen waanvoorstelling. Ook “normale” verdachten kunnen die overtuiging zijn toegedaan. Kenmerkend aan waanvoorstellingen is dat het *onjuiste* overtuigingen zijn, die *niet voor correctie vatbaar* zijn in het licht van conflicterend bewijs.⁹¹⁵ Beoordeeld moet worden of *daarin* een strafrechtelijk relevant verschil met de “normale” verdachte is gelegen. Normale overtuigingen zijn immers voor correctie vatbaar, bijvoorbeeld doordat de feiten dwingen een overtuiging te herzien.

Ook “gewone” overtuigingen kunnen onjuist zijn.⁹¹⁶ Een “normale” verdachte kan net als de psychisch gestoorde verdachten in casus B1 en B2 ten onrechte de overtuiging hebben dat iemand hem treitert of wil aanvallen. Als de “normale” verdachte ten onrechte in de veronderstelling verkeerde dat hij werd aangevallen, komt hem mogelijk een beroep op afwezigheid van alle schuld wegens putatieve noodweer toe. Voor een geslaagd beroep op avas wegens putatieve rechtvaardiging gelden twee voorwaarden. De dwaling moet in de eerste plaats van dien aard zijn dat als de situatie zo zou zijn geweest als de verdachte zich voorstelde, aan de voorwaarden voor het aannemen van een rechtvaardigingsgrond zou zijn voldaan. Ten tweede moet de dwaling verschoonbaar zijn geweest. Het enkele feit dat de verdachte dacht dat zijn handelen gerechtvaardigd was, is onvoldoende voor een geslaagd beroep op avas. De verdachte mag niet zonder meer afgaan op zijn taxatie van de feitelijke situatie. Hij moet – voor zover dat redelijkerwijs mogelijk was – hebben onderzocht of daadwerkelijk sprake was van een

⁹¹⁵ APA 2013, p. 87.

⁹¹⁶ Zie ook paragraaf 12.2.2.

situatie waarin het plegen van een strafbaar feit niet wederrechtelijk was.⁹¹⁷

Een “normale” verdachte kan *goede redenen* hebben om – zij het ten onrechte – aan te nemen dat hij getreiterd of achtervolgd wordt, bijvoorbeeld doordat het overtuigend *lijkt* alsof hij getreiterd of achtervolgd wordt. Als goede redenen aan zijn misvatting ten grondslag liggen, is niet aannemelijk dat de “normale” verdachte zijn overtuiging kan corrigeren. Voor de verdachte bestaat geen aanleiding zijn waarneming van de feiten aan een nader onderzoek te onderwerpen en van hem kan dat dus ook niet verwacht worden. De dwaling van deze verdachte is verschoonbaar. Ook indien de onjuiste overtuigingen van de “normale” verdachte in casus B1 en B2 *de facto* niet voor correctie vatbaar zijn en de dwaling dus verschoonbaar is, volgt echter geen strafuitsluiting. Als de “normale” verdachte ten onrechte, maar op grond van goede redenen denkt dat hij getreiterd wordt, zich daaraan ergert en daarom een levensdelict pleegt, is het feit dat hij verschoonbaar gedwaald heeft geen reden om hem van alle rechtsvervolging te ontslaan. Hij kan zich niet beroepen op afwezigheid van alle schuld wegens putatieve rechtvaardiging. Voor een geslaagd beroep op avas wegens putatieve rechtvaardiging moet de verschoonbare dwaling immers van dien aard zijn dat als de situatie zo zou zijn geweest als de verdachte zich voorstelde, aan de voorwaarden voor het aannemen van een rechtvaardigingsgrond zou zijn voldaan. Treiteren door iemand indringend aan te kijken is geen wederrechtelijke aanranding van lijf, eerbaarheid of goed in de zin van artikel 41 lid 1 Sr. Voor casus B2 geldt dat de enkele *vrees* voor een wederrechtelijke aanranding op een toekomstig moment geen noodweersituatie oplevert waarin verdedigend mag worden opgetreden. Volgens vaste rechtspraak moet sprake zijn van een onmiddellijk

⁹¹⁷ Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 180-181; Van Dijk 2008, p. 81-83; Hazewinkel-Suringa/Remmink 1996, p. 312-313, 327-329, 380-381; De Hullu 2015, p. 332-333, 364-365; Kelk/De Jong 2013, p. 360, 380; Strijards 1983, p. 336-340; 1987, p. 116-117. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad is niet af te leiden of de putatieve noodweer geschaard moet worden onder de rechtvaardigingsgrond noodweer of onder de schulduitsluitingsgrond avas. Omdat de wederrechtelijkheid van een gedraging in het Nederlandse strafrecht objectief wordt beoordeeld (zie Inleiding, III), wordt de putatieve rechtvaardiging in de literatuur meestal onder de schulduitsluitingsgrond avas gerubriceerd. (Anders: Machielse 1986, p. 693.) De eerste voorwaarde voor putatieve rechtvaardiging is te herkennen in HR 12 januari 2010, LJN BK4155, r.o. 2.4: ‘Vooropgesteld moet worden dat indien door of namens de verdachte een beroep is gedaan op (putatief) noodweer, de rechter zal moeten onderzoeken of de voorwaarden voor de aanvaarding van dat verweer zijn vervuld.’ De onderzoekspllicht is aan de orde in HR 26 mei 2015, NJ 2015, 271, r.o. 2.4: ‘In het licht van deze vaststellingen geeft het oordeel van het Hof dat het beroep op putatief noodweer moet worden verworpen omdat niet kan worden gezegd dat verdachte redelijkerwijs mocht vermoeden dat hij werd aangevallen, evenmin blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is dit oordeel ook niet onbegrijpelijk en toereikend gemotiveerd.’ Zie ook HR 31 oktober 2000, NJ 2001, 11 m.nt. De Hullu.

dreigend gevaar voor een wederrechtelijke aanranding.⁹¹⁸ In casus B1 en B2 strandt een beroep op putatieve noodweer als geen sprake zou zijn geweest van een waanvoorstelling, maar van “gewone” verschoonbare feitelijke dwaling. Het beroep op avas gaat niet op, *ongeacht* de mogelijkheid dat de dwaling voor de “normale” verdachte feitelijk niet voor correctie vatbaar was. Daaruit volgt dat het feit dat het door de waanvoorstelling voor de psychisch gestoorde verdachte niet mogelijk was zijn onjuiste voorstelling van zaken te corrigeren, geen strafrechtelijk relevant verschil met de “normale” verdachte is op grond waarvan schulditsluiting in casus B1 en B2 aanvaardbaar is.⁹¹⁹ Ontoerekenbaarheid kan in die casus niet worden aangenomen, ondanks de aanwezigheid van een causaal verband tussen stoornis en delict.

De *condicio sine qua non*-test maakt een onderscheid tussen gevallen waarin geen enkel verband tussen stoornis en delict bestaat (A1 en A2) en gevallen waarin wel een causaal verband tussen stoornis en delict bestaat (B1 en B2). Ten aanzien van de laatste categorie gevallen rijst de vraag of schulditsluiting van de psychisch gestoorde verdachte aanvaardbaar is op grond van een strafrechtelijk relevant verschil dat aanvaardbaar maakt dat de gewone normen voor schulditsluiting niet onverkort op de psychisch gestoorde verdachte worden toegepast. De *condicio sine qua non*-test sluit echter gevallen in – bijvoorbeeld casus B1 en B2 – waarin geen strafrechtelijk relevant verschil met de “normale” verdachte bestaat. Causaliteit tussen stoornis en delict is daarom te ruim als criterium voor ontoerekenbaarheid. In de strafrechtelijke handboeken volgt daarom terecht na de vraag of een causaal verband tussen stoornis en delict bestond de vraag of – gegeven dit causale verband – het feit aan de verdachte kan worden toegerekend.⁹²⁰ Niet in alle gevallen waarin een causaal verband tussen stoornis en delict kan worden vastgesteld, kan ontoerekenbaarheid worden aangenomen.

De door Nieboer verdedigde opvatting dat causaliteit tussen stoornis en delict het enige criterium voor ontoerekenbaarheid zou moeten zijn, is in het Nederlandse strafrecht invloedrijk.⁹²¹ Rummelink lijkt zich in de door hem bewerkte drukken van het handboek van Hazewinkel-Suringa bij Nieboers causale criterium aan te sluiten.⁹²² Causaliteit tussen stoornis en delict geldt ook als maatstaf voor ontoerekeningsvatbaarheid in forensisch-gedragswetenschappelijke literatuur en de recente richtlijnen van het NIFP en de NVVP en is daarmee ook tegenwoordig nog een belangrijk criterium voor ontoerekeningsvatbaarheid in de praktijk van de rapportage *pro*

⁹¹⁸ HR 8 februari 1932, *NJ* 1932, p. 617; HR 2 februari 1965, *NJ* 1965, 262 m.nt. Pompe; HR 21 december 2004, *NJ* 2007, 469 m.nt. De Jong, r.o. 3.6; HR 24 september 2013, *NJ* 2014, 277 m.nt. Keulen, r.o. 4.3. Zie ook De Hullu 2015, p. 321-322.

⁹¹⁹ Zie ook ALI 1985, art. 4.01, p. 173 (voetnoot 24).

⁹²⁰ Zie paragraaf 2.5.2.

⁹²¹ Zie paragraaf 2.4.8.

⁹²² Zie paragraaf 2.5.2.

justitia.⁹²³ Vanwege deze invloed wordt het causale criterium zoals dat door Nieboer is verdedigd hier aan een afzonderlijke analyse onderworpen.

Nieboer besteedt weinig aandacht aan de rechtvaardiging van causaliteit als criterium voor ontoerekenbaarheid. Hij lijkt de stelling dat de mate van schuld omgekeerd evenredig is met het causale aandeel van de stoornis in de totstandkoming van het delict al een min of meer onomstreden strafrechtelijk uitgangspunt te beschouwen. Nieboer vergelijkt het toerekenen van het delict aan de stoornis met het toerekenen van gevolgen aan buiten de persoon van de dader gelegen oorzaken. Hij noemt dit “buiten-persoonlijke causaliteit”:⁹²⁴

‘De dader als persoon is de oorzaak van de daad en deze oorzakelijke relatie is uitgangspunt voor zijn schuld. [...]

[...]

Als de dader schuldig is, komt de daad voor zijn rekening. Niet-toerekenen betekent “het stellen van het feit op rekening van andere omstandigheden” (M.v.T. – 1911 p. 4), b.v. op rekening van een psychische afwijking. Een dergelijke afwijking krijgt vanuit de schuld-idee gezien een zelfstandige, autonome positie als oorzaak van de daad, los van de persoon van de dader. Maar dan moet er tenminste enig causaal verband bestaan tussen afwijking en delict.”⁹²⁵

Deze vergelijking miskent een belangrijk verschil tussen het algemene strafrechtelijke leerstuk causaliteit en ontoerekenbaarheid. Strafrechtelijke causaliteitsleren dienen om te bepalen of de gedraging van de verdachte kan worden aangemerkt als “de” strafrechtelijk relevante oorzaak van het delict of dat het gevolg door andere, niet aan de verdachte toe te schrijven oorzaken teweeg is gebracht. Bij de toepassing van causaliteit als criterium voor ontoerekenbaarheid gaat het daarentegen om de vraag of het gedrag van de verdachte veroorzaakt is door een stoornis. De centrale veronderstelling van Nieboers causale criterium is daarom dat een oorzaak van een gedraging – de stoornis – tot strafuitsluiting moet leiden, *omdat* het een oorzaak is.

Menselijk gedrag wordt niet alleen veroorzaakt door psychische stoornissen. Er bestaat een in de praktijk onkenbaar web van “buitenpersoonlijke” en “intrapersoonlijke” *condicio sine qua non*-verbanden die tot de strafbare gedraging van de verdachte hebben geleid. Verwijzen naar een oorzaak voor gedrag *zonder meer* leidt echter nooit tot een ontslag van alle rechtsvervolgning. Een verdachte die betoogt dat hij het delict niet zou hebben gepleegd als hij een betere opvoeding zou hebben gehad,

⁹²³ Zie paragraaf 4.3.6.

⁹²⁴ Nieboer 1970, p. 151.

⁹²⁵ Nieboer 1970, p. 144-145. Nieboer verwijst vermoedelijk naar *Kamerstukken II* 1910/11, 239, nr. 4, p. 11.

zijn school zou hebben afgemaakt of als hij niet zo arm zou zijn geweest (“buitenpersoonlijke oorzaken”) en dat hem daarom geen verwijt treft, krijgt nul op het rekest.⁹²⁶ Op grond van de these van mentale causaliteit is voor strafrechtelijke aansprakelijkheid een fundamentele voorwaarde dat de strafbare gedraging veroorzaakt is door de wensen en overtuigingen van de verdachte (“intrapersoonlijke oorzaken”). Een diefstal die veroorzaakt wordt door hebzucht of andere motieven is – juist daarom – strafbaar. *Tout comprendre, c’est tout pardonner*, gaat in de rechtszaal niet op. Morse noemt de veronderstelling dat oorzaken voor gedrag als zodanig grond voor strafuitsluiting zijn daarom een *fundamental psycho-legal error*.⁹²⁷

Hoewel een oorzaak voor gedrag *zonder meer* nooit grond voor schulduitsluiting is, is een causaal verband tussen een schulduitsluitende omstandigheid en een delict wel altijd een voorwaarde voor de honorering van een beroep op een schulduitsluitingsgrond. Voor noodweerexces geldt bijvoorbeeld dat de overschrijding van de grenzen van de noodzakelijke verdediging niet strafbaar is, als de overschrijding *veroorzaakt* is door een hevige gemoedsbeweging die weer het *gevolg* is van de wederrechtelijke aanranding. Noodweerexces leidt echter niet tot strafuitsluiting *alleen* omdat een causale keten van wederrechtelijke aanranding naar verdediging loopt. Het beroep op strafuitsluiting gaat bijvoorbeeld niet op als de grenzen van de noodzakelijke verdediging worden overschreden en de overschrijding het gevolg is van berekende wraakzucht die door de aanranding is veroorzaakt.⁹²⁸ Alleen hevige emoties zoals paniek of angst kunnen een beroep op noodweerexces doen slagen. Bovendien moet de oorzaak gelegen zijn in een onmiddellijke wederrechtelijke aanranding. Andere oorzaken voor hevige emoties – bijvoorbeeld een belediging – leiden niet tot noodweerexces. Hetzelfde geldt voor psychische overmacht. Slechts een van buiten komende drang waaraan de verdachte redelijkerwijs geen weerstand kon en behoefde te bieden, is grond voor strafuitsluiting. Niet *iedere* van buiten komende drang die de verdachte tot een delict brengt, levert psychische overmacht op.⁹²⁹ Een causaal verband tussen strafuitsluitende omstandigheid en de gedraging van de verdachte, is bij de andere schulduitsluitingsgronden genormeerd door nadere voorwaarden. Een causaal verband tussen de schulduitsluitende omstandigheid en het delict is een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde voor een geslaagd beroep op schulduitsluiting.⁹³⁰

⁹²⁶ Zie ook Morse 2011.

⁹²⁷ Morse 1998, p. 350-353; 2005. Ook Moore (2010, p. 481-547) verwerpt de *causal theory of excuses*.

⁹²⁸ De Hullu 2015, p. 328; Kelk/De Jong 2013, p. 373; Machielse 1986, p. 677. Zie ook Rb. Limburg 31 mei 2013, LJN CA1648.

⁹²⁹ HR 30 november 2004, NJ 2005, 94 m.nt. Mevis, r.o. 3.5; HR 9 oktober 2012, NJ 2012, 594, r.o. 2.6. Zie ook paragraaf 13.3.4.

⁹³⁰ Vgl. Moore 2010, p. 492-502, 523-537.

Als oorzaken van gedrag niet in de weg staan aan het aannemen van strafrechtelijke aansprakelijkheid en daar in het geval van mentale toestanden zelfs constitutief voor zijn, dan is een mogelijke rechtvaardiging van het causale criterium dat verschillen bestaan tussen een stoornis als oorzaak van gedrag en andere “buiten-” en “intrapersoonlijke” oorzaken van gedrag, zoals een slechte opvoeding of hebzucht. Mogelijk is sprake van een *speciaal soort* causaal verband als een *stoornis* gedrag veroorzaakt en maakt dat bijzondere causale verband een ontslag van alle rechtsvervolgving aanvaardbaar als de gedraging door een stoornis is veroorzaakt.⁹³¹ Een nadere normering van ontoerekenbaarheid zou in dat geval niet nodig zijn. Zowel Nieboer als Mooij merkt op dat de term “causaal verband” strikt genomen niet juist is als het gaat om de invloed van de stoornis op het gedrag. Dat zou op een bijzondere vorm van causaliteit kunnen wijzen.

Volgens Nieboer kan de invloed van de stoornis op het delict beter worden geduid als “voorwaarde” of “invloed” dan als causaal, maar hij werkt niet uit wat het verschil is met causaliteit.⁹³² “Invloed” en “voorwaarde” worden juist vaak gebruikt om aan te duiden dat iets causale relevantie heeft. In de literatuur over causaliteit wordt soms een onderscheid gemaakt tussen “oorzaak” (*cause*) en “voorwaarde” (*mere condition*). Zo is het ongebruikelijk om de aanwezigheid van zuurstof in de lucht aan te merken als de oorzaak van een brand, hoewel de aanwezigheid daarvan even noodzakelijk is voor het ontstaan van de brand als het aansteken van het vuur door middel van een lucifer. Het onderscheid tussen “oorzaak” en “voorwaarde” lijkt echter vooral te berusten op taalconventies (*common sense*) en doet niet af aan de causale relevantie van voorwaarden.⁹³³ Het is daarom onduidelijk hoe Nieboer de “invloed” van de stoornis op gedrag onderscheidt van “gewone” causaliteit.

Mooij noemt het verband tussen stoornis en delict een “intern verband”. Hij omschrijft het “intern verband” als volgt:

‘Bij een interne relatie zijn de verschijnselen niet onafhankelijk van elkaar en kunnen zij ook niet onafhankelijk van elkaar beschreven worden. Als voorbeeld kan men – weer – aan de (intentionele) handeling denken, waarbij de uitwendige beweging verwijst naar de innerlijke intentie en deze intentie alleen kan bestaan en gekend kan worden vanwege de uitwendige beweging. Een dergelijke relatie bestaat ook tussen een psychische stoornis en een handeling die daaruit voortvloeit.’⁹³⁴

⁹³¹ Vgl. Morse 1998, p. 351-352.

⁹³² Nieboer 1970, p. 165.

⁹³³ Hart & Honoré 1985, p. 32-41.

⁹³⁴ Mooij 2004, p. 125.

Met de karakterisering van het verband tussen mentale toestand en gedraging als een “intern verband” lijkt Mooij aan te sluiten bij de wijze waarop de filosoof Searle mentale causaliteit begrijpt. Mooijs beknopte beschrijving kan verduidelijkt worden met behulp van de analyse van Searle. Mentale causaliteit (*Intentional causation*) is volgens Searle een bijzondere categorie van causaliteit, onder andere omdat sprake is van een *internal connection* tussen een mentale toestand en een gedraging. Het gaat om een *internal connection*, omdat de inhoud van de mentale toestand die de oorzaak is van de gedraging logisch niet los kan worden gezien van de gedraging die als gevolg van de mentale toestand wordt verricht. De bedoeling (*intention in action*) om boodschappen te doen (oorzaak), wordt bijvoorbeeld vervuld doordat degene met dat voornemen daadwerkelijk boodschappen doet (gevolg). De oorzaak – de mentale toestand – is een representatie (*representation*) van het gevolg.⁹³⁵ Het voert te ver om op de details van Searles begrip van mentale causaliteit in te gaan. Hier is relevant dat zowel Mooij als Searle het “intern verband” of de *internal connection* als algemeen kenmerk ziet van een gedraging. Niet alleen een stoornis staat in een “intern verband” met de verrichte gedraging, *alle* mentale toestanden (zoals wensen en overtuigingen) die aan een gedraging ten grondslag liggen staan in een “intern verband” met de verrichte gedraging. Een “intern verband” kan dan niet een speciaal soort causaal verband zijn, op grond waarvan aan een stoornis een bijzondere positie kan worden toegekend die schulditsluiting zonder meer aanvaardbaar maakt als een dergelijk verband tussen stoornis en delict is vastgesteld. Als een “intern verband” *als zodanig* – omdat het een “intern verband” is – strafuitsluitend werkt, dan kan geen enkele gedraging worden toegerekend. Een gedraging is immers per definitie veroorzaakt door de wensen en overtuigingen die in een “intern verband” met de gedraging staan. Juist deze these van mentale causaliteit is een belangrijke grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid.⁹³⁶

Volgens het causale criterium zoals dat door Nieboer is verdedigd, leidt niet ieder causaal verband tussen stoornis en delict tot ontoerekenbaarheid, maar is ontoerekenbaarheid alleen aan de orde wanneer het delict (vrijwel) “volledig” is veroorzaakt door een stoornis.⁹³⁷ Mogelijk levert deze beperking van het causale criterium tot de gevallen waarin het delict “volledig” door de stoornis is veroorzaakt een normering van ontoerekenbaarheid op, op grond waarvan het aanvaardbaar is het causale criterium te hanteren.

⁹³⁵ Searle 1983, p. 121. Nieboer (1970, p. 151-152) lijkt het verband tussen mentale toestand en gedraging aan te duiden met “begrijpelijk verband”. Een dergelijk “begrijpelijk verband” zou niet verward mogen worden met een potentieel strafuitsluitend causaal verband tussen stoornis en delict. Zijn betoog is op dit punt moeilijk te volgen, vooral omdat hij het “begrijpelijk verband” in causale termen beschrijft.

⁹³⁶ Zie paragraaf 12.2.4.

⁹³⁷ Zie paragraaf 2.4.8.

Het is niet ongebruikelijk om causaliteit in juridische leerstukken te kwantificeren.⁹³⁸ Voor een geslaagd beroep op noodweerexces moet de door de wederrechtelijke aanranding veroorzaakte hevige gemoedsbeweging bijvoorbeeld van *doorslaggevend* belang zijn geweest voor de gedraging.⁹³⁹ Rechtstheoretisch is een kwantitatieve notie van causaliteit verdedigbaar.⁹⁴⁰ Causaliteit is dus niet per definitie een alles of niets-kwestie. Als causaliteit gekwantificeerd kan worden, rijst de vraag waarom ten aanzien van een delict dat in overwegende mate of zelfs “volledig” door een stoornis wordt veroorzaakt, strafuitsluiting zou moeten volgen.

Morris wijst erop dat ook andere factoren dan psychische stoornissen een sterke invloed kunnen hebben op menselijk gedrag:

‘Hence, at first blush, it seems a perfectly legitimate correlational and, I submit, causal inquiry, whether psychosis, or any particular type of psychosis, is more closely related to criminal behavior than, say, being born to a one-parent family living on welfare in a black inner-city area. And there is no doubt of the empirical answer. Social adversity is grossly more potent in its pressure toward criminality, certainly toward all forms of violence and street crime as distinct from white-collar crime, than is any psychotic condition. As a factual matter, the exogenous pressures are very much stronger than the endogenous.’⁹⁴¹

Hetzelfde probleem dat al in verband met het *condicio sine qua non*-verband aan de orde is gekomen, rijst bij de hantering van een kwantitatieve notie van causaliteit als criterium voor ontoerekenbaarheid. Een kwantitatief concept van causaliteit impliceert dat *andere* factoren dan een stoornis – bijvoorbeeld opvoeding of een sociaal achtergestelde maatschappelijke positie – eveneens in overwegende mate een delict kunnen veroorzaken. Opvoeding en een sociaal achtergestelde maatschappelijke positie zijn echter – zoals hiervóór uiteen is gezet – geen gronden voor strafuitsluiting. Ook een hevige gemoedsbeweging kan volgens de Hoge Raad van “doorslaggevend belang” zijn voor het begaan van een strafbaar feit. Een hevige gemoedsbeweging die *niet* door een onmiddellijke wederrechtelijke aanranding is veroorzaakt, maar wel van doorslaggevende invloed op het begaan van het strafbare feit is, is echter geen grond voor strafuitsluiting. Zelfs als een stoornis een delict in overwegende mate zou veroorzaken, maakt alleen die omstandigheid

⁹³⁸ Zie ook Moore 2009, p. 118-121.

⁹³⁹ HR 13 juni 2006, NJ 2006, 343, r.o. 3.5. Voor strafvermindering op grond van artikel 5K2.13 SG is vereist dat de stoornis in belangrijke mate aan het strafbare feit heeft bijgedragen (*contributed substantially*). (Zie paragraaf 10.3.3.)

⁹⁴⁰ Moore 2009, p. 275-279; 2012, p. 446-449.

⁹⁴¹ Morris 1982, p. 62-63. Zie ook Kooijmans & Meynen 2012, p. 487-488; Moore 2010, p. 508-510; Morris 1968, p. 520; Tuinier 1989, p. 318-320.

strafuitsluiting van een psychisch gestoorde verdachte niet aanvaardbaar, nu andere factoren die een delict in overwegende mate kunnen veroorzaken evenmin zonder meer strafuitsluitend werken.⁹⁴²

Door causaliteit aan te merken als het enige, “essentiële element” dat ontoerekenbaarheid bepaalt, verabsoluteert Nieboer in zijn dissertatie het causale verband tussen schulduitsluitende omstandigheid en delict dat een voorwaarde is voor iedere schulduitsluitingsgrond. Mogelijk is hij later van standpunt veranderd. In zijn handboek *Schets materieel strafrecht* lijkt hij namelijk op zoek te zijn naar normering van het causale criterium. Causaliteit is niet langer het “essentiële element” van ontoerekenbaarheid, maar het “uitgangspunt”. Als een causaal verband tussen stoornis en delict is vastgesteld, moet beoordeeld worden of de verdachte aan de criteria van bepaalde strafrechtelijke zorgplichten heeft voldaan. Die zorgplichten bestaan uit een plicht om te voorkomen in een potentieel strafuitsluitende situatie terecht te komen (“preventieplicht”) en de beginselen van subsidiariteit (“evasieplicht”) en proportionaliteit (“proportieplicht”).⁹⁴³ Door het causale criterium aan te vullen met toetsing aan deze beginselen, zou volgens Nieboer aan “enkele bezwaren” tegen het causale criterium tegemoet worden gekomen.⁹⁴⁴ Omdat Nieboer deze aanvulling niet verder uitwerkt en hij evenmin bespreekt op welke bezwaren tegen het causale criterium hij het oog heeft, is het echter gissen waarom en in hoeverre hij zijn standpunt heeft herzien.

De analyse van het causale criterium van Nieboer, bevestigt de hiervóór al getrokken conclusie dat een causaal verband tussen stoornis en delict een onvoldoende voorwaarde is voor ontoerekenbaarheid. Een criterium voor ontoerekenbaarheid moet nader afbakenen onder welke voorwaarden schulduitsluiting aanvaardbaar is, als eenmaal een causaal verband tussen stoornis en delict is vastgesteld.

13.3 Wanneer maakt een stoornis schulduitsluiting aanvaardbaar?

13.3.1 Inleiding

In de strafrechtelijke handboeken wordt terecht aangenomen dat nader onderzocht moet worden of het feit aan de verdachte kan worden toegerekend, nadat een causaal verband tussen stoornis en delict is vastgesteld. Omdat op drie verschillende wijzen de strafrechtelijke veronderstellingen over “normaal” functioneren kunnen worden aangetast, is aannemelijk dat ieder onderdeel van het stoornisconcept van artikel 39 Sr op een eigen manier schulduitsluiting aanvaardbaar maakt. In deze paragraaf wordt per onderdeel

⁹⁴² Aldus ook Moore 2010, p. 511.

⁹⁴³ Nieboer 1991, p. 244-249.

⁹⁴⁴ Nieboer 1991, p. 264.

van het stoornisconcept onderzocht onder welke voorwaarden een stoornis aanvaardbaar maakt de normen voor schulduitsluiting die voor de “normaal” functionerende verdachte gelden, niet onverkort op de psychisch gestoorde verdachte toe te passen.

13.3.2 Mentale toestanden en ontoerekenbaarheid

13.3.2.1 Overtuigingen en ontoerekenbaarheid

Bij de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid zijn drie soorten mentale toestanden van belang: overtuigingen, wensen en emoties. Overtuigingen spelen de belangrijkste rol. Voor veroordeling voor een misdrijf is – met uitzondering van onbewuste *culpa* – altijd een overtuiging nodig die gericht is op de strafbaar gestelde stand van zaken.⁹⁴⁵ In deze paragraaf wordt onderzocht in hoeverre een stoornis in de wijze waarop de overtuigingen van de verdachte functioneren schulduitsluiting aanvaardbaar maakt.

Een waanvoorstelling is een voorbeeld van een stoornis waarbij de overtuigingen van de verdachte niet op normale wijze functioneren.⁹⁴⁶ Waanvoorstellingen zijn onjuiste overtuigingen die – anders dan gewone overtuigingen – niet vatbaar zijn voor correctie in het licht van conflicterend bewijs. Een waanvoorstelling kan worden geïnterpreteerd als een vorm van dwaling over de feiten. De verdachte verkeert in de veronderstelling dat een bepaalde feitelijke stand van zaken het geval is, terwijl daarvoor geen of onvoldoende objectieve gronden bestaan. Hij meent bijvoorbeeld ten onrechte te worden achtervolgd of te worden belaagd. Zijn situatie is in dat opzicht vergelijkbaar met die van de “normale” verdachte die de feitelijke situatie anders inschat dan die in werkelijkheid is, zoals hiervóór uiteen is gezet.⁹⁴⁷ Bij “normale” verdachten kan een dwaling bijvoorbeeld tot stand komen doordat een gebeurtenis snel plaatsvindt of doordat de verdachte geen nader onderzoek instelt naar de feitelijke toedracht en uitgaat van zijn onjuiste taxatie daarvan. Dwaling over de feiten kan voor de “normale” verdachte schulduitsluitend werken door middel van de ongeschreven schulduitsluitingsgrond “afwezigheid van alle schuld”. Twee vormen van feitelijke dwaling kunnen tot een geslaagd beroep op avas leiden.

Een verdachte kan ten eerste dwalen over het vervullen van de delictsbestanddelen.⁹⁴⁸ Op deze vorm van dwaling wordt vaak een beroep

⁹⁴⁵ Zie paragraaf 12.2.3.

⁹⁴⁶ Zie paragraaf 12.3.

⁹⁴⁷ Zie paragraaf 13.2.

⁹⁴⁸ HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, p. 681. Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 180-181; Van Dijk 2008, p. 74-77; Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 376-377, 380-381; De Hullu 2015, p. 364; Kelk/De Jong 2013, p. 388-390; Strijards 1983, p. 186-188, 316-317.

gedaan in het kader van geobjectiveerde delictsbestanddelen. De verdachte betoogt bijvoorbeeld dat hij niet wist dat het slachtoffer waarmee hij ontucht pleegde de leeftijd van zestien jaar (artikel 244, 245 en 247 Sr) nog niet bereikt had. Dit verweer wordt meestal verworpen, omdat een zware onderzoeksplicht op de verdachte rust om zich van de leeftijd van het slachtoffer te vergewissen.⁹⁴⁹ Ten aanzien van bestanddelen waarop *culpa* betrekking heeft, is een beroep op avas uitgesloten als *culpa* bewezen is. Het bewijs van *culpa* impliceert al dat sprake is van schuld in de zin van verwijtbaarheid. Dan is afwezigheid van alle schuld geen mogelijkheid meer. Het is ook niet denkbaar te dwalen over het vervullen van bestanddelen waarop de verdachte opzet had. Het bewijs van opzet impliceert immers dat de verdachte in ieder geval *bewust* de aanmerkelijke kans op het vervullen van de delictsbestanddelen heeft aanvaard. Dwaling over het vervullen van de delictsbestanddelen speelt een belangrijke rol bij overtredingen. Avas fungeert daar als correctiemechanisme voor het ontbreken van opzet of schuld in de delictsomschrijvingen.

Hoewel niet ondenkbaar is dat een verdachte als gevolg van een waanvoorstelling dwaalt over het vervullen van delictsbestanddelen, zal deze vorm van dwaling zich in verband met ontoerekenbaarheid niet snel voordoen. In vrijwel alle gevallen waarin de vraag naar de toerekenbaarheid van de verdachte zich aandient, betreft het verdachten die onder invloed van een stoornis een doleus misdrijf plegen. De psychotische verdachte die een mishandeling of een doodslag pleegt, dwaalt niet ten aanzien van het feit dat hij iemand lichamelijk letsel toebrengt of een ander van het leven berooft. Hij geeft zijn vermeende belager opzettelijk een klap of steekt hem met een mes en heeft dus (per definitie) ten minste bewust de aanmerkelijke kans op lichamelijk letsel of de dood van het slachtoffer aanvaard, ook al handelt hij op grond van een waanvoorstelling. In het uitzonderlijke geval dat hij daarin geen inzicht heeft gehad, ontbreekt het opzet en volgt een vrijspraak.⁹⁵⁰ Ontoerekenbaarheid is dan niet aan de orde.

Een tweede vorm van strafrechtelijk relevante feitelijke dwaling die tot avas kan leiden, is feitelijke dwaling over de wederrechtelijkheid van het feit. Feitelijke dwaling over de wederrechtelijkheid betekent – zoals eerder is besproken – dat de verdachte een gebeurtenis ten onrechte interpreteert als een situatie waarin het verrichten van een strafbaar gestelde gedraging niet-wederrechtelijk is (putatieve rechtvaardiging).⁹⁵¹ Deze onjuiste inschatting moet het gevolg zijn van een verkeerde taxatie van de feitelijke situatie, bijvoorbeeld omdat de verdachte ten onrechte denkt dat hij wordt

⁹⁴⁹ HR 20 januari 1959, *NJ* 1959, 102 en 103 m.nt. Pompe; HR 9 februari 2010, *NJ* 2010, 108.

⁹⁵⁰ HR 22 juli 1963, *NJ* 1968, 217 m.nt. Enschedé; HR 9 juni 1981, *NJ* 1983, 412 m.nt. Van Veen, r.o. 6. Zie ook paragraaf 12.2.3 en 13.5.

⁹⁵¹ Zie paragraaf 13.2.

aangevallen en dat hij zich tegen die aanval moet verdedigen (putatieve noodweer). Als de dwaling over de wederrechtelijkheid het gevolg is van een onjuist begrip van de reikwijdte van een rechtvaardigingsgrond, dan is sprake van rechtsdwaling. De verdachte dwaalt in dat geval immers over de inhoud van het recht.⁹⁵² Rechtsdwaling komt hierna ter sprake. Daarvoor geldt een ander beoordelingskader. In de praktijk speelt putatieve rechtvaardiging vooral in de vorm van een veronderstelde noodweersituatie.⁹⁵³ Putatieve rechtvaardiging kan zich echter ook voordoen in de vorm van andere putatieve rechtvaardigingsgronden, bijvoorbeeld als putatieve overmacht als noodtoestand.⁹⁵⁴

Voor een geslaagd beroep op avas wegens putatieve rechtvaardiging moet aan twee voorwaarden zijn voldaan, zoals eerder al is besproken.⁹⁵⁵ De dwaling moet in de eerste plaats van dien aard zijn dat als de situatie zo zou zijn geweest als de verdachte zich voorstelde, aan de voorwaarden voor het aannemen van een rechtvaardigingsgrond zou zijn voldaan. Ten tweede moet de dwaling verschoonbaar zijn geweest. De verdachte moet – voor zover dat redelijkerwijs mogelijk was – hebben onderzocht of daadwerkelijk sprake was van een situatie waarin het vervullen van de delictsomschrijving gerechtvaardigd was.

Het komt regelmatig voor dat een verdachte die aan waanvoorstellingen lijdt in de veronderstelling verkeert dat hij zichzelf moet verdedigen. Vooral achtervolgingswanen kunnen daartoe leiden. Casus B1 en B2 en een daaraan toegevoegde casus B3 illustreren dit:

- B1 Een verdachte die aan een waanvoorstelling lijdt pleegt doodslag. Het slachtoffer is een vermeende achtervolger die hem voortdurend treitert door hem indringend aan te kijken. De verdachte ergert zich daar mateloos aan.
- B2 Een verdachte die aan een waanvoorstelling lijdt pleegt een moord. Het slachtoffer is een vermeende achtervolger die hem binnenkort van het leven zal beroven. Om hem voor te zijn, zoekt hij zijn achtervolger thuis op en berooft hem van het leven.
- B3 Een verdachte die aan een waanvoorstelling lijdt pleegt doodslag. Het slachtoffer is een vermeende achtervolger die op het punt staat hem van het leven te beroven. Uit zelfverdediging moet de verdachte ingrijpen.

⁹⁵² Van Dijk 2008, p. 81; De Hullu 2015, p. 365.

⁹⁵³ Zie bijvoorbeeld HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001, 11 m.nt. De Hullu; HR 12 januari 2010, *LJN* BK4155; HR 26 mei 2015, *NJ* 2015, 271.

⁹⁵⁴ Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 181; Van Dijk 2008, p. 81; Hazewinkel-Suringa/Remmeling 1996, p. 312-313; De Hullu 2015, p. 364-365; Kelk/De Jong 2013, p. 360; Strijards 1983, p. 337; 1987, p. 117.

⁹⁵⁵ Zie paragraaf 13.2.

Hiervóór is betoogd dat in casus B1 en B2 het feit dat de waanvoorstelling niet voor correctie vatbaar is, schulditsluiting op grond van artikel 39 Sr niet aanvaardbaar maakt.⁹⁵⁶ Als de dwaling in casus B1 en B2 niet het gevolg zou zijn van een waanvoorstelling, zou niet aan het eerste vereiste voor putatieve rechtvaardiging zijn voldaan. Als de situatie zo zou zijn geweest als de verdachte zich voorstelde, is niet aan de voorwaarden voor noodweer voldaan. Ook als de overtuigingen van de “normale” verdachte in casus B1 en B2 feitelijk niet voor correctie vatbaar zijn – bijvoorbeeld omdat de verdachte goede redenen heeft om aan te nemen dat hij getreiterd of achtervolgd wordt – en de dwaling dus verschoonbaar is, volgt geen ontslag van alle rechtsvervolging op grond van putatieve rechtvaardiging. Het is in casus B1 en B2 daarom geen relevant verschil met de “normale” verdachte, dat de waanvoorstelling van de psychisch gestoorde verdachte zich niet laat corrigeren.

In B3 is het feit dat de waanvoorstelling niet voor correctie vatbaar is wél een relevant verschil. In de waanvoorstelling van de verdachte is sprake van een onmiddellijk dreigend gevaar voor een wederrechtelijke aanranding. Als de situatie zo zou zijn geweest als de verdachte zich voorstelde en hij binnen zijn waanvoorstelling zou voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, dan is aan de voorwaarden voor het aannemen van noodweer voldaan. Een onmiddellijk dreigend gevaar voor een wederrechtelijke aanranding levert in beginsel immers een noodweersituatie op.⁹⁵⁷ Het tweede vereiste voor putatieve rechtvaardiging legt een onderzoeksplicht op de verdachte die zich beroept op putatieve rechtvaardiging. Aan de verdachte die aan waanvoorstellingen lijdt, kan echter geen onderzoeksplicht worden opgelegd die ertoe strekt dat de verdachte onderzoekt of zijn waanvoorstellingen op waarheid berusten. Een waanvoorstelling is immers – per definitie – niet voor correctie vatbaar. De tweede voorwaarde voor putatieve rechtvaardiging kan daarom niet onverkort op de psychisch gestoorde verdachte die aan waanvoorstellingen lijdt worden toegepast. In casus B3 is een strafrechtelijk relevant verschil met de “normale” verdachte dat de waanvoorstelling zich niet laat corrigeren. Strafuitsluiting kan in casus B3 aanvaardbaar zijn in omstandigheden waarin dat voor de “normale” verdachte niet aan de orde zou zijn.

Een waanvoorstelling kan zich ook voordoen in de vorm van een veronderstelde noodtoestand:

- C1 Een verdachte die aan een waanvoorstelling lijdt pleegt een moord. Het slachtoffer is een hoge ambtenaar van wie de verdachte denkt dat hij

⁹⁵⁶ Zie paragraaf 13.2.

⁹⁵⁷ HR 8 februari 1932, *NJ* 1932, p. 617; HR 2 februari 1965, *NJ* 1965, 262 m.nt. Pompe; HR 21 december 2004, *NJ* 2007, 469 m.nt. De Jong, r.o. 3.6; HR 24 september 2013, *NJ* 2014, 277 m.nt. Keulen, r.o. 4.3.

deel uitmaakt van een complot. Om de samenleving te waarschuwen voor het complot doodt hij de ambtenaar.

- C2 Een verdachte die aan een waanvoorstelling lijdt pleegt wederrechtelijke vrijheidsberoving. Hij denkt dat het leven van het kind van zijn broer acuut bedreigd wordt door geheime diensten en ontvoert het om het in veiligheid te kunnen brengen.

De verdachte in C1 ervaart een conflict van plichten. Als de overtuiging van de verdachte echter juist zou zijn, dan zou het conflict van plichten niet leiden tot een geslaagd beroep op overmacht als noodtoestand. Van de verdachte wordt verwacht dat hij andere middelen kiest om zijn doel te bereiken (subsidiariteit) en de veronderstelde plicht om de samenleving te waarschuwen voor een complot weegt niet op tegen de plicht het leven van de ambtenaar te respecteren (proportionaliteit).⁹⁵⁸ Dat de verdachte mogelijk denkt dat zijn gedrag *moreel* gerechtvaardigd is, is geen verschil met de “normale” verdachte op grond waarvan de normen voor strafuitsluiting die voor de “normale” verdachte gelden niet onverkort toegepast mogen worden. Ook de “normale” verdachte kan immers handelen vanuit de overtuiging dat zijn morele normen voorrang dienen te krijgen op de strafrechtelijke normen. Beroepen op overmacht of het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid op grond van bijvoorbeeld gewetensbezwaren of morele overtuigingen worden in de rechtspraak verworpen.⁹⁵⁹ Aan het eerste vereiste voor putatieve rechtvaardiging is niet voldaan. Het is daarom in deze casus niet relevant dat de waanvoorstelling zich niet laat corrigeren. Een beroep op ontoerekenbaarheid moet worden verworpen.

De verdachte in C2 dwaalt over de wederrechtelijkheid van het feit, omdat hij in de waanvoorstelling verkeert dat sprake is van een noodtoestand. Binnen zijn waanvoorstelling is het begrijpelijk dat hij geen gedragsalternatieven ziet – de dreiging is immers acuut – en dat hij de veiligheid van het kind zwaarder laat wegen dan diens vrijheid. Aan het eerste vereiste voor putatieve rechtvaardiging is daarom voldaan.

⁹⁵⁸ Vgl. HR 18 april 1989, *NJ* 1990, 61 (overtreding van artikel 461 Sr in het kader van een demonstratie om de maatschappij te wijzen op de gevaren van kruisraketten is niet gerechtvaardigd door overmacht als noodtoestand). Zie ook De Hullu 2015, p. 305-309.

⁹⁵⁹ Zie bijvoorbeeld HR 22 mei 1984, *NJ* 1985, 153 m.nt. Van Veen; HR 26 maart 1991, *NJ* 1992, 196 m.nt. Van Veen, r.o. 5.2.1-5.2.3. Dergelijke verweren zijn vooral aan te treffen in feitenrechtspraak. Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 6 april 2010, LJN BM0294; Rb. Rotterdam 9 juni 2010, LJN BM7152; Hof Arnhem 17 februari 2012, *NJ* 2012, 509 m.nt. Schalken; Rb. Rotterdam 11 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:8845. Zie ook Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 164-168; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 305-309; De Hullu 2015, p. 304-305; Kelk/De Jong 2013, p. 348-350. Strijards (1987, p. 119-121) lijkt iets meer ruimte te zien voor een strafuitsluitende werking van morele overtuigingen.

Van de “normale” verdachte wordt op grond van het tweede vereiste voor putatieve rechtvaardiging verwacht dat hij onderzoekt of zijn overtuiging dat geheime diensten het op het kind hebben gemunt wel juist is. Omdat de waanvoorstelling niet vatbaar is voor correctie, kan deze onderzoeksplicht niet aan de psychisch gestoorde verdachte worden opgelegd. Dat betekent dat in zoverre sprake is van een strafrechtelijk relevant verschil op grond waarvan de normen voor schulditsluiting die voor de “normale” verdachte gelden niet onverkort op de verdachte in casus C2 kunnen worden toegepast. In deze casus kan ontoerekenbaarheid worden aangenomen.

Hiervóór is de nadruk gelegd op achtervolgingswanen. Volgens de *DSM-5* zijn achtervolgingswanen de meest voorkomende waanvoorstellingen.⁹⁶⁰ Het is tevens de waanvoorstelling die het meest geschikt lijkt te zijn om tot putatieve rechtvaardiging te leiden vanwege de ervaring van een nood(weer) situatie. Een andere categorie waanvoorstellingen die in de *DSM-5* wordt onderscheiden zijn nihilistische waanvoorstellingen (*nihilistic delusions*). Degene die daaraan lijdt, is ervan overtuigd dat zich een grote catastrofe zal voltrekken. Ook deze categorie waanvoorstellingen leidt tot de ervaring van een noodtoestand. Andere soorten waanvoorstellingen zoals grootheidswanen (*grandiose delusions*) en erotomane waanvoorstellingen (*erotomane delusions*) lijken minder snel tot putatieve rechtvaardiging te kunnen leiden, hoewel dat niet ondenkbaar is. Een erotomane waanvoorstelling bestaat er bijvoorbeeld uit dat iemand ten onrechte ervan overtuigd is dat een ander verliefd op hem is. Het is mogelijk dat de verdachte van aanranding van de eerbaarheid (artikel 246 Sr) die als gevolg van een erotomane waanvoorstelling ten onrechte denkt dat een ander verliefd op hem is, veronderstelt dat het slachtoffer toestemming verleent voor seksuele interactie.⁹⁶¹ Dan kan sprake zijn van putatieve rechtvaardiging. Omdat putatieve rechtvaardiging zich in de vorm van alle rechtvaardigingsgronden kan voordoen, kan ook verschoonbare dwaling over toestemming putatieve rechtvaardiging opleveren. Toestemming van het slachtoffer kan onder bepaalde voorwaarden – afhankelijk van het delict in kwestie – de wederrechtelijkheid van een gedraging aantasten.⁹⁶² In alle gevallen waarin een waanvoorstelling ertoe leidt dat de verdachte ten onrechte de overtuiging heeft dat het feit gerechtvaardigd is, kan de verdachte niet worden tegengeworpen dat hij niet aan een onderzoeksplicht heeft voldaan.

⁹⁶⁰ Zie over verschillende soorten waanvoorstellingen: APA 2013, p. 87.

⁹⁶¹ APA 2013, p. 87.

⁹⁶² Meestal leidt toestemming in dat geval tot vrijspraak, omdat één of meer bestanddelen niet vervuld zijn. (Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 92-93; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 354-356; De Hullu 2015, p. 356-357; Kelk/De Jong 2013, p. 188-192.) In het geval van aanranding van de eerbaarheid is bijvoorbeeld niet voldaan aan de bestanddelen “door een feitelijkheid dwingen” als het slachtoffer de handelingen niet tegen zijn wil heeft gepleegd of geduld. (HR 12 december 2006, *NJ* 2007, 422 m.nt. Buruma, r.o. 3.3.)

Deze voorwaarde voor schulditsluiting die voor de “normale” verdachte geldt voor een geslaagd beroep op putatieve rechtvaardiging, kan in het geval van waanvoorstellingen niet op de psychisch gestoorde verdachte worden toegepast.

Putatieve rechtvaardiging moet worden onderscheiden van rechtsdwaling. Voor een geslaagd beroep op avas wegens rechtsdwaling is ten eerste vereist dat de verdachte ten tijde van het delict de overtuiging had dat zijn gedrag “niet ongeoorloofd” was en ten tweede dat zijn dwaling verschoonbaar was. De dwaling is verschoonbaar als de verdachte aan een onderzoeksplicht heeft voldaan.⁹⁶³ Het is theoretisch niet ondenkbaar dat een waanvoorstelling tot rechtsdwaling leidt. In een bij de *Commentaries* op de Model Penal Code opgenomen *model charge to the jury* wordt het volgende voorbeeld gegeven:

‘If, for example, one has such a diseased conception of his own relationship to other people that he thinks himself to be an Oriental monarch, with absolute dominion over those about him, including the privilege to deal with or to terminate their lives as he sees fit, it hardly could be thought that such a person has substantial power to appreciate that conduct of that kind is contrary to both the law and moral standards that obtain in our community.’⁹⁶⁴

In deze casus is sprake van dwaling over de inhoud van het recht. Aan niemand komt immers het recht toe vrijelijk te beschikken over andermans leven. Door de waanvoorstelling heeft de verdachte de overtuiging dat zijn gedraging niet ongeoorloofd was. Aan het eerste vereiste voor een geslaagd beroep op rechtsdwaling is voldaan. Aan de verdachte kan echter geen onderzoeksplicht worden opgelegd, omdat de waanvoorstelling niet vatbaar is voor correctie. Van hem kan niet verlangd worden te onderzoeken of hem daadwerkelijk het recht toekomt naar goeddunken over het leven van anderen te beschikken. In deze casus kan om die reden ontoerekenbaarheid worden aangenomen.

Het feit dat waanvoorstellingen niet vatbaar zijn voor correctie, maakt dat de onderzoeksplicht die in het geval van putatieve rechtvaardiging of rechtsdwaling voor “normale” verdachten geldt, niet op de psychisch gestoorde verdachte kan worden toegepast. Daarmee wordt hier afgeweken van de analyse van Van Dijk dat de verdachte die aan waanvoorstellingen

⁹⁶³ HR 22 november 1949, *NJ* 1950, 180 m.nt. Röling; HR 18 maart 2003, *NJ* 2004, 491 m.nt. Buruma, r.o. 5.3; HR 9 maart 2004, *NJ* 2004, 675 m.nt. Mevis & De Lange, r.o. 3.5; HR 4 april 2006, *NJ* 2007, 144 m.nt. Schalken, r.o. 6.3. Zie ook De Hullu 2015, p. 365-369; Kelk/De Jong 2013, p. 390-393.

⁹⁶⁴ ALI 1985, art. 4.01, p. 214. Pompe (1959, p. 194) geeft een vergelijkbaar voorbeeld.

lijdt, *irrationeel* handelt en dat daarin de grond voor schulditsluiting gelegen is. Van Dijk stelt:

‘Er is sprake van ontoerekeningsvatbaarheid als het delict in kwestie een uitvloeisel is van de ernstige irrationaliteit. Slechts weinig stoornissen voldoen aan dit criterium. In de praktijk moet daarbij vooral gedacht worden aan psychotische toestanden. [...] De psychotische actor handelt op grond van verlangens en inzichten, maar de inzichten sporen niet met de realiteit. De verstoring van het realiteitsbesef kan meebrengen dat de actor weinig controle heeft met betrekking tot het al dan niet plegen van het feit.’⁹⁶⁵

De definitie van rationaliteit waarvan in dit onderzoek wordt uitgegaan is beperkter. Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid is constitutief dat de verdachte over een redelijk vermogen tot praktisch redeneren beschikt.⁹⁶⁶ Het is in het licht van zijn wensen en overtuigingen niet irrationeel dat een verdachte die aan een achtervolgingswaan lijdt zich verweert tegen zijn achtervolger. Binnen zijn waanvoorstelling is het zelfs rationeel te noemen. Van Dijk erkent dat met zoveel woorden. Hij spreekt daarom in deze situatie van “rationele irrationaliteit”: ‘Het betreft een rationele, doelbewuste uitvoering van zijn irrationele, op wanen gebaseerde plan.’⁹⁶⁷ De verdachte is in staat om op grond van zijn – weliswaar onjuiste – waarnemingen een gedragslijn uit te denken en kan algemene regels – waaronder strafrechtelijke normen – op zijn voorgenomen gedrag toepassen. Het vermogen tot praktisch redeneren is daarom niet zonder meer ook aangetast als de verdachte aan een waanstoonis lijdt waardoor hij op basis van onjuiste inzichten handelt. Van een verdachte die aan een waanvoorstelling lijdt, kan daarom in beginsel worden gevergd dat hij beoordeelt of de door hem – onjuist – waargenomen situatie rechtvaardigt dat hij zichzelf verdedigt.⁹⁶⁸ Door een stoornis van het normale functioneren van de wensen en overtuigingen van de verdachte te onderscheiden van een stoornis van zijn praktische rede, wordt voorkomen dat een toevlucht moet worden genomen tot de schijnbare tegenstelling “rationele irrationaliteit”.

Materieel bestaat ook verschil met het criterium van Van Dijk. Van Dijk stelt dat verstoring van het realiteitsbesef door een psychose leidt tot irrationaliteit en dat daarom een beroep op ontoerekenbaarheid moet slagen. Deze opvatting komt overeen met het criterium van Mooij dat voor ontoerekeningsvatbaarheid het vermogen tot inzicht van de verdachte

⁹⁶⁵ Van Dijk 2008, p. 32.

⁹⁶⁶ Zie paragraaf 12.2.3 en 12.2.5.

⁹⁶⁷ Van Dijk 2008, p. 299. Zie ook Moore 2010, p. 606-607.

⁹⁶⁸ Morse 1994, p. 1628-1629.

moet zijn aangetast.⁹⁶⁹ Het derde subcriterium van de “standaard” voor ontoerekeningsvatbaarheid die door Meynen verdedigd is, lijkt een vergelijkbare reikwijdte te hebben. Een “totaal vertekende perceptie van de context van de handeling” zou volgens hem tot ontoerekeningsvatbaarheid moeten leiden.⁹⁷⁰ In het voorgaande is betoogd dat het enkele feit dat een waanvoorstelling een onjuiste voorstelling van de feitelijk stand van zaken oplevert, geen verschil met de “normale” verdachte is, op grond waarvan aanvaardbaar is de normen voor schulduitsluiting die voor de “normale” verdachte gelden, niet onverkort toe te passen. Ook de “normale” verdachte handelt immers soms op grond van onjuiste overtuigingen. Dat is als zodanig onvoldoende voor een geslaagd beroep op avas. De criteria van Van Dijk, Mooij en Meynen lijken ertoe te nopen de verdachten in casus B1 en B2 van alle rechtsvervolging te ontslaan, omdat zij op grond van inzichten handelen die niet stroken met de realiteit. Dat leidt tot ontoerekenbaarheid, terwijl geen strafrechtelijk relevant verschil met de “normale” verdachte bestaat. De criteria van Van Dijk, Mooij en Meynen leiden daarom tot een te ruim bereik van artikel 39 Sr.

Waanvoorstellingen kunnen ertoe leiden dat een verdachte dwaalt over de wederrechtelijkheid van het feit. Vanwege de onmogelijkheid om waanvoorstellingen te corrigeren is deze dwaling altijd verschoonbaar. Dat betekent dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de psychisch gestoorde verdachte in het geval van dwaling over de wederrechtelijkheid niet geheel kan worden beoordeeld volgens de maatstaven die voor “normale” verdachten gelden en dat hem een recht op schulduitsluiting toekomt onder omstandigheden waarin de “normale” verdachte mogelijk zou zijn veroordeeld.⁹⁷¹ Hiervóór is steeds aangenomen dat de eerste eis die geldt voor een beroep op putatieve rechtvaardiging wél kan worden toegepast op een verdachte die onder invloed van een waanvoorstelling handelt. De onmogelijkheid een waanvoorstelling te corrigeren is ten aanzien van de eerste voorwaarde geen strafrechtelijk relevant verschil met de

⁹⁶⁹ Mooij 2004, p. 122-125. Zie ook paragraaf 4.3.4. Van Dijk (2008, p. 31) stelt dat zijn opvatting inhoudelijk nauwelijks verschilt van het standpunt van Mooij. Vergelijkbare standpunten zijn verdedigd door Moore (1984, p. 243-245; 2010, p. 602-609) en Morse (2000; 2002).

⁹⁷⁰ Meynen 2013, p. 17. Zie ook Meynen 2012, p. 302. Zie ook paragraaf 4.6.

⁹⁷¹ Morse & Hoffman 2007, p. 1128-1129: ‘The culpably careless have the capacity to pay attention and to be as careful as we expect them to be, yet they have not exercised that capacity. They have failed to respect the rights and interests of their victims. Such failure is the essence of blameworthiness in our system of morality and law. Delusional defendants, on the other hand, have not simply made a mistake that could have been corrected by being more careful. They are incapable of getting the facts right because they are deluded. They are quintessential blameless in our system of morality and law.’

“normale” verdachte. Toepassing van de eerste voorwaarde voor putatieve rechtvaardiging betekent dat moet worden beoordeeld of voldaan is aan de voorwaarden van de rechtvaardigingsgrond als de waanvoorstelling waar zou zijn geweest. Onder meer moet in het geval van putatieve noodweer en putatieve overmacht als noodtoestand worden beoordeeld of voldaan zou zijn aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit als de waanvoorstelling juist zou zijn geweest. Inachtnemen van eisen van proportionaliteit en subsidiariteit vergt veel van een verdachte die in een psychose verkeert, zoals de Amerikaanse psychiater Ray al in zijn kritiek op de *M’Naghten rules* stelt:

‘This is virtually saying to a man: ‘You are allowed to be insane; the disease is a visitation of Providence, and you cannot help it; but have a care how you manifest your insanity; there must be method in your madness. Having once adopted your delusion, all the subsequent steps connected with it must be conformed to the strictest requirements of reason and propriety. [...] In short, having become fairly enveloped in the clouds of mental disorder, the law expects you will move as discreetly and circumspectly as if the undimmed light of reason were shining upon your path.’⁹⁷²

Als de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de psychisch gestoorde verdachte wordt beoordeeld, moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de belewingswereld van degene die aan een psychose lijdt, in belangrijke mate verschilt van de psychische gesteldheid waarin de gemiddelde burger handelingen verricht. Ook in verband met de eerste eis die geldt voor putatieve rechtvaardiging kan daarom soms betwijfeld worden of de normen voor schulduitsluiting die voor de “normale” verdachte gelden onverkort kunnen worden toegepast op de psychisch gestoorde verdachte. Anders dan het geval is in verband met de onderzoeksplicht, is het verschil met de “normale” verdachte echter niet dusdanig dat de eerste voorwaarde voor putatieve rechtvaardiging moet komen te vervallen.⁹⁷³ Ook de “normale” verdachte bevindt zich vaak in verwarrende, chaotische of emotioneel instabiele situaties. Zelfs in zeer nijpende omstandigheden wordt nog een strafrechtelijk verwijt gemaakt. Dat komt duidelijk naar voren in de rechtspraak over psychische overmacht. Aan verdachten die onder zeer hoge druk staan – bijvoorbeeld vrouwen die

⁹⁷² Ray 1871, p. 49.

⁹⁷³ Morse 1994, p. 1629: ‘But in any case, it is a logical error to believe that mistaken perceptions and beliefs, whether normally or abnormally generated, are more compelling in practical reasoning than accurate perceptions and beliefs. The delusionally mistaken belief of a person suffering from paranoia that she is about to be attacked and must use self-defensive force is no more “compelling” than the accurate belief of a police officer that she must use deadly force in justifiable self-defense. Both have the same survival desire and there is no reason to doubt that both experience these desires with equal intensity.’

stelselmatig en ernstig door hun partner worden mishandeld – kan vaak nog een strafrechtelijk verwijt worden gemaakt.⁹⁷⁴ Een te strikte toetsing aan bijvoorbeeld proportionaliteit en subsidiariteit bij putatieve rechtvaardiging doet in het geval van een waanvoorstelling in sommige gevallen waarschijnlijk echter onvoldoende recht aan de psychisch gestoorde verdachte. In zoverre kan een relevant verschil bestaan dat schulditsluiting aanvaardbaar maakt onder omstandigheden waarin dat niet het geval zou zijn voor de psychisch “normaal” functionerende verdachte. Als stelregel kan worden genomen dat bij putatieve rechtvaardiging als gevolg van een waanvoorstelling slechts wordt toegerekend als de gedraging van de verdachte in het licht van zijn waanvoorstelling evident disproportioneel was en hij een duidelijk gedragsalternatief had. In grensgevallen volgt ontoerekenbaarheid. De verdachte die een ander doodt omdat hij door een waanvoorstelling zich ergert aan vermeende treiterijen (casus B1), handelt echter evident disproportioneel en heeft ook binnen zijn waanvoorstelling duidelijke gedragsalternatieven.

13.3.2.2 Wensen en ontoerekenbaarheid

Net als overtuigingen zijn wensen constitutief voor de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid, zij het dat zij daarbij een minder grote rol spelen. Aan een strafrechtelijk relevante gedraging moet menselijk gedrag ten grondslag liggen dat zich laat verklaren in termen van wensen en overtuigingen. Voor veroordeling voor een *doleus delict* moeten de wensen van de verdachte ten minste in voorwaardelijke zin op de strafbare stand van zaken gericht zijn geweest.⁹⁷⁵ Als de wensen van de verdachte samenhangen met een stoornis, rijst de vraag of daarin mogelijk een strafrechtelijk relevant verschil met de “normale” verdachte is gelegen, dat aanvaardbaar maakt dat de normen voor schulditsluiting die voor de “normale” verdachte gelden, niet onverkort op de psychisch gestoorde verdachte worden toegepast.

Pedofilie is een voorbeeld van een stoornis waarbij de wensen van de verdachte gestoord zijn. In de *DSM-5* wordt pedofilie (*pedofilic disorder*) onder andere gekarakteriseerd als de intense fantasie over of de aandrang (*urge*) tot seksueel contact met een prepuberaal kind.⁹⁷⁶ Dit impliceert de wens tot seksueel contact met kinderen. Omdat die wens in de maatschappij niet als een aanvaardbare wens wordt beschouwd, kan pedofilie worden geïnterpreteerd als een afwijking van de veronderstellingen van *folk psychology* over “normale” wensen. Pedofilie kwalificeert daarom als stoornis in de zin van artikel 39 Sr.

⁹⁷⁴ Zie bijvoorbeeld Rb. Breda 28 juni 2004, LJN AP4512; Rb. Rotterdam 13 februari 2007, LJN AZ8675; Rb. Almelo 13 maart 2012, LJN BV8659. Zie ook De Hullu 2015, p. 302-303; Kelk/De Jong 2013, p. 344-345.

⁹⁷⁵ Zie paragraaf 12.2.3.

⁹⁷⁶ APA 2013, p. 697.

Overgaan tot vervulling van de wens tot seksueel contact met minderjarigen levert een strafbaar feit op. Ontucht met een minderjarige is strafbaar gesteld in artikel 244, 245 en 247 Sr. Het enkele feit dat pedofilie gepaard gaat met wensen die bij vervulling een strafbaar feit opleveren, is echter geen strafrechtelijk relevant verschil met de “normale” verdachte dat aanvaardbaar maakt de normen voor schulditsluiting die voor de “normale” verdachte gelden, niet onverkort op de psychisch gestoorde verdachte toe te passen.⁹⁷⁷ Doleuze delicten impliceren immers de (voorwaardelijke) wens dat de strafbaar gestelde stand van zaken intreedt. *Iedereen* die veroordeeld wordt voor een opzettelijk gepleegd delict heeft de (voorwaardelijke) wens om een strafbaar feit te plegen. De wens om seksueel contact met kinderen te hebben is daarom *als zodanig* geen relevant verschil met de “normale” verdachte, op grond waarvan ontoerekenbaarheid kan worden aangenomen. Wel rijst de vraag of het voor degene die aan pedofilie lijdt *moeilijker* is om zich aan de wet te houden dan voor de “normale” verdachte en of daarin een relevant verschil is gelegen dat schulditsluiting aanvaardbaar maakt onder omstandigheden waarin dat niet het geval zou zijn voor de psychisch “normaal” functionerende verdachte. Deze vraag wordt verderop onder ogen gezien.⁹⁷⁸

Wensen die afwijken van de wensen die in de maatschappij voor aanvaardbaar of “normaal” worden gehouden, zijn geen grond voor ontoerekenbaarheid. Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid is juist constitutief dat de verdachte een onaanvaardbare wens verwezenlijkt door een strafbare gedraging te plegen. Het enkele feit dat een onaanvaardbare wens *ook* symptoom van een psychische stoornis is, is geen relevant verschil met de “normale” verdachte.

13.3.2.3 Emoties en ontoerekenbaarheid

Strafrechtelijke aansprakelijkheid is in de eerste plaats gebaseerd op de overtuigingen van de verdachte en in mindere mate op zijn wensen. Emoties zijn niet constitutief voor strafrechtelijke aansprakelijkheid, maar kunnen onder omstandigheden leiden tot kwalificatie als een delict met een lagere strafbedreiging of – in het geval van noodweerexces – tot schulditsluiting.⁹⁷⁹

Veel gedragingen die in het Wetboek van Strafrecht strafbaar zijn gesteld, gaan vaak gepaard met hevige en ongebruikelijke emoties die de meeste mensen nooit zullen ervaren. Maar weinig mensen plegen in koelen bloede een geweldsdelict. Het enkele feit dat een gedraging gepaard gaat met

⁹⁷⁷ Van Dijk 2008, p. 32: ‘Het enkele feit dat een actor beschikt over onredelijke verlangens leidt uiteraard niet tot ontoerekeningsvatbaarheid. In dat geval zou geen onderscheid gemaakt kunnen worden tussen normale en gestoorde misdadigers.’

⁹⁷⁸ Zie paragraaf 13.3.4.

⁹⁷⁹ Zie paragraaf 12.2.3.

een emotie die zich in alledaagse omstandigheden niet snel zal voordoen, staat niet in de weg aan het aannemen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Op zichzelf is het daarom geen relevant verschil met de “normale” verdachte dat een stoornis gepaard gaat met onalledaagse emoties. Zolang de gedraging van de verdachte gepaard gaat met de voor het bewijs van de subjectieve bestanddelen noodzakelijke wensen en overtuigingen, kan strafrechtelijke aansprakelijkheid worden aangenomen.

Stoornissen in de *DSM-5* die betrekking hebben op de emotionele gesteldheid van de verdachte lijken bovendien vooral gedefinieerd te worden door de duur waarin een bepaalde emotionele toestand optreedt. Een manische episode van een bipolaire stoornis kan bijvoorbeeld tot roekeloos rijgedrag leiden. Een manische episode wordt onder meer gekarakteriseerd door een abnormale en voortdurende opgetogen, euforische of prikkelbare gemoedstoestand (*abnormally and persistently elevated, expansive, or irritable mood*) die ten minste een week en vrijwel iedere dag het grootste deel van de dag aanhoudt.⁹⁸⁰ Als de abnormale emotionele toestand van een verdachte die in een manische episode roekeloos rijdt en een verkeersongeval veroorzaakt (artikel 6 VVW), *tentijde van het delict* niet wezenlijk verschilt van bijvoorbeeld een overdreven euforische, maar kortdurende gemoedstoestand bij een “normale” verdachte die hetzelfde delict pleegt, bestaat geen strafrechtelijk relevant verschil op grond waarvan schulduitsluiting aanvaardbaar is. Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid is de psychische gesteldheid ten tijde van het delict doorslaggevend, zoals hierna meer uitvoerig wordt besproken.⁹⁸¹ Als de duur waarin een bepaalde emotie optreedt in belangrijke mate bepalend is om die emotie te classificeren als pathologisch, dan levert die stoornis geen strafrechtelijk relevant verschil met de “normale” verdachte op, op grond waarvan aanvaardbaar is de normen voor schulduitsluiting die voor de “normale” verdachte gelden niet onverkort op de psychisch gestoorde verdachte toe te passen.

In ten minste één situatie kunnen emoties die onder invloed van een stoornis ontstaan grond voor schulduitsluiting van de psychisch gestoorde verdachte zijn. Waanvoorstellingen kunnen gepaard gaan met hevige emoties.⁹⁸² Het is denkbaar dat de verdachte in casus B3 hevige angst ervaart en daardoor ook binnen zijn waanvoorstelling disproportioneel handelt door het slachtoffer dodelijk letsel toe te brengen:

- B3 Een verdachte die aan een waanvoorstelling lijdt pleegt doodslag. Het slachtoffer is een vermeende achtervolger die op het punt staat hem van het leven te beroven. Uit zelfverdediging moet de verdachte ingrijpen.

⁹⁸⁰ APA 2013, p. 124.

⁹⁸¹ Zie paragraaf 13.6.

⁹⁸² APA 2013, p. 95.

Voor zover de verdachte door een hevige gemoedsbeweging de grenzen van de binnen zijn waanvoorstelling noodzakelijke verdediging overschrijdt, ontstaat een situatie die vergelijkbaar is met putatief noodweerexces.⁹⁸³ Het strafrechtelijk relevante verschil met de “gewone” verdachte is in dat geval niet gelegen in het feit dat de verdachte een hevige emotie ervaart, maar in het feit – zoals hiervoor is betoogd – dat de waanvoorstelling niet vatbaar is voor correctie en dat op die grond van deze verdachte niet gevergd kan worden te onderzoeken of daadwerkelijk sprake is van een noodweersituatie. Als de verdachte niet onder invloed van bijvoorbeeld angst disproportioneel handelt, maar onder invloed van kille wraakzucht, dan is het niet aanvaardbaar om de verdachte anders te behandelen dan de “normale” verdachte. De “normale” verdachte kan zich immers niet beroepen op putatief noodweerexces als hij uit wraakzucht de grenzen van de (vermeend) noodzakelijke verdediging overschrijdt.⁹⁸⁴ Als hetzelfde motief voortvloeit uit een waanvoorstelling, bestaat geen grond de verdachte anders te behandelen.

13.3.3 Rationaliteit en ontoerekenbaarheid

Ten aanzien van de “normale” verdachte geldt het uitgangspunt dat hij voldoende rationeel handelt om strafrechtelijk aansprakelijk te kunnen worden gehouden voor zijn gedrag. Als de praktische rede van de verdachte ten tijde van het delict niet normaal functioneert, is sprake van een stoornis in de zin van artikel 39 Sr.⁹⁸⁵

Een inadequaat vermogen tot praktisch redeneren is niet alleen in het kader van artikel 39 Sreenmogelijke grondvooruitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Artikel 486 Sv bepaalt dat niemand voor een strafbaar feit vervolgd kan worden dat begaan is voordat hij de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt. Deze ondergrens voor strafrechtelijke aansprakelijkheid is vormgegeven als een algemene vervolgingsuitsluitingsgrond. Hoewel de vervolgingsuitsluitingsgrond van artikel 486 Sv is opgenomen in het Wetboek van Strafvordering, berust hij op het materieelrechtelijke uitgangspunt dat kinderen jonger dan twaalf jaar niet strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden. Uit de wetsgeschiedenis blijkt van een nauwe samenhang tussen de vervolgingsuitsluitingsgrond van artikel 486 Sv en ontoerekenbaarheid. Aanvankelijk is in het Wetboek van Strafrecht een leeftijd jonger dan tien jaar als een algemene vervolgingsuitsluitingsgrond

⁹⁸³ Putatieve schulduitsluitingsgronden die voortvloeien uit feitelijke dwaling worden in de literatuur als mogelijkheid erkend. (Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 176; De Hullu 2015, p. 364-365 (voetnoot 452); Kelk/De Jong 2013, p. 380; Strijards 1987, p. 118-119.)

⁹⁸⁴ De Hullu 2015, p. 328; Kelk/De Jong 2013, p. 373; Machielse 1986, p. 677. Zie ook Rb. Limburg 31 mei 2013, LJN CA1648.

⁹⁸⁵ Zie paragraaf 12.2.5.

in artikel 38 (oud) Sr opgenomen, direct na artikel 37 (oud) Sr (ontoerekenbaarheid).⁹⁸⁶ In de memorie van toelichting bij het Wetboek van Strafrecht wordt met instemming verwezen naar een psychologisch advies dat in het kader van de invoering van het toenmalige Duitse Strafgesetzbuch was gegeven, waaruit overtuigend zou blijken:

‘[...] dat bij kinderen onder de tien of twaalf jaren normaal van geene eigenlijk vrije wilsbepaling, van geen juist inzicht in hetgeen goed of kwaad, geoorloofd of ongeoorloofd, regt of onregt is, alzoo van geene strafregtelijke toerekeningsvatbaarheid, van geen oordeel des onderscheids, naar den bij ons geijkten term, de rede kan zijn.’⁹⁸⁷

Volgens het Wetboek van Strafrecht zoals dat in 1886 wordt ingevoerd, moet de rechter bij kinderen tussen de tien en de zestien jaar onderzoeken of deze met “oordeel des onderscheids” hebben gehandeld (artikel 39 (oud) Sr). Dit “oordeel des onderscheids” wordt in de memorie van toelichting als volgt beschreven:

‘[...] hij die den leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, [kan] niet ter zake van eenig strafbaar feit worden veroordeeld zoolang niet is onderzocht en overtuigend gebleken, dat hij dit feit met oordeel des onderscheids heeft gepleegd, dat hij er de gevolgen van heeft kunnen berekenen en genoegzaam ontwikkeld was om er het strafbaar karakter van te kunnen beseffen.’⁹⁸⁸

Tussen 1905 en 1965 geldt geen algemeen ondergrens voor vervolgbaarheid.⁹⁸⁹ In 1965 wordt de jeugdige leeftijd als vervolgingsuitsluitingsgrond opnieuw ingevoerd, nu met twaalf jaar als ondergrens.⁹⁹⁰ Ook nu wordt in de wetsgeschiedenis een vergelijking gemaakt met ontoerekenbaarheid:

⁹⁸⁶ Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 383-384.

⁹⁸⁷ Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 385-386.

⁹⁸⁸ Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 386.

⁹⁸⁹ *Stb.* 1901, 63. In de handboeken die in die periode verschijnen, worden verschillende standpunten ingenomen over de vraag of in uitzonderingsgevallen ontoerekenbaarheid uitsluitend – ook indien geen stoornis wordt vastgesteld – op grond van de jeugdige leeftijd van de verdachte mag worden aangenomen. Zevenbergen (1924, p. 148-149) en Van Hattum (1953, p. 341-343) laten die mogelijkheid open. Pompe (1959, p. 200-202) stelt weliswaar dat een beroep op ontoerekenbaarheid is uitgesloten, maar dat op grond van het beginsel “geen straf zonder schuld” geen straf mag worden opgelegd. Van Hamel (1913, p. 401-402) en Simons (1927, p. 216-218) stellen dat de wetgever strafuitsluiting op grond van jeugdige leeftijd door het schrappen van artikel 38 en 39 (oud) Sr heeft uitgesloten.

⁹⁹⁰ *Stb.* 1961, 402. In de jaren negentig van de vorige eeuw is de bepaling overgebracht naar het Wetboek van Strafvordering. (*Stb.* 1994, 528.)

‘Dit betekent een gedeeltelijke terugkeer naar het systeem van het vóór 1901 geldende kinderstrafrecht. Men kan de voorgestelde bepaling beschouwen als een wettelijk niet-weerlegbaar vermoeden van niet-toerekeningsvatbaarheid op grond van jeugdige leeftijd.’⁹⁹¹

Vanzelfsprekend ligt aan het onweerlegbare “vermoeden van niet-toerekeningsvatbaarheid” ten aanzien van kinderen jonger dan twaalf jaar, niet de veronderstelling ten grondslag dat ieder kind jonger dan twaalf jaar aan een psychische stoornis lijdt. Zoals uit de geciteerde passages uit de memorie van toelichting bij het Wetboek van Strafrecht blijkt, moet de grondslag worden gezocht in het feit dat de ontwikkeling van kinderen jonger dan twaalf jaar in het algemeen onvoldoende gevorderd is om strafrechtelijk aansprakelijk te kunnen zijn.⁹⁹² Dat vloeit voort uit de voorwaarden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het strafrecht richt zich tot burgers met ten minste een basaal vermogen tot praktisch redeneren. Een dergelijk vermogen is bij een pasgeboren kind duidelijk afwezig en ontwikkelt zich in de loop der jaren.⁹⁹³ Vanaf de leeftijd van (tegenwoordig) twaalf jaar wordt – in de hiervóór aangehaalde woorden van de memorie van toelichting – verondersteld dat iemand die een delict pleegt ‘[...] er de gevolgen van heeft kunnen berekenen en genoegzaam ontwikkeld was om er het strafbaar karakter van te kunnen beseffen.’ Het niet-weerlegbaar vermoeden van ontoerekenbaarheid slaat dan om in een weerlegbaar vermoeden van toerekenbaarheid.

Het vermogen tot praktisch redeneren dat voor strafrechtelijke aansprakelijkheid vereist is, is basaal. Kinderen van twaalf jaar of ouder worden al verondersteld aan de eisen te voldoen. Het ligt daarmee lager dan het niveau dat bij de gemiddelde volwassen burger mag worden verondersteld. Tegelijkertijd lijkt het “oordeel des onderscheids” meer te vereisen dan slechts een oppervlakkig besef van de strafbaarheid van het feit. De Kamercommissie die rapporteert over het Wetboek van Strafrecht wijst

⁹⁹¹ *Kamerstukken II* 1955/56, 4141, nr. 3, p. 10.

⁹⁹² Bol 1991, p. 15-16; De Hullu 2015, 114-115. De herinvoering van de algemene ondergrens van twaalf jaar in 1965 is voorafgegaan door een uitvoerige discussie in de Staten-Generaal en in de strafrechtelijke literatuur over de vraag of het wenselijk was een algemene ondergrens te hanteren en zo ja, waar die getrokken zou moeten worden. (Zie voor een weergave van die discussie: Bol 1991, p. 8-14.) Volgens Brand (2001, p. 99, 111) sluit de ondergrens van twaalf jaar goed aan bij wat bekend is uit de ontwikkelingspsychologie over de ontwikkeling van het denkvermogen en het vermogen tot empathie en schuldbeleving op die leeftijd. (Anders: Bol 1991, p. 132-135.)

⁹⁹³ Voor minderjarigen en adolescenten geldt het aangepaste sanctierecht van titel VIIa Sr. Het jeugd- en adolescentenstrafrecht is gebaseerd op de (doorgaans) nog onvoltooide ontwikkeling van jeugdigen en jongvolwassenen. (*Kamerstukken II* 1897/98, 129, nr. 3, p. 7; 2012/13, 33498, nr. 3, p. 2, 12-13.)

erop dat het “oordeel des onderscheids” een dieper gaand inzicht vereist. Minister Modderman kan zich daarin vinden:

‘In de opvatting der Commissie wordt door den Minister gedeeld. Reeds het 4- à 5jarig kind weet soms dat het dit of dat niet doen mag; men hoort zulk een kind wel eens uit eigen beweging zeggen: ‘ik heb het gedaan, maar zal het niet weêr doen.’ Daaruit volgt echter volstrekt niet, dat het “oordeel des onderscheids” zou hebben. “Oordeel des onderscheids” is eenvoudig de bijzondere naam van de toerekeningsvatbaarheid, wanneer deze, à priori, wegens jeugdigen leeftijd, twijfelachtig was. Het is dan aanwezig, wanneer het kind het vermogen bezit om te begrijpen, dat zijne subjectieve neigingen aan de objectieve orde moeten onderworpen zijn. Bij een kind beneden de tien jaren zoodanig vermogen aan te nemen is ongerijmd.’⁹⁹⁴

In deel II is besproken dat de *M’Naghten rules* in sommige Amerikaanse jurisdicties te streng worden gevonden, omdat *insanity* onder de *rules* slechts zou mogen worden aangenomen als de verdachte niet beseftte dat het feit *wrong* was. Net als kinderen vanaf een zekere leeftijd, hebben psychisch gestoorde verdachten echter meestal wel een beperkt en oppervlakkig besef van wat strafbaar is en wat niet, maar alléén dat oppervlakkige besef zou onvoldoende zijn om hen aansprakelijk te houden. In de Model Penal Code is daarom gekozen voor een bredere formulering. De verdachte moet niet hebben kunnen *begrijpen* (*appreciate*) dat zijn handelen wederrechtelijk (*illegal*) was. De *M’Naghten rules* worden meestal ook in deze brede zin geïnterpreteerd.⁹⁹⁵ Het “oordeel des onderscheids” zoals dat door de Kamercommissie en de minister wordt geïnterpreteerd, lijkt goed te kunnen worden vergeleken met het begrip van de wederrechtelijkheid dat de Model Penal Code vereist en de wijze waarop de *M’Naghten rules* meestal worden geïnterpreteerd.⁹⁹⁶

Stoornissen in de ontwikkeling van de verdachte kunnen ertoe leiden dat diens vermogen tot praktisch redeneren onder de strafrechtelijke norm is.⁹⁹⁷ In de *DSM-5* lijkt vooral de intellectuele ontwikkelingsstoornis

⁹⁹⁴ Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 400.

⁹⁹⁵ Zie paragrafen 6.3.4.1, 9.2 en 9.3.3.2.

⁹⁹⁶ Een interessante parallel is dat de Kamercommissie (Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 400) naar artikel 22 van de Bill to establish a Code of offences for England and Ireland verwijst, dat luidde: ‘No person shall be convicted of an offence by reason of an act or omission of such person when of the age of *seven*, but under the age of *fourteen years* [cursivering in origineel], unless he was competent to know the nature and consequence of his conduct, and to *appreciate* [cursivering JB] that it was wrong.’

⁹⁹⁷ Brand (2001) koppelt de fases van ontwikkeling van kind naar volwassene aan vijf graden van toerekeningsvatbaarheid. (Zie paragraaf 4.3.3.)

(*intellectual development disorder*) daarvoor in aanmerking te kunnen komen. Een intellectuele ontwikkelingsstoornis houdt in dat sprake is van gebreken in de intellectuele capaciteiten, zoals het vermogen om te redeneren, problemen op te lossen, abstract te denken en te oordelen. Een gevolg daarvan is dat iemand niet voldoet aan socioculturele eisen van persoonlijke onafhankelijkheid en sociale verantwoordelijkheid.⁹⁹⁸ Het is verleidelijk om stoornissen van het vermogen tot praktisch redeneren te koppelen aan de “gebrekkige ontwikkeling” zoals die in artikel 39 Sr wordt genoemd.⁹⁹⁹ Niet alleen ontwikkelingsstoornissen raken echter de praktische rede van de verdachte. Goed denkbaar is dat een stoornis van de praktische rede niet het gevolg is van achterblijvende ontwikkeling. Dementie tast het vermogen tot praktisch redeneren aan en ook schizofrenie kan gepaard gaan met stoornissen in het denkvermogen (*disorganized thinking*).¹⁰⁰⁰ Ten aanzien van kinderen die pas net de leeftijd van twaalf gepasseerd zijn, is het overigens aannemelijk dat die vaker (nog) niet over het vereiste niveau van praktisch redeneren zullen beschikken dan een volwassene en dus relatief vaker aan een stoornis in de zin van artikel 39 Sr zullen lijden. Bij de berechting van jonge verdachten zou daarmee rekening moeten worden gehouden.

Het strafrechtelijk relevante verschil tussen de “normale” verdachte en de verdachte met (bijvoorbeeld) een intellectuele ontwikkelingsstoornis, is niet het enkele feit dat het intellectuele niveau van de psychisch gestoorde verdachte onder dat van een gemiddeld kind van twaalf jaar ligt. Alléén de vaststelling dat de praktische rede van de verdachte ten tijde van het delict abnormaal functioneert en hij dus aan een stoornis in de zin van artikel 39 Sr lijdt, is onvoldoende om ontoerekenbaarheid aan te nemen. Het “oordeel des ondersheids” zoals dat in de hiervóór aangehaalde citaten uit de wetsgeschiedenis wordt gedefinieerd, veronderstelt dat de “normale” verdachte in staat is het strafbare karakter – de wederrechtelijkheid – van een gedraging te begrijpen.¹⁰⁰¹ Daarvoor is méér vereist dan slechts een oppervlakkig algemeen besef dat bijvoorbeeld moord bestraft wordt. Een verdachte moet ten minste een basaal begrip hebben van het feit

⁹⁹⁸ APA 2013, p. 33.

⁹⁹⁹ Zie bijvoorbeeld Brand 2001, p. 185.

¹⁰⁰⁰ APA 2013, p. 88.

¹⁰⁰¹ In het hiervóór aangehaalde citaat uit de memorie van toelichting bij het Wetboek van Strafrecht wordt niet alleen het inzicht in de wederrechtelijkheid van het feit genoemd als criterium voor het “oordeel des ondersheids”, maar dient de verdachte ook de gevolgen ervan hebben kunnen “berekenen”. In het citaat van Modderman is de laatste eis niet opgenomen. Inzicht in de gevolgen van een gedraging keert terug in veel oudere criteria voor ontoerekenbaarheid. (Zie paragraaf 2.4.2.) Net als het eerste subcriterium van de *M’Naghten rules* is een dergelijk criterium overbodig als subcriterium voor ontoerekenbaarheid. (Zie paragraaf 11.3.) De verdachte die geen inzicht in de gevolgen van zijn gedrag heeft, heeft per definitie geen inzicht in de wederrechtelijkheid ervan.

dat handelingen in een sociale context plaatsvinden en dat zij juridische implicaties kunnen hebben. Hij moet hebben kunnen doorgronden dat de gevolgen van een voorgenomen gedraging tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen leiden. De verdachte moet daarom concepten zoals verantwoordelijkheid en straf begrijpen en voldoende in staat zijn algemene regels op zijn (voorgenomen) gedrag toe te passen om het strafbare karakter van zijn gedraging te kunnen begrijpen.¹⁰⁰² Van een strafrechtelijk relevant verschil met de “normale” verdachte is daarom pas sprake als de stoornis van de verdachte tot gevolg heeft dat hij door zijn beperkt ontwikkeld vermogen tot praktisch redeneren de wederrechtelijkheid van het feit niet kan begrijpen. In dat geval moet een beroep op ontoerekenbaarheid slagen.

Een uitspraak van het Gerechtshof Den Haag van 29 april 2011 biedt een duidelijk voorbeeld van een zaak waarin een oppervlakkig besef van het strafbare karakter van een gedraging onvoldoende is om het beroep op ontoerekenbaarheid te verwerpen. Gedragsdeskundigen hebben geconcludeerd tot sterk verminderde toerekeningsvatbaarheid, omdat de verdachte zich ‘[...] iets heeft gerealiseerd van het kwaad dat zij haar zoontje aandeed.’ Het gerechtshof neemt niettemin ontoerekenbaarheid aan:

‘Blijkens het reeds aangehaalde PBC rapport ontstijgt het verstandelijk functioneren van de verdachte het kleuterniveau niet. De verdachte ziet het onderscheid tussen goed en kwaad en fantasie en werkelijkheid niet. Ook ziet zij geen verband tussen oorzaak en gevolg. Dit blijkt mede uit haar gedrag met betrekking tot de dood van haar zoon; zij lijkt niet te beseffen dat zijn dood onomkeerbaar is. Zo blijkt uit het voornoemde rapport van het NIFP (p. 27 en 28) dat de verdachte na de dood van haar zoontje met een schepje naar zijn graf ging, omdat zij bang was dat hij er levend in lag en er niet uit kon.’¹⁰⁰³

Het is denkbaar dat een verdachte over voldoende intellectuele capaciteiten beschikt om het wederrechtelijke karakter van een moord te kunnen begrijpen, maar niet van een conceptueel gecompliceerder delict als de onttrekking van een minderjarige aan het wettig over hem gestelde gezag (artikel 279 Sr). Slechts ten aanzien van verdachten die over een zeer ernstig beperkt vermogen tot praktisch redeneren beschikken, kan op voorhand worden gezegd dat geen enkel feit kan worden toegerekend. Gedacht kan worden aan de verdachte in het bovenstaande citaat, wier verstandelijk

¹⁰⁰² Zie ook Morse 2000, p. 255.

¹⁰⁰³ Hof Den Haag 29 april 2011, LJN BR5072. Overigens kan in deze zaak de vraag worden opgeworpen of de verdachte wel opzet had op het van het leven beroven van haar zoon, omdat zij geen besef van oorzaak en gevolg heeft en niet lijkt te beseffen dat de dood onomkeerbaar is. (Zie paragraaf 13.5.)

functioneren het kleuterniveau niet overstijgt, maar ook aan dementie in een vergevorderd stadium.¹⁰⁰⁴

Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de “normale” verdachte hoeft niet te worden aangetoond dat hij begreep dat hij wederrechtelijk handelde. Opzet (“boos opzet”) op of besef van de wederrechtelijkheid is bij de meerderheid van de delicten geen voorwaarde voor strafbaarheid. Het strafrechtelijke opzetbegrip is volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad “kleurloos”.¹⁰⁰⁵ De vraag rijst daarom waarom het aanvaardbaar is de psychisch gestoorde verdachte van alle rechtsvervolging te ontslaan als hij niet kon begrijpen dat hij wederrechtelijk handelde.

Van veel commune strafbaarstellingen zoals moord, doodslag en mishandeling kan worden aangenomen dat vrijwel iedereen weet dat het plegen van de door die strafbaarstellingen bestreken handelingen wederrechtelijk is en dat het vereisen van bewijs van opzet op de wederrechtelijkheid om die reden overbodig is.¹⁰⁰⁶ Sinds de opkomst van soms gecompliceerde ordeningswetgeving in de loop van de twintigste eeuw, is de fictie dat iedere burger geacht kan worden de wet te kennen echter problematisch geworden.¹⁰⁰⁷ Gesteld zou kunnen worden dat deze fictie vervangen is door het uitgangspunt dat iedere burger ten minste de wet *kan* kennen. Wet- en regelgeving worden gepubliceerd en de burger kan juridisch advies over de reikwijdte van die wet- en regelgeving inwinnen. Als een verdachte zich voldoende heeft ingespannen om te achterhalen of zijn gedraging strafbaar is en als hij tóch dwaalt over de wederrechtelijkheid, kan hij zich met succes beroepen op afwezigheid van alle schuld wegens verschoonbare rechtsdwaling.¹⁰⁰⁸ Besef van of opzet op de wederrechtelijkheid van het feit

¹⁰⁰⁴ Het is ook denkbaar dat een verdachte zo beperkt in staat is tot rationeel handelen, dat hij niet opzettelijk *kán* handelen. Zeer ernstige ontwikkelingsstoornissen of vergevorderde dementie lijken iedere vorm van strafrechtelijk relevant gedrag onmogelijk te maken.

¹⁰⁰⁵ HR 18 maart 1952, *NJ* 1952, 314 m.nt. Röling; HR 24 april 2004, *NJ* 2007, 544 m.nt. Buruma, r.o. 3.3. Zie ook Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 100-101; Van Dijk 2008, p. 366-367; Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 226-228; De Hullu 2015, p. 222-226; Kelk/De Jong 2013, p. 256-258. Een uitzondering zijn delicten waarin na het bestanddeel “opzettelijk” het bestanddeel “wederrechtelijk” in de delictsomschrijving is opgenomen, terwijl zij niet verbonden zijn door het voegwoord “en”. In dat geval moet wél worden bewezen dat het opzet gericht was op de wederrechtelijkheid. (HR 18 maart 1952, *NJ* 1952, 314 m.nt. Röling.)

¹⁰⁰⁶ Smidt & Smidt (red.) 1891a, p. 77: ‘De wet stempele dus alleen als misdrijf opzettelijk gepleegde handelingen, van welke het ieder normaal ontwikkeld mensch duidelijk moet zijn dat zij in strijd zijn met de zedelijke en maatschappelijke orde.’

¹⁰⁰⁷ Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 101; Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 227; De Hullu 2015, p. 223; Kelk/De Jong 2013, p. 257-258.

¹⁰⁰⁸ HR 4 april 2006, *NJ* 2007, 144 m.nt. Schalken, r.o. 6.3: ‘Voor het slagen van een beroep op afwezigheid van alle schuld wegens dwaling ten aanzien van de wederrechtelijkheid van het bewezenverklaarde feit is vereist dat aannemelijk is dat

hoeft dus niet bewezen te worden, maar verschoonbare dwaling over de wederrechtelijkheid kan wel tot ontslag van alle rechtsvervolging leiden.¹⁰⁰⁹ Voldoende voor strafrechtelijke aansprakelijkheid is daarom tegenwoordig dat de verdachte *had kunnen* begrijpen dat hij wederrechtelijk handelde, ook al beseftte hij *feitelijk* niet dat zijn gedraging wederrechtelijk was. Slechts als aan een onderzoeksplicht is voldaan, kan feitelijk ontbreken van besef van de wederrechtelijkheid tot avas leiden.

Aan de verdachte die dwaalt over de wederrechtelijkheid van het feit als gevolg van een inadequaat functioneren van de praktische rede, kan geen onderzoeksplicht worden opgelegd. Het vermogen tot praktisch redeneren van deze verdachte is zodanig gestoord, dat hij – als hij al begrijpt wat bedoeld wordt met de concepten “regel” en “straf” – niet zal kunnen doorgronden dat en waarom zijn gedrag strafbaar is, zoals kinderen jonger dan twaalf jaar dat doorgaans ook in onvoldoende mate kunnen. Omdat het bestuderen van wet- en regelgeving en inwinnen van juridisch advies betekenisloos is voor de verdachte met een ernstige intellectuele beperking (en voor jonge kinderen), of in ieder geval een onevenredig zware belasting zou betekenen, is het aanvaardbaar hem te ontslaan van de onderzoeksplicht die voor “normale” verdachten geldt.¹⁰¹⁰ Onvoldoende is echter dat hij *feitelijk* niet begreep dat zijn gedrag strafbaar was. Om in aanmerking te komen voor schulditsluiting, moet zijn praktische rede dusdanig gestoord zijn dat hij niet alleen feitelijk niet begreep dat het feit wederrechtelijk was, maar ook dat hij na nader onderzoek niet *had kunnen* begrijpen dat het feit wederrechtelijk was. Pas als een verdachte niet *kon* begrijpen dat zijn gedrag strafbaar was, bestaat een relevant verschil met de verdachte die ten tijde van het delict over een voor strafrechtelijke aansprakelijkheid voldoende ontwikkeld vermogen tot praktisch redeneren beschikt. Op grond van dit verschil is in dat geval aanvaardbaar de onderzoeksplicht die voor de “normale” verdachte geldt, niet op de psychisch gestoorde verdachte toe te passen.

de verdachte heeft gehandeld in een verontschuldigbare onbewustheid ten aanzien van de ongeoorloofdheid van de hem verweten gedragen. (vgl. HR 23 mei 1995, *NJ* 1995, 631). Daarvan kan sprake zijn als de verdachte is afgegaan op het advies van een persoon of instantie aan wie of waaraan zodanig gezag valt toe te kennen dat de verdachte in redelijkheid op de deugdelijkheid van het advies mocht vertrouwen (vgl. HR 13 december 1960, *NJ* 1961, 416).’ Zie ook HR 22 november 1949, *NJ* 1950, 180 m.nt. Röling; HR 18 maart 2003, *NJ* 2004, 491 m.nt. Buruma, r.o. 5.3; HR 9 maart 2004, *NJ* 2004, 675 m.nt. Mevis & De Lange, r.o. 3.5. Zie ook Borgers 2011, p. 148-151; Van Dijk 2008, p. 78-80; De Hullu 2015, p. 365-369.

¹⁰⁰⁹ Zie ook paragraaf 13.3.2.1.

¹⁰¹⁰ Van Dijk 2008, p. 80-81: ‘Normaal ontwikkelde volwassenen beschikken over het vermogen de voor normconform gedrag benodigde kennis te verwerven. Bij zwakzinnigen, jeugdigen of demente ouderen gaat deze vooronderstelling niet zonder meer op. Zwakzinnigen zullen zich in de regel op ontoerekeningsvatbaarheid kunnen beroepen. Kinderen die de leeftijd van twaalf jaar nog niet hebben bereikt, kunnen niet strafrechtelijk worden vervolgd. Buiten deze gevallen staat alleen een beroep op avas open.’

13.3.4 Mentale causaliteit en ontoerekenbaarheid

Aan strafrechtelijke aansprakelijkheid ligt ten grondslag dat de wensen en overtuigingen van een verdachte in causaal verband staan met zijn gedragingen. Een stoornis van het vermogen om wensen en overtuigingen in gedrag te vertalen, is daarom een stoornis in de zin van artikel 39 Sr. Het vermogen om mentale toestanden in gedrag om te zetten – mentale causaliteit – is gestoord als wensen en overtuigingen niet op normale wijze in verband staan met gedrag.¹⁰¹¹ In deze paragraaf wordt onderzocht in hoeverre een stoornis van het vermogen om mentale toestanden op normale wijze in gedrag om te zetten, aanvaardbaar kan maken de normen voor schulditsluiting die voor de “normale” verdachte gelden, niet onverkort op de psychisch gestoorde verdachte toe te passen.

Ook ten aanzien van de “normale” verdachte kan het vermogen om wensen en overtuigingen op normale wijze in gedrag om te zetten zijn aangetast. De oorzaak daarvan is geen psychische stoornis, maar een van buiten komende drang, bijvoorbeeld een dreigement. Voor schulditsluiting op grond van psychische overmacht geldt het criterium dat de verdachte moet hebben gehandeld onder invloed van een van buiten komende drang waaraan hij redelijkerwijs geen weerstand kon en ook niet hoefde te bieden.¹⁰¹² Dit criterium bevat een normatieve en een psychologische component.¹⁰¹³ De psychologische component houdt in dat de van buiten komende drang het voor de verdachte zeer moeilijk maakt om niet te kiezen voor het plegen van het strafbare feit. De normatieve component heeft betrekking op de aard van de drang. Niet *iedere* van buiten komende drang levert psychische overmacht op. Aan een groot aantal neigingen die door druk van buiten ontstaan moeten burgers weerstand bieden. Men moet zich bijvoorbeeld verzetten tegen de drang om een bank te beroven om een vakantie te kunnen betalen.

Psychische overmacht onderscheidt zich van absolute overmacht doordat de verdachte niet fysiek gedwongen wordt het delict te plegen. De verdachte die onder bedreiging van een pistool een strafbaar feit pleegt, kan ervoor kiezen de wet niet te overtreden. Vanwege de mogelijk verstrekkende consequenties van die keuze, is meestal verontschuldigbaar dat hij er in die situatie voor kiest om toe te geven aan de drang en een strafbaar feit te plegen.¹⁰¹⁴ De verdachte die uit psychische overmacht handelt, kiest ervoor om het feit te plegen, omdat de gevolgen van niet-plegen voor hem te nadelig zijn. Als de van buiten komende drang niet zou hebben bestaan, dan zou hij de

¹⁰¹¹ Zie paragraaf 12.2.4 en 12.2.5.

¹⁰¹² HR 30 november 2004, NJ 2005, 94 m.nt. Mevis, r.o. 3.5; HR 9 oktober 2012, NJ 2012, 594, r.o. 2.6.

¹⁰¹³ Van Dijk 2008, p. 22-26; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 298-299; De Hullu 2015, p. 303-304; Kelk/De Jong 2013, p. 342-343.

¹⁰¹⁴ Van Dijk 2008, p. 23-24; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 297-298; De Hullu 2015, p. 302.

strafwet niet hebben overtreden. Door de van buiten komende drang handelt hij niet in overeenstemming met de overtuiging dat het feit wederrechtelijk is en de wens om niet in strijd met het strafrecht te handelen. De verdachte kan deze mentale toestanden niet op normale wijze in gedrag vertalen, omdat de van buiten komende drang daaraan in de weg staat.

Als de wensen en overtuigingen van de verdachte geen enkel verband houden met zijn gedrag – als het vermogen om mentale toestanden in gedrag te vertalen volledig verstoord is – dan is de vraag naar ontoerekenbaarheid niet aan de orde. De verdachte verricht in die situatie – net als in het geval van absolute overmacht – geen strafrechtelijk relevante gedraging, of de subjectieve delictsbestanddelen kunnen niet bewezen worden. Een klap die het gevolg is van een *tic* die bij het syndroom van Gilles de la Tourette hoort, is bijvoorbeeld geen gedraging in strafrechtelijke zin.¹⁰¹⁵ Een dissociatieve stoornis is een ander voorbeeld van een stoornis waarbij ieder verband tussen de wensen en overtuigingen van de verdachte en zijn gedrag kan ontbreken. Een dissociatieve stoornis wordt in de *DSM-5* omschreven als een: ‘[...] disruption of and/or discontinuity in the normal integration of consciousness, memory, identity, emotion, perception, body representation, motor control, and behavior.’¹⁰¹⁶ Omdat in het geval van een dissociatieve stoornis het zo kan zijn dat de overtuigingen van de verdachte geheel los staan van zijn gedrag – hij heeft geen inzicht in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen ervan – kan een dissociatieve stoornis leiden tot een vrij spraak vanwege het ontbreken van opzet.¹⁰¹⁷ Bij een volledige stoornis van het vermogen om mentale toestanden te vertalen in gedrag, wordt daarom niet toegekomen aan een beoordeling van ontoerekenbaarheid.

De vraag rijst of stoornissen bestaan waarbij het verband tussen mentale toestanden en gedrag niet volledig afwezig is, maar waarbij dat verband wel dermate verstoord is dat de eis om weerstand te bieden aan een drang die aan de “normale” verdachte kan worden gesteld, niet langer gesteld kan worden. Om een strafrechtelijk relevant verschil op te leveren, op grond waarvan deze eis niet langer op de psychisch gestoorde verdachte kan worden toegepast, moet de stoornis een drang inhouden die fundamenteel afwijkt van de neigingen en aandringen waarmee ieder mens in meer of mindere mate te kampen heeft. In die situatie zou hem een beroep op ontoerekenbaarheid kunnen toekomen.

¹⁰¹⁵ Zie paragraaf 12.2.3. Volgens het eerste subcriterium van de door Meynen verdedigde “standaard” voor ontoerekeningsvatbaarheid, leidt een klap die het gevolg is van een dergelijke *tic* tot ontoerekeningsvatbaarheid. (Meynen 2013, p. 16-17; 2012, p. 301. Zie ook paragraaf 4.6.) Omdat de verdachte in dergelijke gevallen wordt vrijgesproken, hoeft het eerste subcriterium van Meynen geen deel uit te maken van een criterium voor ontoerekenbaarheid.

¹⁰¹⁶ APA 2013, p. 291.

¹⁰¹⁷ Zie paragraaf 13.5.

Een stoornis kan betekenen dat de verdachte een drang tot het plegen van een strafbaar feit ervaart die hij niet zou hebben ervaren als hij niet aan de stoornis zou lijden. Pedofilie houdt bijvoorbeeld onder meer in dat de verdachte een drang (*urge*) tot seksueel contact met een kind ervaart.¹⁰¹⁸ Beoordeeld moet worden of deze drang zodanig is dat een relevant verschil met de “normale” verdachte bestaat, op grond waarvan aanvaardbaar is de normen voor schulditsluiting die voor de “normale” verdachte gelden, niet onverkort op de psychisch gestoorde verdachte toe te passen. Hiervóór is betoogd dat het enkele feit dat pedofilie betekent dat de verdachte een wens heeft een strafbaar feit te begaan, geen strafrechtelijk relevant verschil is met de normale verdachte.¹⁰¹⁹ Mogelijk is in de *aard* van de drang wél een grond gelegen voor schulditsluiting. Uit de omschrijving van pedofilie in de *DSM-5* blijkt echter niet dat de drang waarmee pedofilie gepaard gaat, fundamenteel afwijkt van de neigingen en aandringen waarmee ieder mens in meer of mindere mate te kampen heeft. De *DSM-5* geeft geen aanleiding aan te nemen dat de drang tot seksueel contact met een kind wezenlijk verschilt van de drang die de verdachte ervaart die een bank berooft om zijn vakantie te kunnen betalen.¹⁰²⁰ Het lijkt vooral de afwijkende wens te zijn die pedofilie tot een stoornis maakt. Ook de aard van de drang maakt daarom niet dat pedofilie tot ontoerekenbaarheid zou moeten kunnen leiden.

Ten aanzien van pedofilie zou nog betoogd kunnen worden dat het voor degene die eraan lijdt veel moeilijker is om zich aan de strafwet te houden dan voor de “normale” verdachte. Omdat hij buiten zijn schuld behept is met een wens waarvan de vervulling per definitie verboden is en hij die wens daardoor voortdurend moet onderdrukken, zou het voor de pedofiel onevenredig zwaar kunnen zijn om aan de eisen van de strafwet te voldoen.¹⁰²¹ Ook dit is echter geen relevant onderscheid met de “normale” verdachte. De maatschappelijke realiteit is dat het voor bepaalde groepen burgers (veel) moeilijker is om zich aan de strafwet te houden dan voor andere.¹⁰²² Voor iemand die rond het bestaansminimum leeft, kan het aanmerkelijk moeilijker zijn de verleiding om diefstal te plegen te weerstaan dan voor degene met een bovenmodaal inkomen. De armlastige verdachte kan zich ten aanzien van uit geldnood geboren diefstal (in beginsel) niet met succes op psychische overmacht beroepen, omdat op grond van de normatieve component van psychische overmacht van hem verwacht wordt dat hij weerstand biedt aan de drang om te stelen en dat hij op zoek gaat naar legale alternatieven om zijn geldnood te lenigen. Pedofilie

¹⁰¹⁸ APA 2013, p. 697.

¹⁰¹⁹ Zie paragraaf 13.3.2.2.

¹⁰²⁰ Morse 1994, p. 1631: ‘Another approach is to suggest that the desires of the pedophile or pathological gambler are necessarily stronger [...]. There is simply no scientific or clinical evidence that “abnormal” desires are necessarily stronger than “normal” desires [...].’ Zie ook Feinberg 1970, p. 282.

¹⁰²¹ Feinberg 1970, p. 289-290.

¹⁰²² Vgl. Morris 1968, p. 520; 1982, p. 62-63.

levert daarom geen relevant verschil met de “normale” verdachte op, op grond waarvan de normatieve component van psychische overmacht niet op degene die aan pedofilie lijdt kan worden toegepast. Van de verdachte die eraan lijdt kan verwacht worden dat hij weerstand biedt aan de drang waarmee hij behept is.

Een ander voorbeeld van een stoornis waarbij de verdachte een krachtige drang ervaart om een strafbaar feit te plegen, is kleptomanie. In de psychiatrie is niet onomstreden of kleptomanie als op zichzelf staande stoornis kan worden beschouwd.¹⁰²³ De stoornis is echter in voldoende mate erkend om opname in de *DSM-5* te rechtvaardigen.¹⁰²⁴ In de *DSM-5* wordt kleptomanie omschreven als een herhaald falen om impulsen om goederen te stelen te onderdrukken, waarbij het stelen niet gepleegd wordt voor eigen gebruik of gewin. Vóór de diefstal ervaart degene die eraan lijdt een oplopende spanning en tijdens het plegen voldoening of opluchting:

‘Individuals with kleptomania typically attempt to resist the impulse to steal, and they are aware that the act is wrong and senseless. The individual frequently fears being apprehended and often feels depressed or guilty about the thefts.’¹⁰²⁵

Matthaei beschrijft (voor zover hier relevant) een casus van een vrouw die aan kleptomanie lijdt:

‘Zij heeft thuis een hele verzameling gestolen spullen en weet niet wat zij daarmee zou moeten doen. De verdachte vertelt de spanning vaak al te voelen opkomen als zij een winkel binnenloopt. Door zich op haar boodschappenlijst te concentreren, probeert zij die niet verder te laten oplopen, maar dat lukt lang niet altijd. Dan kan zij zich niet meer bedwingen en pas als zij dan een of meer artikelen in haar tas stopt, verminderen de spanning en het opgewonden gevoel. Als zij de kassa is gepasseerd en haar tas niet is gecontroleerd, voelt zij zich opgelucht. Eenmaal thuis ontstaat er vaak een schuldgevoel en neemt zij zich voor niet meer alleen te gaan winkelen.’¹⁰²⁶

¹⁰²³ Aanvankelijk werd voorgesteld pyromanie en kleptomanie te schrappen uit de *DSM-5*: ‘Pyromania and Kleptomania were removed, as there is insufficient evidence to retain them as distinct disorders. The behaviors are better accounted for by other disorders, such as fire-starting in Conduct Disorder, or compulsive stealing as a symptom of a depressive disorder or impulse control disorder.’ (‘Recent Updates to Proposed Revisions for *DSM-5*’, < <http://www.dsm5.org/Pages/RecentUpdates.aspx> (geraadpleegd december 2015).)

¹⁰²⁴ APA 2013, p. 478-479. Kleptomanie is bovendien opgenomen in deel II van de *DSM-5* opgenomen. Dat houdt in dat de klinische toepasbaarheid (*clinical applicability*) aanvaard is. (APA 2013, p. 10-11, 23-24.)

¹⁰²⁵ APA 2013, p. 478.

¹⁰²⁶ Matthaei 2008, p. 203-204.

Deze omschrijvingen van kleptomanie kunnen op twee manieren worden geïnterpreteerd. Ten eerste kan worden betoogd dat geen strafrechtelijk relevant verschil met de normale verdachte bestaat. Net als de verdachte die aan pedofilie lijdt, handelt degene die aan kleptomanie lijdt in overeenstemming met de wens om te stelen. Het is wellicht zeer moeilijk om de drang tot stelen te onderdrukken, maar daarin is geen relevant verschil gelegen met de “normale” verdachte. De drang die de verdachte ervaart, wijkt niet zó fundamenteel af van de soms krachtige neigingen en aandringen waarmee ieder mens in meer of mindere mate te kampen heeft, dat de eis om weerstand te bieden aan een drang die aan de “normale” mens kan worden gesteld, niet langer gesteld kan worden.

Volgens een tweede interpretatie duiden de omschrijvingen op een mogelijk strafrechtelijk relevant verschil met de “normale” verdachte. Anders dan de gewone dief, heeft degene die aan kleptomanie lijdt geen welbepaald “eigen” motief om te stelen, zoals hebzucht of geldelijk gewin. Hij weet dat diefstal strafbaar is, wil schijnbaar niet in strijd met de wet handelen en verzet zich tegen de drang om te stelen, maar wordt daartoe uiteindelijk toch gedrongen. De feitelijke gedraging is zó in strijd met de wensen en overtuigingen van de verdachte, dat deze mentale toestanden nauwelijks vat lijken te hebben op zijn gedraging.¹⁰²⁷ Hij kan zijn wensen en overtuigingen niet op normale wijze in gedrag vertalen. Een onderscheid met pedofilie zou erin gelegen kunnen zijn dat het niet zozeer de wens om te stelen is die kleptomanie tot een stoornis maakt, maar de aard van de drang die de verdachte ervaart.¹⁰²⁸ Het is de wens tot seksueel contact met kinderen als zodanig die pedofilie tot een stoornis maakt. De meeste personen die de wens hebben om goederen te stelen, worden echter niet met kleptomanie gediagnosticeerd.¹⁰²⁹

In abstracto is niet te bepalen welke interpretatie de juiste is. Zoals uit het rechtsvergelijkende onderzoek bleek, is juist vanwege de onzekerheid over de mogelijkheid om de drang die bij een stoornis als kleptomanie hoort voldoende te onderscheiden van “normale” menselijke neigingen, omstreden of dergelijke stoornissen wel tot strafuitsluiting kunnen leiden.¹⁰³⁰ Hoewel het

¹⁰²⁷ Vgl. Feinberg 1970, p. 288; Morse 1994, p. 1634. In Virginia en Massachusetts is om te voldoen aan de daar geldende *irresistible impulse test*, respectievelijk het tweede subcriterium van de *MPC test* ook van belang dat het handelen van de verdachte niet uit “normale” motieven te verklaren is. (Zie paragraaf 7.3.3 en 9.3.3.3.) Er is discussie over de vraag of de drang om te stelen bij kleptomanie als wezensvreemd (“egodystoon”) wordt ervaren. (Matthaei 2008, p. 199.)

¹⁰²⁸ Kleptomanie wordt wel een “drangstoornis” genoemd. (Matthaei 2008, p. 199.)

¹⁰²⁹ Vgl. APA 2013, p. 479: ‘Kleptomania should be distinguished from ordinary acts of theft or shoplifting. Ordinary theft (whether planned or impulsive) is *deliberate* [cursivering JB] and is motivated by the usefulness of the object or its monetary worth.’

¹⁰³⁰ Zie paragraaf 7.2. Zie ook Meynen 2012, p. 302; Morse 1994; 2002, p. 1060-1063.

voor de verdachte die aan kleptomanie lijdt ontegenzeggelijk moeilijk is om weerstand te bieden aan de neiging te stelen, is onzeker of die omstandigheid tot een geslaagd beroep op ontoerekenbaarheid moet leiden. Zoals hiervóór uiteen is gezet, is het enkele gegeven dat het voor iemand (zeer) moeilijk is om zich aan de strafwet te houden, geen grond voor strafuitsluiting. De empirische onzekerheid over de vraag of de drang die een verdachte ervaart die aan kleptomanie lijdt zich in ernstige gevallen voldoende onderscheidt van “normale” menselijke neigingen, kan alleen worden opgelost door concrete gevallen in de rechtspraak te beoordelen.

Op voorhand valt niet uit te sluiten dat een stoornis kan leiden tot een drang die zo fundamenteel afwijkt van de neigingen en aandringen waarmee ieder mens in meer of mindere mate te kampen heeft, dat de eis om weerstand te bieden aan een drang die aan de “normale” mens kan worden gesteld, niet langer gesteld kan worden. Als dat het geval is, dan zou dat een grond voor ontoerekenbaarheid moeten zijn. De normatieve component van psychische overmacht kan dan niet op de psychisch gestoorde verdachte worden toegepast. Het is niet volstrekt denkbeeldig dat daarvan in uitzonderlijke gevallen sprake is in het geval van kleptomanie.¹⁰³¹ Zelfs als ten tijde van het delict niet verwacht kan worden dat de verdachte weerstand biedt aan de drang om te stelen, dan zal het beroep op ontoerekenbaarheid in vrijwel alle gevallen echter af moeten stuiten op *culpa in causa*. Van iemand die aan kleptomanie lijdt, kan verwacht worden dat hij de situaties vermijdt waarin het optreden van de drang om te stelen waarschijnlijk is of zich op een andere manier inspant het plegen van delicten te vermijden, bijvoorbeeld door winkels slechts onder begeleiding te betreden en zich onder behandeling te stellen.¹⁰³²

In de Nederlandse rechtspraak is kleptomanie relatief zeldzaam. In de gepubliceerde rechtspraak zijn zes strafzaken aan te treffen waarin

¹⁰³¹ Morse (1994, p. 1619-1634) stelt dat kleptomanie onvoldoende kan worden onderscheiden van normale neigingen en aandringen. Kleptomanie kan volgens Morse (1994, p. 1634) wel tot *insanity* leiden vanwege de *irrationaliteit* van de wens om te stelen. (Vgl. Moore 2010, p. 606.) Strafuitsluitende werking toekennen aan irrationele wensen lijkt tot een ruime reikwijdte van ontoerekenbaarheid te leiden. In sommige gevallen waarin strafrechtelijke aansprakelijkheid onomstreden is, zoals “zinloos geweld” of wanneer genot wordt ontleend aan het toebrengen van letsel aan anderen, lijkt geen sprake te zijn van minder irrationele wensen dan in het geval van kleptomanie. (Zie ook paragraaf 13.3.2.2.)

¹⁰³² Vgl. Hof Leeuwarden 13 mei 2011, LJN BQ4850: ‘De raadsman heeft geen beroep gedaan op een schulduitsluitingsgrond. Het hof ziet daartoe ambtshalve evenmin aanleiding en heeft daarbij gelet op het in voormelde reclasserings-rapportage opgenomen citaat van de haar behandelend psychiater. Dit citaat houdt – kort gezegd – in dat [de aan kleptomanie lijdende, JB] verdachte verantwoordelijk gesteld kan worden voor de door haar bij voortduring gepleegde diefstallen. Zij handelt uit impulsiviteit en zoekt spanning (*thrill seeking*). Zij kan evenwel geacht worden haar eigen “gebruiksaanwijzing” op dit punt inmiddels ook te kennen.’

de verdachte met kleptomanie wordt gediagnosticeerd die (mogelijk) in verband staat met het gepleegde delict.¹⁰³³ In geen van de zaken wordt ontoerekenbaarheid aangenomen. Kleptomanie leidt in één geval tot een vermindering van de toerekeningsvatbaarheid, maar in die zaak is sprake van een combinatie met een aantal andere stoornissen.¹⁰³⁴ In de vijf andere zaken wordt de verdachte toerekeningsvatbaar geacht.¹⁰³⁵ Schulduitsluiting voor verdachten die aan kleptomanie lijden, zou een breuk zijn met de bestaande rechtspraak. De empirische onzekerheid over de mogelijkheid de drang van de verdachte die aan kleptomanie lijdt te onderscheiden van de neigingen en aandringen van de “normale” verdachte en de corrigerende rol van *culpa in causa*, maken onzeker of zich in de praktijk gevallen zullen voordoen waarin kleptomanie tot een geslaagd beroep op ontoerekenbaarheid moet leiden.

Een andere categorie stoornissen waarbij de verdachte onder invloed handelt van een drang die door een stoornis is ontstaan, wordt gevormd door bevelshallucinaties. Bevelshallucinaties kunnen ertoe leiden dat een verdachte een van buiten komende drang ervaart die het zeer moeilijk maakt om geen strafbaar feit te plegen:¹⁰³⁶

- D1 Een verdachte die aan een bevelshallucinatie lijdt, pleegt mishandeling. God heeft hem daartoe opdracht gegeven, op straffe van eeuwige veroordelen.
- D2 Een verdachte die aan een bevelshallucinatie lijdt, pleegt mishandeling. Stemmen hebben hem daartoe opdracht gegeven, op straffe van eeuwige veroordelen.
- D3 Een verdachte die aan een bevelshallucinatie lijdt, pleegt mishandeling. Stemmen hebben hem daartoe opdracht gegeven, zodat hij kan bewijzen dat hij niet laf is.

Volgens de door de bekende Amerikaanse rechter Cardozo ontwikkelde *deific decree doctrine* zou dwaling over de *morele* gerechtvaardigheid van

¹⁰³³ Invoeren van de zoekterm <kleptomanie> in de zoekmachine op <www.rechtspraak.nl> binnen rechtsgebied <strafrecht> levert in totaal 10 uitspraken op. (Geraadpleegd december 2015.)

¹⁰³⁴ Rb. Utrecht 10 november 2011, LJN BV6454. Bij de verdachte werd onder andere ook schizofrenie van het paranoïde type en zwakbegaafdheid vastgesteld.

¹⁰³⁵ Hof Den Haag 1 mei 2007, LJN BA4366; Hof Arnhem 13 maart 2009, LJN BH6016; Hof Leeuwarden 16 november 2010, LJN BO4378; Hof Leeuwarden 13 mei 2011, LJN BQ4850; Hof Den Bosch 19 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:530.

¹⁰³⁶ Vgl. APA 2013, p. 87-88. Bepaalde waanvoorstellingen lijken ook de ervaring van een van buiten komende drang te veroorzaken: ‘Delusions that express a loss of control over mind and body are generally considered to be bizarre; these include the belief [...] that one’s body or actions are being acted on or manipulated by some outside force (*delusions of control*).’ (APA 2013, p. 87.)

een feit strafuitsluitend moeten werken als een verdachte de hallucinatie heeft dat God hem heeft opgedragen het feit te plegen. Als een vermeend bevel afkomstig is van God, kan volgens Cardozo niet gezegd worden dat de verdachte weet dat zijn handelen *wrong* is in de zin van de *M’Naghten rules*, hoewel hij weet dat het bevel in strijd is met de wet.¹⁰³⁷ Bevelshallucinaties van niet-goddelijke oorsprong kunnen binnen de *deific decree doctrine* echter niet leiden tot putatieve morele rechtvaardiging. Volgens de *deific decree doctrine* gaat daarom alleen de verdachte in casus D1 vrijuit op grond van ontoerekenbaarheid. Met behulp van de *deific decree doctrine* kan echter geen relevant onderscheid worden gemaakt tussen “normale” verdachten en psychisch gestoorde verdachten op grond waarvan aanvaardbaar is de normen voor schulduitsluiting die voor de “normale” verdachte gelden, niet onverkort op de psychisch gestoorde verdachte toe te passen. De “normale” verdachte mag zijn eigen – al of niet religieus geïnspireerde – morele overtuigingen niet in de plaats van de strafwet stellen. Als een verdachte vanwege een stoornis van oordeel is dat een feit moreel gerechtvaardigd is, is dat – zoals hiervóór is betoogd – geen relevant verschil met de “normale” verdachte.¹⁰³⁸ Op die grond kan in casus D1 geen ontoerekenbaarheid worden aangenomen.

De positie waarin de verdachte in casus D1 tot en met D3 zich bevindt, kan beter worden vergeleken met de “normale” verdachte die onder invloed van een van buiten komende drang denkt te handelen.¹⁰³⁹ Als de “normale” verdachte dwaalt over het feit dat zich een van buiten komende drang voordoet, dan is mogelijk sprake van putatieve psychische overmacht.¹⁰⁴⁰ Ook in casus D1 tot en met D3 *ervaart* de verdachte een van buiten komende drang in de vorm van een dreigement. Voor hemzelf is immers niet kenbaar dat het gaat om een drang die feitelijk niet bestaat. Deze situatie is vergelijkbaar met putatieve psychische overmacht. Om te bepalen of ontoerekenbaarheid aan de orde is, moet worden onderzocht of de stoornis aanvaardbaar maakt dat de normen voor putatieve psychische overmacht niet onverkort op de psychisch gestoorde verdachte kunnen worden toegepast.

¹⁰³⁷ Zie paragraaf 6.3.4.3.

¹⁰³⁸ Zie paragraaf 13.3.2.1.

¹⁰³⁹ Meynen (2013, p. 17) beschrijft de beleavingswereld van de verdachte die bevelshallucinaties ervaart als volgt: ‘Iemand die bevelshallucinaties hoort waar hij wel aan moet gehoorzamen doet dingen waar hij zelf misschien wel helemaal niet achter staat, die niet uit zijn eigen verlangens en motieven voortkomen, maar die hij puur doet omdat stemmen het hem opdragen.’ (Zie ook Meynen 2012, p. 301-302.)

¹⁰⁴⁰ Putatieve schulduitsluitingsgronden die voortvloeien uit feitelijke dwaling worden in de literatuur als mogelijkheid erkend. (Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 176; De Hullu 2015, p. 364-365 (voetnoot 452); Kelk/De Jong 2013, p. 380; Strijards 1987, p. 118-119.)

Voor een geslaagd beroep op putatieve psychische overmacht gelden de twee voorwaarden die ook voor putatieve rechtvaardiging gelden.¹⁰⁴¹ De dwaling moet ten eerste van dien aard zijn dat als de situatie zo zou zijn geweest als de verdachte zich voorstelde, aan de voorwaarden voor het aannemen van psychische overmacht is voldaan. Ten tweede moet de dwaling verschoonbaar zijn geweest. Net als het geval is bij waanvoorstellingen kan van de verdachte die aan bevelshallucinaties lijdt, niet gevergd worden dat hij onderzoekt of de door hem ervaren van buiten komende drang reëel is. De tweede voorwaarde voor putatieve psychische overmacht kan daarom niet gehandhaafd blijven ten aanzien van de verdachte die aan bevelshallucinaties lijdt. Ten aanzien van de eerste voorwaarde bestaat in beginsel geen aanleiding deze niet aan de psychisch gestoorde verdachte te stellen, tenzij de stoornis van dien aard is dat bijvoorbeeld eisen van proportionaliteit en subsidiariteit niet onverkort kunnen worden toegepast.¹⁰⁴² In casus D1 en D2 is sprake van een dreigement dat zodanig is dat de verdachte daaraan geen weerstand hoeft te bieden. Dat het bevel in D1 van God afkomstig lijkt te zijn is geen relevant verschil, zoals hiervóór is betoogd. In het geval van D3 is ontoerekenbaarheid niet aan de orde. De verdachte wil bewijzen dat hij niet laf is. Als dit dreigement realiteit zou zijn geweest, dan zou van de verdachte gevergd kunnen worden dat hij weerstand biedt aan de drang om mishandeling te plegen. De verdachte handelt niet in overeenstemming met de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Meynen suggereert in verband met het tweede subcriterium van de door hem verdedigde “standaard” voor ontoerekeningsvatbaarheid dat *iedere* verdachte die onder invloed van bevelshallucinaties handelt ontoerekeningsvatbaar is.¹⁰⁴³ Indien het juist is dat de eerste voorwaarde voor een geslaagd beroep op putatieve psychische overmacht kan worden gehandhaafd ten aanzien van de psychisch gestoorde verdachte, dan is het tweede subcriterium van de “standaard” van Meynen te ruim. Het tweede subcriterium van Meynen lijkt te dwingen tot het aannemen van ontoerekenbaarheid in casus D3, een casus waarin geen strafrechtelijk relevant verschil met de “normale” verdachte bestaat.

13.4 Het criterium voor ontoerekenbaarheid

In de vorige paragraaf is per onderdeel van het stoornisconcept onderzocht in hoeverre aanvaardbaar is de voorwaarden voor schulduitsluiting die voor “normale” verdachten gelden, niet onverkort op de psychisch gestoorde verdachte toe te passen. Hieruit kan een criterium worden afgeleid. In de voorwaarden voor schulduitsluiting die voor psychisch gestoorde

¹⁰⁴¹ Zie paragraaf 13.2.

¹⁰⁴² Zie paragraaf 13.3.2.1.

¹⁰⁴³ Meynen 2013, p. 17. Zie ook paragraaf 4.6.

verdachten gelden, is een patroon te herkennen. De verdachte die als gevolg van een waanvoorstelling ten onrechte de overtuiging heeft dat het feit gerechtvaardigd is, dwaalt over de wederrechtelijkheid van het feit. De verdachte die ontoerekenbaar is omdat hij vanwege een stoornis van zijn vermogen tot praktisch redeneren niet kan begrijpen dat hij strafbaar handelt, kan evenmin begrijpen dat het feit wederrechtelijk is. Daaruit kan als eerste subcriterium voor ontoerekenbaarheid worden afgeleid dat de verdachte als gevolg van de stoornis niet in staat moet zijn geweest de wederrechtelijkheid van het feit te begrijpen. De verdachte die door een stoornis onder invloed van een (vermeende) drang handelt, op grond waarvan een beroep op ontoerekenbaarheid moet slagen, is onvoldoende in staat om in overeenstemming met zijn begrip van de wederrechtelijkheid van het feit te handelen.¹⁰⁴⁴ Het tweede subcriterium voor ontoerekenbaarheid is daarom dat de verdachte onvoldoende in staat is geweest om in overeenstemming met zijn begrip van de wederrechtelijkheid van het feit te handelen. In combinatie met het stoornisvereiste en het voor ontoerekenbaarheid vereiste *condicio sine qua non*-verband tussen stoornis en delict, levert dit het volgende toetsingskader voor ontoerekenbaarheid op:

Van ontoerekenbaarheid is sprake als de verdachte

- | | | |
|---|--|--------------------|
| A | ten tijde van het delict lijdt aan een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens | (stoornisvereiste) |
| B | als gevolg waarvan | (causaal verband) |
| C | hij | (criterium) |
| | C1 niet kon begrijpen dat het feit wederrechtelijk was | |
| | of | |
| | C2 onvoldoende in staat was in overeenstemming met zijn begrip van de wederrechtelijkheid van het feit te handelen | |

¹⁰⁴⁴ De verdachte die door een hevige gemoedsbeweging de grenzen van de binnen zijn waanvoorstelling noodzakelijke verdediging overschrijdt (zie paragraaf 13.3.2.3), wordt hier ook onder geschaard. (Putatieve) noodweerexces kan als een bijzondere vorm van (putatieve) psychische overmacht worden geïnterpreteerd. (Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 299-300, 327.)

A – stoornis Van een stoornis in de zin van artikel 39 Sr is sprake als ten tijde van het delict de wensen, overtuigingen en emoties van de verdachte niet op normale wijze functioneren, als zijn praktische rede niet normaal functioneert en/of indien zijn mentale toestanden niet op normale wijze met gedrag in verband staan.

B – causaal verband Een causaal verband tussen stoornis en delict is een noodzakelijke, maar onvoldoende voorwaarde voor ontoerekenbaarheid. Het is een onvoldoende voorwaarde, omdat situaties bestaan waarin de verdachte een verwijt kan worden gemaakt, ondanks de aanwezigheid van een causaal verband tussen stoornis en delict. De uit de analyse van de *product test* afgeleide vraag of causaliteit als criterium wel in voldoende mate recht doet aan het normatieve karakter van de beslissing een feit toe te rekenen,¹⁰⁴⁵ wordt daarmee ontkennend beantwoord.

Onder B wordt een causaal verband vereist tussen de stoornis en het voldoen aan het criterium. Een causaal verband tussen stoornis en delict is niet expliciet in het toetsingskader opgenomen. De veronderstelling die daaraan ten grondslag ligt, is dat het delict niet gepleegd zou zijn als de verdachte kon begrijpen dat het feit wederrechtelijk was of in overeenstemming met zijn begrip van de wederrechtelijkheid zou hebben kunnen handelen. De “normale” verdachte die uit putatieve rechtvaardiging een strafbaar feit begaat, hoeft ook niet aan te tonen dat hij het feit niet zou hebben gepleegd als hij niet zou hebben gedwaald over de wederrechtelijkheid van zijn handelen. Die veronderstelling ligt besloten in zijn beroep op putatieve rechtvaardiging. Ook het criterium voor psychische overmacht bevat niet expliciet de voorwaarde dat de drang een *condicio sine qua non* voor het delict is, maar veronderstelt een dergelijk causaal verband wel impliciet. Een causaal verband tussen stoornis en delict hoeft daarom niet afzonderlijk aannemelijk te worden gemaakt, maar ligt besloten in de vaststelling van het causaal verband tussen de stoornis en het niet kunnen begrijpen van de wederrechtelijkheid of niet in overeenstemming met dat begrip kunnen handelen. Voldoende is daarom dat aannemelijk is dat de stoornis tot gevolg heeft gehad dat aan het criterium is voldaan. Als het niet de stoornis is geweest die ertoe geleid heeft dat de verdachte de wederrechtelijkheid van het feit niet kon begrijpen of niet in overeenstemming met dat begrip kon handelen, dan gelden voor de psychische gestoorde verdachte de voorwaarden voor schulditsluiting die voor de “normale” verdachte gelden.

C – subcriterium C1 Voor ontoerekenbaarheid is onvoldoende dat de verdachte alleen *feitelijk* niet begreep dat het feit wederrechtelijk was. Een feitelijk gebrek aan inzicht in de wederrechtelijkheid verontschuldigt ook de “normale” verdachte niet. Vereist is dat hij niet *kon* begrijpen dat hij

¹⁰⁴⁵ Zie paragraaf 11.3.

wederrechtelijk handelde. Een waanvoorstelling moet het hem bijvoorbeeld onmogelijk hebben gemaakt te kunnen onderzoeken of hij daadwerkelijk in een noodweersituatie verkeerde of een stoornis van zijn praktische rede moet aan de mogelijkheid van begrip van de wederrechtelijkheid in de weg hebben gestaan.

Uit het rechtsvergelijkende onderzoek is gebleken dat een cognitief criterium zoals subcriterium C1 twee normatieve keuzes vergt.¹⁰⁴⁶ Moet de verdachte de wederrechtelijkheid van het feit niet hebben kunnen begrijpen, of kan ook het niet hebben kunnen begrijpen van het moreel onjuiste van het feit tot strafuitsluiting leiden? Uit het hier verrichte onderzoek vloeit voort dat de verdachte die begrijpt dat hij in strijd met de wet handelt, maar denkt dat het feit moreel gerechtvaardigd is, geen beroep op ontoerekenbaarheid toekomt.¹⁰⁴⁷ Subcriterium C1 staat daarom alleen ontoerekenbaarheid toe als de verdachte de wederrechtelijkheid van het feit niet kon begrijpen. Vervolgens is de vraag of een oppervlakkig besef van de wederrechtelijkheid van het feit voldoende is om een beroep op ontoerekenbaarheid te verwerpen, of dat de verdachte daarvan een dieper gaand begrip moet hebben gehad. In subcriterium C1 is “begrijpen” gebruikt, omdat volgens de wetsgeschiedenis van de vervolgingsuitsluitingsgrond van artikel 486 Sv alleen een oppervlakkig besef van de wederrechtelijkheid onvoldoende is om strafrechtelijke aansprakelijkheid aan te nemen.¹⁰⁴⁸

C – subcriterium C2 Subcriterium C2 sluit de verdachte die niet in overeenstemming met zijn begrip van de wederrechtelijkheid van het feit kan handelen van straf uit. De verdachte moet tot het delict zijn gedrongen in strijd met de wens om het feit niet te plegen en de overtuiging (“begrip”) dat het feit wederrechtelijk is. Het criterium zelf bevat echter geen directe verwijzing naar een wens van de verdachte om niet wederrechtelijk te handelen. Dat is niet nodig. Vastgesteld moet worden dat de verdachte *als gevolg van een stoornis* niet in staat was in overeenstemming met zijn begrip van de wederrechtelijkheid van de gedraging te handelen. Het causale verband tussen de stoornis en de aantasting van het vermogen om te handelen in overeenstemming met het begrip van de wederrechtelijkheid, impliceert dat de stoornis een *condicio sine qua non* is voor het strafbare feit. De verdachte die dus *begrijpt* dat het feit wederrechtelijk is, maar eenvoudigweg niet in overeenstemming met die overtuiging *wenst* te handelen, valt daardoor buiten het bereik van het criterium. De stoornis is dan geen *condicio sine qua non* voor het delict.

In verband met subcriterium C2 moet worden vastgesteld dat de verdachte *in feite* begreep dat zijn gedrag wederrechtelijk was. Als die overtuiging niet kan

¹⁰⁴⁶ Zie paragraaf 11.3.

¹⁰⁴⁷ Zie paragraaf 13.3.2.1 en 13.3.4.

¹⁰⁴⁸ Zie paragraaf 13.3.3.

worden vastgesteld, kan niet worden beoordeeld of de verdachte niet op normale wijze in staat was om in overeenstemming met die overtuiging te handelen. Dat is een strengere eis dan voor psychische overmacht geldt. Voor een geslaagd beroep op psychische overmacht is niet vereist dat vastgesteld wordt dat de psychisch gestoorde verdachte wist dat hij wederrechtelijk handelde. Als voor ontoerekenbaarheid niet vereist zou worden dat de verdachte in feite begreep dat hij wederrechtelijk handelde, kan onvoldoende verschil worden gemaakt met de verdachte die onverschillig staat tegenover de eisen van het strafrecht. De potentiële strafuitsluitende werking van een stoornis van het vermogen mentale toestanden in gedrag te vertalen, berust op de veronderstelling dat de overtuiging dat het gedrag wederrechtelijk is, het gedrag van de verdachte niet op normale wijze kan beïnvloeden. Als de verdachte die overtuiging niet heeft, kan niet worden vastgesteld dat hij als gevolg van een stoornis niet in overeenstemming met dat inzicht heeft kunnen handelen. Voor de verdachte die onder invloed van bevelshallucinaties meent dat hij gedrongen wordt het strafbare feit te plegen, kan een uitzondering worden gemaakt. Zijn situatie is vergelijkbaar met putatieve psychische overmacht. Putatieve psychische overmacht vereist niet dat de verdachte beseft dat hij wederrechtelijk handelde. Er bestaat geen grond aan de psychisch gestoorde verdachte strengere voorwaarden te stellen voor een beroep op schulditsluiting.

Anders dan in het voor psychische overmacht geldende criterium, wordt niet gerefereerd aan een drang onder invloed waarvan de verdachte moet hebben gehandeld. Daarvoor is gekozen om de indruk te vermijden dat de neigingen en aandringen waaraan ieder mens in meer of mindere mate blootstaat en die het soms zeer moeilijk maken geen strafbaar feit te plegen, grond voor schulditsluiting zouden kunnen zijn. Zoals uit het rechtsvergelijkende onderzoek is gebleken, is een subcriterium zoals subcriterium C2 om die reden omstreden.¹⁰⁴⁹ Om te voldoen aan subcriterium C2 moet het om meer gaan dan alleen een sterke neiging of een hevige drang. De drang moet tot gevolg hebben dat de verdachte in *onvoldoende mate* in staat is in overeenstemming met zijn begrip van de wederrechtelijkheid te handelen. “Onvoldoende mate” drukt uit dat het niet absoluut onmogelijk hoeft te zijn geweest om in overeenstemming met het begrip van de wederrechtelijkheid te handelen. Als de wensen en overtuigingen van de verdachte helemaal geen verband houden met zijn gedrag, is de vraag naar ontoerekenbaarheid immers niet aan de orde. De verdachte wordt in dat geval vrijgesproken. “Onvoldoende mate” kan vergeleken worden met de wijze waarop *substantially unable* in artikel 4.01 lid 1 MPC fungeert. Niet vereist is dat het strafbare feit het gevolg is van een impulsieve handeling.¹⁰⁵⁰

Subcriterium C2 bevat – anders dan het criterium voor psychische overmacht – geen objectiverend element als “redelijkerwijs”. Of iemand

¹⁰⁴⁹ Zie paragraaf 11.3.

¹⁰⁵⁰ Zie paragraaf 11.3.

“redelijkerwijs” iets wel of niet kan, wordt bepaald door de eisen die aan de gemiddelde burger kunnen worden gesteld. In het geval van verdachten die aan een stoornis lijden zou dat betekenen dat van de stoornis moet worden geabstraheerd, terwijl juist de stoornis de omstandigheid is op grond waarvan de verwijtbaarheid van de verdachte in twijfel wordt getrokken.¹⁰⁵¹

Het inzicht dat ontoerekenbaarheid draait om het ontbreken van begrip van de wederrechtelijkheid van het feit en de mogelijkheid om in overeenstemming met dat begrip te kunnen handelen is niet nieuw.¹⁰⁵² Van Deinse verdedigt in de negentiende eeuw onder de Code Pénal 1810 al een vergelijkbaar criterium.¹⁰⁵³ Modderman noemt in de Commissie De Wal een criterium met een vergelijkbare formulering.¹⁰⁵⁴ Het is verwant aan het ORO-criterium dat in verschillende vormen opduikt bij strafrechtelijke auteurs in de eerste helft van de twintigste eeuw.¹⁰⁵⁵ In forensisch-gedragswetenschappelijke literatuur wordt het ORO-criterium nog steeds genoemd en ook de door Meynen verdedigde “standaard” bevat tot op zekere hoogte vergelijkbare criteria.¹⁰⁵⁶ In andere rechtssystemen worden eveneens vergelijkbare criteria gebruikt, bijvoorbeeld in Duitsland en Frankrijk.¹⁰⁵⁷ Ook de Model Penal Code en artikel 31 lid 1 sub a van het Statuut van Rome kennen een verwant criterium voor *insanity*. Subcriterium C1 lijkt op het tweede subcriterium van de *M’Naghten rules* en subcriterium C2 is verwant aan de *irresistible impulse test*.

De overeenkomst met andere criteria is slechts globaal. De reikwijdte van de criteria verschilt afhankelijk van de interpretatie ervan en het rechtssysteem waarin het criterium fungeert. Hiervóór zijn de belangrijkste verschillen en overeenkomsten met enkele van de hier genoemde criteria belicht. De methode met behulp waarvan het hier verdedigde criterium is bepaald, waarborgt dat de toepassing van het criterium in overeenstemming is met de uitgangspunten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid die het Nederlandse strafrecht stelt.

13.5 Problematische gevallen: bizarre waanvoorstellingen

Het uitgangspunt dat de voorwaarden voor schulditsluiting die voor de “normale” verdachte gelden in beginsel – tenzij sprake is van een strafrechtelijk

¹⁰⁵¹ Vgl. *People v. Leeds*, 240 Cal. App. 4th 822 (2015), 832-833. Zie ook paragraaf 6.3.4.3.

¹⁰⁵² Zie Zomer 2009 voor een verkenning van de historische wortels van een dergelijk criterium.

¹⁰⁵³ Van Deinse 1860, p. 107.

¹⁰⁵⁴ Zie paragraaf 2.2.2.

¹⁰⁵⁵ Zie paragraaf 2.4.2, 2.4.4 en 2.4.6.

¹⁰⁵⁶ Zie paragraaf 4.3.5 en 4.6.

¹⁰⁵⁷ Zie paragraaf 1.1.

relevant verschil met de “normale” verdachte – ook op de psychisch gestoorde verdachte kunnen worden toegepast, is gebaseerd op de premisse dat de psychische gesteldheid van de verdachte wiens ontoerekenbaarheid moet worden beoordeeld, niet *radicaal* verschilt van de strafrechtelijke veronderstellingen over normaal psychisch functioneren.¹⁰⁵⁸ Deze premisse is alleen houdbaar als verdachten wier psychische gesteldheid wél radicaal verschilt van de “normale” verdachte worden vrijgesproken omdat zij geen strafbaar feit hebben gepleegd en hun strafrechtelijke aansprakelijkheid daardoor niet in het kader van artikel 39 Sr wordt beoordeeld.

De premisse dat de psychische gesteldheid van de verdachte wiens ontoerekenbaarheid moet worden beoordeeld niet radicaal verschilt van de strafrechtelijke veronderstellingen over normaal psychisch functioneren, staat onder druk in het geval van zogenaamde bizarre waanvoorstellingen. In casus B1 tot en met B3 lijdt de verdachte aan achtervolgingswanen. Deze zijn relatief goed te beoordelen volgens de normen van putatieve rechtvaardiging, omdat deze psychische gesteldheid niet radicaal verschilt van die van de “normale” verdachte die ten onrechte veronderstelt te worden aangevallen. Niet alle waanvoorstellingen hebben echter een dergelijke relatief “normale” inhoud. In de *DSM-5* wordt een onderscheid gemaakt tussen waanvoorstellingen met een niet-bizarre (*nonbizarre*) inhoud – zoals veel achtervolgingswanen – en waanvoorstellingen met een bizarre (*bizarre*) inhoud. Een bizarre waanvoorstelling is bijvoorbeeld de overtuiging dat organen ongemerkt vervangen zijn door andermans organen.¹⁰⁵⁹ In de Amerikaanse zaak *Clark v. Arizona* lijdt de verdachte aan de bizarre waanvoorstelling dat politieagenten in feite buitenaardse wezens zijn die het op zijn leven hebben voorzien. Clark schiet uiteindelijk een agent dood.¹⁰⁶⁰ Als volgens het hier verdedigde criterium moet worden beoordeeld of ontoerekenbaarheid in deze casus aan de orde is, moet de rechter de vraag beantwoorden of Clark mocht veronderstellen dat hij zich mocht verweren tegen een ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding *door een buitenaards wezen*. Deze vraag is letterlijk genomen onbeantwoordbaar. De bizarre inhoud van sommige waanvoorstellingen lijkt daarom in de weg te staan aan het zinvol toepassen van normen die ontwikkeld zijn met het oog op alledaagse situaties, waarin doorgaans geen buitenaardse wezens figureren.¹⁰⁶¹

Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad staat een psychische stoornis slechts dan aan het bewijs van opzet in de weg als bij de verdachte ieder inzicht in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen

¹⁰⁵⁸ Zie paragraaf 13.1.

¹⁰⁵⁹ APA 2013, p. 87.

¹⁰⁶⁰ *Clark v. Arizona*, 548 U.S. 735 (2006).

¹⁰⁶¹ Zie ook Slobogin 2009, p. 541; Williams 1961, p. 501-507.

ervan ontbroken heeft.¹⁰⁶² Dit “inzichtcriterium” is streng. De Hoge Raad overweegt steevast dat er slechts bij hoge uitzondering aan zal zijn voldaan.¹⁰⁶³ Het moet de verdachte aan *ieder* inzicht in (de gevolgen van) zijn gedraging hebben ontbroken. Mogelijk is de strengheid van het inzichtcriterium ingegeven door de omstandigheid dat bij vrijspraak de mogelijkheid ontbreekt om de psychisch gestoorde verdachte op strafrechtelijke titel in een psychiatrisch ziekenhuis te plaatsen (artikel 37 Sr) of tbs op te leggen (artikel 37a Sr).¹⁰⁶⁴ In de rechtspraak waarin het inzichtcriterium wordt toegepast, kwalificeren vooral dissociatieve stoornissen als stoornissen die ertoe leiden dat bij de verdachte ieder inzicht in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen ervan ontbreekt.¹⁰⁶⁵ Een dissociatieve stoornis wordt in de DSM-5 omschreven als een: “[...] disruption of and/or discontinuity in the normal integration of consciousness, memory, identity, emotion, perception, body representation, motor control, and behavior.”¹⁰⁶⁶ Als sprake is van een volledige dissociatie, zijn handelen en bewustzijn geheel losgekoppeld. De verdachte is zich niet bewust van wat hij doet en heeft geen opzet, omdat hij geen enkel inzicht had in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen ervan.¹⁰⁶⁷

Het inzichtcriterium moet geïnterpreteerd worden in het licht van de algemene regels die voor de interpretatie van opzet gelden. Opzet moet gericht zijn op alle daarna in de delictsomschrijving opgenomen bestanddelen van het delict.¹⁰⁶⁸ Dat betekent dat het “inzicht” waarop het inzichtcriterium betrekking heeft, het inzicht in het vervullen van de bestanddelen van een delict moet zijn. De verdachte in *Clark v. Arizona* weet dat hij een pistool trekt en de trekker overhaalt en heeft daardoor “enig” inzicht in de draagwijdte van zijn gedraging en de mogelijke gevolgen ervan. Opzet kan echter niet worden aangenomen bij een verdachte die daadwerkelijk overtuigd is dat hij een buitenaards wezen doodschiet. Een buitenaards wezen kwalificeert niet

¹⁰⁶² HR 22 juli 1963, *NJ* 1968, 217 m.nt. Enschedé; HR 9 juni 1981, *NJ* 1983, 412 m.nt. Van Veen, r.o. 6; HR 24 november 1998, *NJ* 1999, 156, r.o. 4.7.1; HR 9 december 2008, *NJ* 2009, 157 m.nt. Schalken, r.o. 4.2; HR 9 maart 2010, *NJ* 2010, 160, r.o. 3.2; HR 16 maart 2010, LJN BK8507, r.o. 2.5.

¹⁰⁶³ HR 9 december 2008, *NJ* 2009, 157 m.nt. Schalken, r.o. 4.2; HR 9 maart 2010, *NJ* 2010, 160, r.o. 3.2; HR 16 maart 2010, LJN BK8507, r.o. 2.5.

¹⁰⁶⁴ Van Dijk 2008, p. 300-303; Knigge 1993, p. 21-22. Als de Wet forensische zorg in haar huidige vorm wordt aangenomen, dan wordt het mogelijk om ook de vrijgesproken psychisch gestoorde verdachte op de voet van artikel 37 Sr in een psychiatrisch ziekenhuis te plaatsen. (*Kamerstukken I* 2012/13, 32 398, nr. D, p. 3, 12.)

¹⁰⁶⁵ Stevens & Prinsen 2009.

¹⁰⁶⁶ APA 2013, p. 291.

¹⁰⁶⁷ Stevens & Prinsen 2009, p. 118.

¹⁰⁶⁸ Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 99-100; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 201-202; De Hullu 2015, p. 221; Kelk/De Jong 2013, p. 254-256. Zie ook HR 20 mei 2008, *NJ* 2008, 302, r.o. 3.6; HR 26 oktober 2010, LJN BO1713, r.o. 2.4; HR 25 juni 2013, *NJ* 2013, 482 m.nt. Keulen, r.o. 3.4.

als “een ander” in de zin van artikel 287 Sr. Het opzet van de verdachte is er daarom niet op gericht geweest “een ander” in de zin van artikel 287 Sr van het leven te beroven.¹⁰⁶⁹ Hij beschikt niet over strafrechtelijk relevant inzicht in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen ervan, hoewel hij wel “enig” inzicht in zijn gedraging heeft. Advocaat-generaal Jörg geeft als vergelijkbaar voorbeeld schieten op iemands hoofd, onder invloed van de bizarre waan dat het hoofd een klok is.¹⁰⁷⁰ In de feitenrechtspraak is een zaak te vinden waarin een verdachte elektriciteitsschakelaars in een ziekenhuis omzet, waardoor levensgevaar voor een ander te duchten is (artikel 161bis sub 3 Sr). De verdachte verkeert in de waan dat hij met het omzetten van de schakelaars een puzzel in een computerspel oplost waarmee hij een tandenborstel kan winnen. De verdachte wordt vrijgesproken omdat aan het inzichtcriterium is voldaan.¹⁰⁷¹ In al deze zaken heeft de verdachte enig inzicht in wat hij doet. Hij weet dat hij schiet of schakelaars omzet. Niettemin heeft de verdachte geen opzet, omdat inzicht in het vervullen van de delictsbestanddelen ontbreekt. Niet alleen dissociatieve stoornissen kunnen daarom leiden tot het ontbreken van opzet, ook sommige bizarre waanvoorstellingen.

De in de vorige alinea besproken bizarre waanvoorstellingen leveren geen probleem op voor de toepassing van het in dit onderzoek verdedigde criterium voor ontoerekenbaarheid. In deze gevallen is geen sprake van opzet en wordt de verdachte vrijgesproken. Ontoerekenbaarheid hoeft niet beoordeeld te worden. Niet alle waanvoorstellingen leveren echter een zodanig radicale breuk met de realiteit op dat aan het inzichtcriterium is voldaan. In de zaak waarin advocaat-generaal Jörg concludeerde, denkt de verdachte onder invloed van een waanvoorstelling dat zijn moeder een *alien* is, die zijn energie “weghaalt” en zijn hersens “aftapt”. Omdat hij de *alien* uit zijn hoofd wil hebben, probeert hij zijn moeder te doden. Het oordeel van het gerechtshof dat de verdachte opzet had op de dood van zijn moeder houdt stand in cassatie.¹⁰⁷² Vermoedelijk doorstaat het oordeel van het gerechtshof de toets der kritiek, omdat de verdachte óók verklaart dat hij wist dat hij zijn moeder probeerde te doden.¹⁰⁷³ Hij zag dus in dat hij “een ander” in de zin van artikel 287 Sr van het leven probeerde te beroven. Opzet mocht daarom bewezen worden verklaard. In deze casus is wél de vraag aan de orde of artikel 39 Sr moet worden toegepast.

Een dergelijke casus is moeilijk te beoordelen volgens het hier verdedigde criterium voor ontoerekenbaarheid. De vraag moet worden

¹⁰⁶⁹ Vgl. Morse & Hoffman 2007, p. 1101-1102.

¹⁰⁷⁰ CAG Jörg voor HR 16 maart 2010, LJN BK8507, onder 7.

¹⁰⁷¹ Rb. Zwolle-Lelystad 27 oktober 2009, LJN BK1516.

¹⁰⁷² HR 16 maart 2010, LJN BK8507, r.o. 2.6. Vgl. HR 9 december 2008, NJ 2009, 157 m.nt. Schalken.

¹⁰⁷³ Aldus ook CAG Jörg voor HR 16 maart 2010, LJN BK8507, onder 9.

beantwoord of het “weghalen” van energie en het “aftappen” van hersens een wederrechtelijke aanranding in de zin van artikel 41 lid 1 Sr oplevert waartegen de verdachte zich zou mogen verdedigen als de feitelijke situatie zo zou zijn geweest als hij zich voorstelde. Dat is letterlijk genomen een juridisch onzinnige vraag. De waanvoorstelling in deze casus is een grensgeval. De psychische gesteldheid van de verdachte verschilt niet zó radicaal van die van de “normale” verdachte dat de strafrechtelijke normen in het geheel niet op hem kunnen worden toegepast en hij moet worden vrijgesproken. Tegelijkertijd is de waanvoorstelling ver genoeg verwijderd van de realiteit om een beoordeling volgens het hier verdedigde criterium een absurdistisch karakter te geven.

Twee oplossingen zijn denkbaar. Een mogelijke oplossing is een engere interpretatie van opzet. Hoewel de verdachte “enig” inzicht heeft in het feit dat hij een ander van het leven probeert te beroven, kan betwijfeld worden of hij wel “echt” zijn moeder wil doden of de aanmerkelijke kans daarop aanvaardt. Hoewel in een hele basale zin aan de vereisten voor het bewijs van opzet is voldaan, verschilt de psychische gesteldheid van de verdachte zó radicaal van de strafrechtelijke veronderstellingen over normaal psychisch functioneren, dat niet kan worden gezegd dat de normen van het strafrecht zich tot hem richten. Een restrictievere interpretatie van opzet betekent dat de verdachte voor het bewijs van opzet een dieper gaand inzicht in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen ervan moet hebben dan nu door de Hoge Raad vereist wordt. Het voordeel van het huidige opzetbegrip is echter juist dat het zich laat vaststellen aan de hand van relatief oppervlakkige mentale toestanden.¹⁰⁷⁴ Door voor het bewijs van opzet een dieper inzicht in de draagwijdte van een gedraging te vereisen, wordt de rechter voor een moeilijke opgave gesteld. De relatief eenvoudige vaststelling dat de verdachte wel of geen inzicht had in het vervullen van de delictsbestanddelen, maakt dan plaats voor een gecompliceerder onderzoek naar de – bijkans filosofische – vraag wat het betekent “werkelijk” te begrijpen iemand anders van het leven te beroven.¹⁰⁷⁵ Deze restrictievere interpretatie van opzet kan niet beperkt worden tot het uitzonderingsgeval van de verdachte die aan bizarre waanvoorstellingen lijdt, maar zou zich uitstrekken tot iedere zaak waarin het opzet van de verdachte moet worden bewezen. Het bestanddeel “opzet” is daardoor niet alleen veel minder scherp afgebakend, maar er zou ook vaker dan onder de huidige interpretatie moeten worden vrijgesproken. Omdat het hier besproken probleem zich voordoet in een beperkt aantal uitzonderingsgevallen, wegen de nadelen van deze restrictievere algemene interpretatie van opzet niet op tegen de voordelen.

¹⁰⁷⁴ Van Dijk 2008, p. 288. Zie ook CAG Harteveld 17 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:602, onder 3.6.

¹⁰⁷⁵ Vgl. Williams 1961, p. 491-492.

Als in de hier besproken grensgevallen niet wordt vrijgesproken, moeten zij worden beoordeeld in het kader van ontoerekenbaarheid. Hoewel de vraag absurd is of in het hiervóór beschreven geval van de verdachte die zijn moeder probeert te doden zich binnen de waanvoorstelling een wederrechtelijke aanranding in de vorm van energie “weghalen” en hersens “aftappen” voordoet, kan wel een *parallel* worden getrokken met een noodweersituatie.¹⁰⁷⁶ In de beleving van de verdachte zal zijn situatie weinig verschild hebben van een noodweersituatie. Op grond daarvan kan worden aangenomen dat hij dwaalde over de wederrechtelijkheid. Hiervóór is als stelregel verdedigd dat bij dwaling over de wederrechtelijkheid slechts kan worden toegerekend als de gedraging van de verdachte in het licht van zijn waanvoorstelling evident disproportioneel was en hij een duidelijk gedragsalternatief had.¹⁰⁷⁷ In grensgevallen als deze, waarin de psychische gesteldheid van de verdachte zodanig is dat opzet ternauwernood bewezen kan worden, moeten de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit vérgaand gerelativeerd worden of zou een vorm van putatieve noodweerexces kunnen worden aangenomen. Ontoerekenbaarheid kan daarom in deze casus aanvaardbaar zijn.¹⁰⁷⁸ Naarmate de psychische gesteldheid van de verdachte verder afwijkt van de veronderstellingen over normaal psychisch functioneren die in het strafrecht besloten liggen, is het eerder aanvaardbaar de normen voor schulduitsluiting die voor psychisch gestoorde verdachten gelden niet onverkort op de psychisch gestoorde verdachte toe te passen.

13.6 Persoonlijkheidsstoornissen en ontoerekenbaarheid

Een belangrijke categorie in de psychiatrie erkende stoornissen wordt gevormd door de persoonlijkheidsstoornissen. Hoewel persoonlijkheidsstoornissen stoornissen in de zin van artikel 39 Sr kunnen zijn,¹⁰⁷⁹ zijn zij niet als zodanig aan de orde gekomen in het hiervóór verrichte onderzoek. Persoonlijkheidsstoornissen worden volgens de *DSM-5* gekenmerkt door:

‘[...] an enduring pattern of inner experience and behavior that deviates markedly from the expectations of the individual’s culture, is pervasive and inflexible, has an onset in adolescence or early adulthood, is stable over time, and leads to distress or impairment.’¹⁰⁸⁰

¹⁰⁷⁶ Vgl. Slobogin 2009, p. 541-542.

¹⁰⁷⁷ Zie paragraaf 13.3.2.1.

¹⁰⁷⁸ Het gerechtshof oordeelde dat het feit niet kon worden toegerekend. (HR 16 maart 2010, LJN BK8507, r.o. 2.4.)

¹⁰⁷⁹ Zie paragraaf 12.3.

¹⁰⁸⁰ APA 2013, p. 645.

Strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gevestigd door een concrete gedraging van de verdachte en de voor het bewijs van de subjectieve delictsbestanddelen noodzakelijke wensen en overtuigingen.¹⁰⁸¹ Het *gedrag* van de verdachte en de wensen en overtuigingen waarmee dat gedrag gepaard gaat, constitueert aansprakelijkheid, niet zijn karakter of persoonlijkheid.¹⁰⁸² Dit strafrechtelijke uitgangspunt heeft gevolgen voor de interpretatie van ontoerekenbaarheid. Voor een geslaagd beroep op ontoerekenbaarheid moet worden beoordeeld of een afwijkende psychische gesteldheid – de psychische stoornis – *ten tijde* van het delict ertoe leidt dat aan het criterium is voldaan. Als de psychische gesteldheid van de verdachte ten tijde van het delict onderdeel is van een duurzaam patroon (*enduring pattern*) dat verband houdt met zijn persoonlijkheid of karakter, is de duurzaamheid van dat patroon niet relevant voor de beoordeling van ontoerekenbaarheid. Een psychische gesteldheid die in de psychiatrie *vanwege* zijn aanhoudendheid als pathologisch wordt geclassificeerd, hoeft *ten tijde* van het delict geen strafrechtelijk relevant verschil met de “normale” verdachte op te leveren. Persoonlijkhedsstoornissen zijn niet relevant op grond van het feit dat het stoornissen van de persoonlijkheid zijn.

Daaruit volgt niet dat persoonlijkheidsstoornissen strafrechtelijke relevantie missen. Voor zover persoonlijkheidsstoornissen gepaard gaan met een afwijkende psychische gesteldheid ten tijde van het delict die als stoornis in de zin van artikel 39 Sr kwalificeert, kunnen zij potentieel tot ontoerekenbaarheid leiden.¹⁰⁸³ Een symptoom van een paranoïde persoonlijkheidsstoornis (*paranoid personality disorder*) is bijvoorbeeld dat iemand zonder redelijke grond denkt dat anderen hem uitbuiten, schade toebrengen of misleiden: ‘They suspect on the basis of little or no evidence that others are plotting against them and may attack them suddenly, at any time and without reason.’¹⁰⁸⁴ Deze afwijkende psychische gesteldheid kan net als een waanvoorstelling ertoe leiden dat een verdachte ten onrechte veronderstelt zich in een noodweersituatie te bevinden.¹⁰⁸⁵ De voorwaarden waaronder in een dergelijk geval ontoerekenbaarheid kan worden aangenomen, zijn eerder uiteengezet.¹⁰⁸⁶

¹⁰⁸¹ Zie paragraaf 12.2.3.

¹⁰⁸² Aldus ook Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 13-15; De Hullu 2015, p. 208; Kelk/De Jong 2013, p. 242-243. Zie ook Moore 2010, p. 548-592.

¹⁰⁸³ In de beoordeling of een verdachte redelijkerwijs weerstand kon en moest bieden aan een van buiten komende drang mag de persoonlijkheid van de verdachte worden betrokken. (HR 6 december 2011, *NJ* 2012, 591 m.nt. Keulen, r.o. 3.4.) De persoonlijkheid van de verdachte zegt in verband met psychische overmacht iets over de mate waarin hij ten tijde van het delict weerstand kon en moest bieden.

¹⁰⁸⁴ APA 2013, p. 650.

¹⁰⁸⁵ APA 2013, p. 648: ‘Many of the specific criteria for the personality disorders describe features (e.g., suspiciousness, dependency, insensitivity) that are also characteristic of episodes of other mental disorders.’

¹⁰⁸⁶ Zie paragraaf 13.3.2.1.

13.7 Verminderde toerekenbaarheid

Het is in het Nederlandse strafrecht van oudsher gebruikelijk dat de gedragsdeskundige rapporteert in gradaties van “toerekeningsvatbaarheid”.¹⁰⁸⁷ In deze paragraaf wordt onderzocht of een rol voor een vermindering van de toerekenbaarheid kan zijn weggelegd als het in dit onderzoek verdedigde criterium voor ontoerekenbaarheid wordt gehanteerd, en zo ja, welke. Het perspectief verschuift daardoor van de derde materiële vraag van artikel 350 Sv over de strafbaarheid van de verdachte naar de vierde en laatste materiële vraag welke straf of maatregel moet worden opgelegd. De verminderd toerekenbare verdachte is immers per definitie niet ontoerekenbaar en daarom strafbaar. Met verminderde toerekenbaarheid wordt hier bedoeld dat de verdachte in mindere mate een verwijt voor het delict kan worden gemaakt, in die zin dat zijn verwijtbaarheid zich ten tijde van het delict ergens bevindt in een continuüm tussen “volledig” toerekenbaar en ontoerekenbaar. Verminderde toerekenbaarheid betekent in het kader van subcriterium C1 dat de verdachte in verminderde mate heeft kunnen begrijpen dat het feit wederrechtelijk was en in het kader van subcriterium C2 dat hij niet onvoldoende, maar wel in verminderde mate in staat was in overeenstemming met zijn begrip van de wederrechtelijkheid van het feit te handelen.

Als ontoerekenbaarheid tot strafuitsluiting leidt, zou gedacht kunnen worden dat *verminderde* toerekenbaarheid tot een lagere straf moet leiden. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad verplicht een vermindering van de toerekenbaarheid de rechter echter niet tot het opleggen van een lagere straf. Het beginsel “straf naar de mate van schuld” vindt geen steun in het recht.¹⁰⁸⁸ Kenmerkend voor de straftoematingsbeslissing in het Nederlandse strafrecht is de grote mate van vrijheid die de feitenrechter heeft, zowel ten aanzien van de motivering van de straf als ten aanzien van de hoogte van de op te leggen straf. De rechter hoeft geen verantwoording af te leggen over de omstandigheden die hij ten grondslag legt aan de opgelegde straf. Slechts wanneer de straftoematingsbeslissing onbegrijpelijk is, volgt cassatie.¹⁰⁸⁹ De rechter mag de op het bewezenverklaarde strafbare feit

¹⁰⁸⁷ Zie paragraaf 4.2.

¹⁰⁸⁸ HR 24 juli 1967, *NJ* 1969, 63 m.nt. Enschedé (Antilliaanse zaak); HR 12 november 1985, *NJ* 1986, 327 m.nt. Van Veen, r.o. 6.2.2. Zie ook HR 10 september 1957, *NJ* 1958, 5 m.nt. Pompe; HR 15 juli 1985, *NJ* 1986, 184; HR 4 juni 1985, *NJ* 1986, 95 m.nt. Mulder, r.o. 8.2; HR 4 december 2007, *NJ* 2008, 19, r.o. 3.3-3.5. Deze jurisprudentie is onderwerp van debat geweest: Bleichrodt 2002, p.112-113; Enschedé 1969; Haffmans 1989, p. 59-60; Jonkers 1999, p. 167; Leijten 1987; Pompe 1958. Zie ook CAG Minkenhof voor HR 24 juli 1967, *NJ* 1969, 63 m.nt. Enschedé; CAG Leijten voor HR 4 juni 1985, *NJ* 1986, 95 m.nt. Mulder; CAG Jörg voor HR 22 maart 2005, LJN AS5881; CAG Machielse voor HR 4 december 2007, *NJ* 2008, 19.

¹⁰⁸⁹ Zie bijvoorbeeld HR 13 oktober 2009, *NJ* 2010, 302 m.nt. Borgers. Zie nader over

gestelde maximumstraf uiteraard niet overschrijden en is gebonden aan het algemene minimum voor de vrijheidsstraf van één dag (artikel 10 lid 2 Sr). Hij is echter niet gebonden aan bijzondere minimumstraffen en mag op grond van artikel 9a Sr zelfs geheel afzien van strafoplegging, bijvoorbeeld in verband met de persoonlijkheid van de dader. De enige algemene grond voor strafvermindering die het Wetboek van Strafrecht kent, is te vinden in artikel 44a Sr. Een afspraak tussen de verdachte en de officier van justitie dat de verdachte een verklaring in een andere strafzaak zal afleggen in ruil voor een lagere strafeis, *kan* een reden zijn aan de verdachte een lagere straf op te leggen. De maximumstraf blijft echter gelijk. De strafverminderende omstandigheid van artikel 44a Sr laat de straftoemingsvrijheid van de rechter ongemoeid.

De rechter moet in de straftoemingsbeslissing strafverzwarende en strafverminderende omstandigheden betrekken. De afweging van al die – niet in de wet omschreven – factoren mondt uit in een straf die op de bijzondere omstandigheden van het geval is toegesneden.¹⁰⁹⁰ De mate van verwijtbaarheid is een factor die in de afweging van de rechter als strafverlagende of juist -verhogende omstandigheid kan worden betrokken. Verminderde toerekenbaarheid heeft vanwege de lagere mate van verwijtbaarheid in potentie een strafverminderende werking.¹⁰⁹¹ Strafverminderende werking vanwege een lagere mate van verwijtbaarheid is niet voorbehouden aan verminderde toerekenbaarheid. Een verdachte kan de voorwaarden voor psychische overmacht bijvoorbeeld deels, maar niet geheel vervullen omdat hij handelde onder invloed van een van buiten komende drang waaraan hij *in mindere mate* weerstand kon bieden. Deze verdachte treft onder gelijke overige omstandigheden eveneens een kleiner verwijt dan de verdachte die hetzelfde misdrijf niet onder invloed van een van buiten komende drang pleegt. Hetzelfde gaat bijvoorbeeld op voor de verdachte die in een noodweersituatie de grenzen van de noodzakelijke verdediging zo disproportioneel overschrijdt, dat een beroep op noodweerexces wordt afgewezen.¹⁰⁹² Omdat het beginsel “straf naar de mate van schuld” geen steun vindt in het recht, komt in het kader van de straftoemingsbeslissing geen bijzondere positie toe aan een lagere mate van verwijtbaarheid doordat

(motiveringsvoorschriften ten aanzien van) de straftoemingsbeslissing: Bleichrodt & Vegter 2013, p. 43-46; Corstens/Borgers 2014, p. 874-878.

¹⁰⁹⁰ Bleichrodt & Vegter 2013, p. 44.

¹⁰⁹¹ Zie Claessen & De Vocht 2012 voor onderzoek naar het effect van verschillende gradaties van verminderde toerekeningsvatbaarheid op de straftoemeting.

¹⁰⁹² HR 8 april 2008, NJ 2008, 312 m.nt. Keijzer. De Amerikaanse federale Sentencing Guidelines rechtvaardigen niet alleen een *downward departure* als sprake is van *diminished capacity* (artikel 5K2.13 SG), maar ook onder meer wanneer sprake is van een situatie die *neigt* naar overmacht als noodtoestand (artikel 5K2.11 SG) of psychische overmacht (artikel 5K2.12 SG), terwijl geen sprake is van een *complete defense*. (USSC 2014, p. 469. Zie ook paragraaf 10.3.3.)

de voorwaarden van een schulditsluitingsgrond niet geheel zijn vervuld. De rechter mag een straf opleggen die de mate van schuld overstijgt, bijvoorbeeld omdat hij preventieve overwegingen laat prevaleren.

Andere redenen dan een lagere mate van verwijtbaarheid kunnen onder gelijke overige omstandigheden rechtvaardigen dat aan de psychisch gestoorde verdachte een lagere straf wordt opgelegd. Het is niet in alle gevallen zinvol om de psychisch gestoorde verdachte die de wederrechtelijkheid van het feit volledig begrijpt en die onverkort in staat is volgens zijn begrip van de wederrechtelijkheid te handelen, een straf van dezelfde hoogte op te leggen als aan de geestelijk gezonde verdachte onder gelijke overige omstandigheden zou zijn opgelegd. De rechter kan bijvoorbeeld oordelen dat een langdurige gevangenisstraf vanwege de stoornis een ongunstig effect zal hebben op het risico op recidive en daarom de straf matigen. Een ernstige stoornis die er echter niet toe heeft geleid dat de verdachte in verminderde mate heeft kunnen begrijpen dat het feit wederrechtelijk was of dat hij in verminderde mate in staat was in overeenstemming met zijn begrip van de wederrechtelijkheid van het feit te handelen, kan – bijvoorbeeld vanwege de lijdensdruk die de stoornis veroorzaakt – aanleiding zijn voor een zekere mate van coulance met de verdachte. Dergelijke coulance houdt geen verband met het verwijt dat aan de verdachte wordt gemaakt.

Verminderde toerekenbaarheid is slechts één van vele factoren die de hoogte van de straf kunnen beïnvloeden. Omdat de straftoematingsbeslissing in het Nederlandse strafrecht – anders dan onder de Amerikaanse Sentencing Guidelines¹⁰⁹³ – maar beperkt genormeerd is, is de betekenis van verminderde toerekenbaarheid voor de straftoemeting betrekkelijk.

Voor de plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis op de voet van artikel 37 lid 1 Sr is vereist dat de verdachte op grond van artikel 39 Sr van alle rechtsvervolging is ontslagen. Opleggen van deze maatregel is daarom niet mogelijk als sprake is van verminderde toerekenbaarheid. Tbs (artikel 37a Sr) kan ook aan de strafbare verdachte worden opgelegd. In hoeverre is het op het hier verdedigde criterium voor ontoerekenbaarheid gebaseerde concept van verminderde toerekenbaarheid van belang voor de beslissing tbs op te leggen?

Artikel 37a lid 1 Sr eist slechts dat de verdachte “tijdens het begaan van het feit” aan een stoornis leed. De rechter hoeft volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad in zijn vonnis niet vast te stellen dat een causaal verband tussen stoornis en delict bestond.¹⁰⁹⁴ Hoewel artikel 37a lid 1 Sr, noch de Hoge Raad vereist dat de rechter in zijn vonnis vaststelt dat sprake is van een causaal verband tussen stoornis en delict, is het moeilijk denkbaar dat

¹⁰⁹³ Zie paragraaf 10.3.3.

¹⁰⁹⁴ HR 13 maart 1979, *NJ* 1979, 364 m.nt. Melai, r.o. 6; HR 22 januari 2008, *LJN* BC1311, r.o. 4.4.1-4.4.3; HR 19 februari 2013, *NJ* 2013, 436 m.nt. Keijzer, r.o. 5.4.

tbs wordt opgelegd als vaststaat dat de stoornis van de verdachte geen enkel verband met het delict houdt. Tbs is een strafrechtelijke maatregel die wordt opgelegd naar aanleiding van een strafbaar feit.¹⁰⁹⁵ Slechts als een causaal verband tussen stoornis en delict aannemelijk is, lijkt daaraan recht te kunnen worden gedaan.¹⁰⁹⁶

Als wordt uitgegaan van het hier verdedigde criterium voor ontoerekenbaarheid, dan zal in veel gevallen waarin een feit kan worden toegerekend een causaal verband tussen stoornis en delict bestaan. Casus B1 en C1 illustreren dat:

- B1 Een verdachte die aan een waanvoorstelling lijdt pleegt doodslag. Het slachtoffer is een vermeende achtervolger die hem voortdurend treitert door hem indringend aan te kijken. De verdachte ergert zich daar mateloos aan.
- C1 Een verdachte die aan een waanvoorstelling lijdt pleegt een moord. Het slachtoffer is een hoge ambtenaar van wie de verdachte denkt dat hij deel uitmaakt van een complot. Om de samenleving te waarschuwen voor het complot doodt hij de ambtenaar.

Verminderde toerekenbaarheid in het kader van subcriterium C1 is hiervóór gedefinieerd als het *in verminderde mate* kunnen begrijpen van de wederrechtelijkheid van het feit. De waanvoorstelling waaraan de verdachte in casus B1 lijdt, is niet zodanig dat zijn begrip van de wederrechtelijkheid van het feit verminderd is. Treiteren door iemand indringend aan te kijken, is ver verwijderd van een wederrechtelijke aanranding van lijf, eerbaarheid of goed. Er is daarom geen aanleiding aan te nemen dat de verdachte verminderd in staat was te begrijpen dat zijn uit ergernis gepleegde doodslag wederrechtelijk was. In casus C1 lijkt het daarentegen verdedigbaar aan te nemen dat de overtuiging van de verdachte dat hij moreel in zijn recht staat, maakt dat hij in mindere mate in staat is te begrijpen dat zijn gedrag wederrechtelijk is. In casus B1 is geen sprake van verminderde toerekenbaarheid, in casus C1 wel. In beide gevallen bestaat echter een causaal verband tussen de stoornis en het delict in de zin van een *condicio sine qua non*-verband. Als de oplegging van tbs beperkt zou zijn tot gevallen waarin sprake is van een vermindering van de toerekenbaarheid, dan kan in casus C1 wél, maar in B1 géén tbs opgelegd worden. Dat zou in strijd zijn met de hiervóór beschreven vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, omdat die jurisprudentie opleggen van tbs mogelijk maakt in gevallen waarin een causaal verband tussen stoornis

¹⁰⁹⁵ HR 19 februari 2013, *NJ* 2013, 436 m.nt. Keijzer, r.o. 5.4.

¹⁰⁹⁶ Bijlsma 2010. Aldus ook CAG Knigge voor HR 24 januari 2012, LJN BU6012, onder 4.8-4.11; Mevis & Vegter 2011, p. 124-126; Van Mulbregt 2009, p. 277-279. Anders: Kooijmans 2002, p. 156-159; CAG Machielse voor HR 19 februari 2013, *NJ* 2013, 436 m.nt. Keijzer, onder 4.4-4.5.

en delict is vastgesteld. Sommige stoornissen vallen bovendien niet onder het stoornisconcept van artikel 39 Sr, maar wél onder dat van artikel 37a lid 1 Sr.¹⁰⁹⁷ Die stoornissen kunnen niet leiden tot een vermindering van de toerekenbaarheid. Verminderde toerekenbaarheid is daarom niet bruikbaar om vast te stellen of aan de voorwaarden voor oplegging van tbs is voldaan.

13.8 De rol van de gedragsdeskundige in het kader van artikel 39 Sr

In de Nederlandse rechtspraak is het gebruik ontstaan dat de gedragsdeskundige rapporteert over de mate van toerekeningsvatbaarheid van de verdachte.¹⁰⁹⁸ De vraag rijst hoe het hier verdedigde criterium zich tot deze praktijk verhoudt. Is gedragswetenschappelijke advisering over de vraag of aan het criterium voor ontoerekenbaarheid is voldaan wenselijk?

Het criterium voor ontoerekenbaarheid is gebaseerd op normatieve, juridische concepten. Beoordeeld moet worden of de verdachte niet kon begrijpen dat het feit wederrechtelijk was of dat hij onvoldoende in overeenstemming met zijn begrip van de wederrechtelijkheid kon handelen. Dit criterium is niet op te vatten als een puur feitelijke beschrijving van de geestesgesteldheid van de verdachte ten tijde van het delict. Om aan subcriterium C1 te voldoen, is bijvoorbeeld onvoldoende dat een verdachte *feitelijk* niet wist dat hij een strafbaar feit pleegde. Subcriterium C1 is pas van toepassing als de verdachte niet *kon* begrijpen dat hij wederrechtelijk handelde. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als de verdachte onder invloed van een waanvoorstelling in de veronderstelling verkeerde dat hij zichzelf moest verdedigen. In dat geval moet worden beoordeeld of zich een noodweersituatie voerde en of het handelen van de verdachte voldeed aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, als de werkelijke situatie zo zou zijn geweest als hij zich voorstelde. Ook moet de vraag worden beantwoord of aanvaardbaar is de onderzoeksplicht die geldt voor een geslaagd beroep op putatieve rechtvaardiging, in dit geval niet toe te passen. De toets of aan het criterium voor ontoerekenbaarheid is voldaan, vergt een beoordeling van de vraag of aanvaardbaar is de normen voor schulditsluiting die voor “normale” verdachten gelden, niet onverkort op de psychisch gestoorde verdachte toe te passen. Deze normatieve toets is niet principieel verschillend van de beoordeling of aan één van de andere schulditsluitingsgronden is voldaan.

De gedragsdeskundige beschikt niet over de juridische kennis die nodig is om te beoordelen of bijvoorbeeld sprake zou zijn geweest van een rechtvaardigingsgrond als de situatie zo zou zijn geweest als de verdachte zich voorstelde en of aanvaardbaar is aan deze verdachte geen onderzoeksplicht op te leggen. Vragen aan de gedragsdeskundige of aan het criterium voor

¹⁰⁹⁷ Zie paragraaf 12.5.2.

¹⁰⁹⁸ Zie hoofdstuk vier.

ontoerekenbaarheid is voldaan, is vergelijkbaar met vragen aan een statisticus of het voor voorwaardelijk opzet geldende criterium voor “aanmerkelijke kans” is vervuld, of aan een patholoog-anatoom of het redelijk is de dood van het slachtoffer aan de verdachte toe te rekenen. De forensisch deskundige kan op grond van zijn expertise deze juridische, normatieve vragen niet beantwoorden.¹⁰⁹⁹ Het voorkomt daarom verwarring als de forensisch gedragsdeskundige niet adviseert over de vraag of aan het criterium voor ontoerekenbaarheid is voldaan.

Het oordeel over ontoerekenbaarheid staat echter niet los van de feiten. Ten eerste moet worden vastgesteld of de verdachte aan een stoornis in de zin van artikel 39 Sr leed. Daarvoor is in belangrijke mate bepalend of sprake is van een in de psychiatrie erkende stoornis. De daaropvolgende vraag of sprake is van een *condicio sine qua non*-verband tussen stoornis en delict, is ook van feitelijke aard. Om te kunnen beoordelen of aan het criterium is voldaan, moet de rechter vervolgens inzicht krijgen in de geestesgesteldheid van de verdachte ten tijde van het delict. Het criterium voor ontoerekenbaarheid geeft aan welke feiten in dat verband mogelijk relevant zijn.¹¹⁰⁰ Of de overtuigingen van de verdachte stroken met de realiteit is bijvoorbeeld van belang in het kader van subcriterium C1. Het onderzoek van de gedragsdeskundige kan zich richten op de inhoud van eventuele waanvoorstellingen. De mate waarin een waan voor correctie vatbaar is geweest, is ook relevant. Eveneens is in verband met subcriterium C1 het vermogen van de verdachte tot praktisch redeneren ten tijde van het delict van belang. Was de verdachte ten tijde van het delict bijvoorbeeld intellectueel in staat om gedragsnormen op zijn voorgenomen gedrag toe te passen? In het kader van criterium C2 is van belang of de verdachte tot het delict werd gedrongen door een stoornis. De rechter dient inzicht te krijgen in de mate waarin bepaalde voor strafrechtelijke aansprakelijkheid cruciale psychische functies ten tijde van het delict gestoord zijn geweest. De functionele benadering van het onderzoek *pro justitia*¹¹⁰¹ – die tegenwoordig aan invloed wint – lijkt hierbij goed aan te sluiten. Feitelijke kwesties die geen verband houden met het criterium zijn eveneens van belang voor de beoordeling van ontoerekenbaarheid, bijvoorbeeld of de verdachte simuleert

¹⁰⁹⁹ Aldus ook Hummelen & Aben 2015, p. 170-171; Meynen & Kooijmans 2015, p. 179. Zie ook paragraaf 4.5.

¹¹⁰⁰ Aldus ook Meynen & Kooijmans 2015, p. 181.

¹¹⁰¹ Zie paragraaf 4.3.6. Het uitgebreide *format* van Hummelen & Aben (2015, p. 171-173) beschrijft psychische functies die van belang lijken te kunnen zijn voor de beoordeling van ontoerekenbaarheid volgens het in dit onderzoek verdedigde criterium. Niet alle functies zijn echter even relevant. Stoornis van de affectieve functies kan bijvoorbeeld in beginsel niet tot ontoerekenbaarheid leiden. (Zie paragraaf 13.3.2.2.) Uit het hier verdedigde criterium vloeit eveneens voort dat – anders dan het *format* voorschrijft – de gedragsdeskundige geen onderzoek hoeft te verrichten naar de mate waarin de stoornis het delict veroorzaakte. (Zie paragraaf 13.2.)

ten tijde van het delict aan een stoornis te hebben geleden en de vraag of de stoornis veroorzaakt is door drugs- of alcoholgebruik. Deze vragen kan de rechter (doorgaans) niet beantwoorden zonder de hulp van de gedragsdeskundige. Zoals de statisticus feitelijke informatie over de hoogte van een kans kan aanleveren die van belang kan zijn voor de beoordeling van voorwaardelijk opzet en de patholoog-anatoom zich uit kan laten over de doodsoorzaak van het slachtoffer op grond waarvan beoordeeld kan worden of het redelijk is het feit aan de verdachte toe te rekenen, zo kan de gedragsdeskundige de feitelijke informatie aanleveren waarop de beslissing over ontoerekenbaarheid mede wordt gebaseerd.

In de forensische gedragswetenschappen wint de opvatting terrein dat de gedragsdeskundige zich beter kan onthouden van uitspraken over de mate van toerekeningsvatbaarheid van de verdachte.¹¹⁰² Het hier verdedigde toetsingskader biedt de rechter de handvatten om bij gebreke van een gedragswetenschappelijk advies over de toerekeningsvatbaarheid zich een eigen oordeel te vormen.

¹¹⁰² Zie paragraaf 4.5.

Conclusie

Een toetsingskader voor ontoerekenbaarheid

Op grond van artikel 39 Sr is een psychische stoornis een grond voor strafuitsluiting als een strafbaar feit daardoor niet kan worden toegerekend aan de verdachte. Aan een geslaagd beroep op ontoerekenbaarheid worden twee voorwaarden gesteld. De verdachte moet aan een stoornis lijden en er moet voldaan zijn aan een criterium voor ontoerekenbaarheid. Noch de wet, noch de jurisprudentie van de Hoge Raad schrijven echter een bepaald criterium dwingend voor. Ook de reikwijdte van het stoornisvereiste is onduidelijk. Omdat beide voorwaarden voor ontoerekenbaarheid onduidelijk zijn afgebakend, ontbreekt een helder toetsingskader voor de beoordeling van het recht op strafuitsluiting van de psychisch gestoorde verdachte.

Uit dit onderzoek is gebleken dat bij de beoordeling van ontoerekenbaarheid feitenrechters veel verschillende – en regelmatig onjuiste – maatstaven aanleggen. Deze criteria hebben een potentieel verschillende reikwijdte. Daardoor bestaat het risico dat vergelijkbare zaken in de rechtspraak verschillend worden behandeld en zijn de rechtseenheid en rechtszekerheid in het geding. Ook vanuit het oogpunt van rechtsbescherming is het ontbreken van een afgebakend toetsingskader voor ontoerekenbaarheid problematisch. De verdachte kan een beroep op ontoerekenbaarheid niet onderbouwen met een beroep op een criterium voor ontoerekenbaarheid en met behulp van casuïstiek in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Evenmin kan hij zich verweren tegen gedragswetenschappelijke rapportages *pro justitia* waarin conclusies worden getrokken over de mate waarin hij toerekeningsvatbaar is te achten. Afbakening van de voorwaarden voor ontoerekenbaarheid is daarom noodzakelijk.

Uit rechtsvergelijkend onderzoek naar de wijze waarop de criteria voor *insanity* zich in de Amerikaanse rechtspraak hebben ontwikkeld, is geconcludeerd dat het toetsingskader voor een strafuitsluitingsgrond voor psychisch gestoorde verdachten niet los staat van de maatschappelijke context waarin die strafuitsluitingsgrond fungeert. Ontwikkelingen in de gedragswetenschappen en de evolutie van in de maatschappij levende opvattingen over de wijze waarop psychisch gestoorde verdachten strafrechtelijk bejegend zouden moeten worden, dwingen tot normatieve keuzes. Deze normatieve keuzes kunnen door het ontbreken van een duidelijk toetsingskader voor ontoerekenbaarheid niet in het Nederlandse strafrecht verdisconteerd worden. Uit het rechtsvergelijkende onderzoek zijn tevens vragen gedestilleerd die zich voordoen bij de afbakening van ontoerekenbaarheid en die beantwoord moeten worden bij de ontwikkeling van een toetsingskader.

Uit de veronderstellingen over “normaal” psychisch functioneren die in de materieelrechtelijke systematiek besloten liggen, is vervolgens een stoornisconcept afgeleid. Daarmee kan worden afgebakend onder welke omstandigheden sprake is van een stoornis in de zin van artikel 39 Sr. Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid is vereist dat de verdachte rationeel handelt, op grond van mentale toestanden – wensen, overtuigingen en emoties – die op normale wijze met zijn gedrag in verband staan. Van een stoornis in de zin van artikel 39 Sr is sprake als deze veronderstellingen ten aanzien van een bepaalde verdachte niet langer opgaan. Het stoornisconcept van artikel 39 Sr is daarom driedelig. Een stoornis is aanwezig, als de mentale toestanden (wensen, overtuigingen of emoties) van de verdachte niet normaal functioneren, als zijn praktische rede niet normaal functioneert óf als zijn mentale toestanden niet op normale wijze met zijn gedrag in verband staan.

Een criterium voor ontoerekenbaarheid is ontwikkeld door te onderzoeken onder welke voorwaarden een stoornis in de zin van artikel 39 Sr leidt tot een strafrechtelijk relevant verschil met de “normale” verdachte, op grond waarvan aanvaardbaar is de normen voor schulditsluiting die voor de “normale” verdachte gelden, niet onverkort op de psychisch gestoorde verdachte toe te passen. Elk van de drie onderdelen van het stoornisconcept – stoornis van mentale toestanden, praktische rede of mentale causaliteit – kan op eigen wijze een strafrechtelijk relevant verschil met de “normale” verdachte inhouden. Door in kaart te brengen op welke wijze de drie onderdelen van het stoornisconcept strafrechtelijk relevante verschillen kunnen opleveren, is een algemeen beeld ontstaan van de voorwaarden waaronder schulditsluiting van de psychisch gestoorde verdachte aanvaardbaar is. Daaruit vloeit voort dat ontoerekenbaarheid moet worden aangenomen als de verdachte als gevolg van een stoornis niet kon begrijpen dat het feit wederrechtelijk was, óf onvoldoende in staat was in overeenstemming met zijn begrip van de wederrechtelijkheid van het feit te handelen.

Bibliografie

Acheson 1963

D.C. Acheson, 'McDonald v. United States: The Durham Rule redefined', *The Georgetown Law Journal* 1963, p. 580-591.

ALI 1985

Model Penal Code and commentaries. (Official draft and revised comments), Philadelphia: American Law Institute 1985.

American Bar Association 1989

Criminal justice mental health standards, Washington: American Bar Association 1989.

American Medical Association 1983

Proceedings House of Delegates. December 4-7, 1983. 37th interim meeting, Los Angeles: American Medical Association 1983.

APA 1983

'American Psychiatric Association statement on the insanity defense', *The American Journal of Psychiatry* 1983, p. 681-688.

APA 2000

Diagnostic and statistical manual of mental disorders. Fourth edition. Text revision, Washington: American Psychiatric Association 2000.

APA 2013

Diagnostic and statistical manual of mental disorders. Fifth edition, Arlington: American Psychiatric Association 2013.

Appelbaum 2005

P.S. Appelbaum, 'Behavioral genetics and the punishment of crime', *Psychiatric Services* 2005, p. 25-27.

Arenella 1977

P. Arenella, 'The diminished capacity and diminished responsibility defenses: Two children of a doomed marriage', *Columbia Law Review* 1977, p. 827-865.

Arens 1967

R. Arens, 'The Durham rule in action. Judicial psychiatry and psychiatric justice', *Law and Society Review* 1967, p. 41-80.

Ashworth 2009

A. Ashworth, *Principles of criminal law*, Oxford: Oxford University Press 2009.

Augstein 1996

H.F. Augstein, 'J.C. Prichard's concept of moral insanity – a medical theory of the corruption of human nature', *Medical History* 1996, p. 311-343.

Austin 1956

J.L. Austin, 'A plea for excuses', *Proceedings of the Aristotelian Society* 1956, p. 1-30.

Bacigal & Bacigal, in: *Virginia practice. Jury instructions*

R.J. Bacigal & M.I. Bacigal, *Virginia practice. Jury instructions*, Thomson Reuters (online).

Balkema & Vegter 2013

J.P. Balkema & P.C. Vegter, 'Vluchten kan niet meer', in: J.W. Fokkens e.a. (red.), *Ad hunc modum. Opstellen over materieel strafrecht. Liber amicorum A.J. Machiels*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1-11.

Bazelon 1983

D.L. Bazelon, 'The dilemma of criminal responsibility', *Kentucky Law Journal* 1983, p. 263-277.

Van Bemmelen 1937

J.M. van Bemmelen, 'Toerekeningsvatbaarheid en normaliteit', *Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 1937, p. 223-273.

Van Bemmelen 1956

J.M. van Bemmelen, 'Over toerekeningsvatbaarheid', in: G.E. Langemeijer, J.J. Brutel de la Rivière & B.J. Stokvis (red.), *Ontmoetingen tussen Themis en Aesculaap. Lezingen, gehouden voor de juridische en medische faculteiten te Leiden*, Leiden: Brill 1956, p. 75-101.

Bennett & Hacker 2006

M.R. Bennett & P.M.S. Hacker, *Philosophical foundations of neuroscience*, Malden: Blackwell 2006.

Benson & Esher 1907

A.C. Benson & V. Esher (red.), *The letters of Queen Victoria. A selection from her Majesty's correspondence between the years 1837 and 1861. Vol. I*, London: Murray 1907.

Bentham (1823) 2007

J. Bentham, *An introduction to the principles of morals and legislation*, Mineola: Dover Publications 2007.

Beukers 2005

M.M. Beukers, 'Gedragsdeskundige rapportage in strafzaken. Waar liggen de grenzen?', *Strafblad* 2005, p. 488-511.

Bijlsma 2010

J. Bijlsma, 'Het gelijktijdigheidsvereiste bij opleggen van tbs. Een onderzoek naar een dubbelzinnig criterium', *Delikt en Delinkwent* 2010, p. 51-74.

Bijlsma 2011

J. Bijlsma, 'Drank, drugs en culpa. Zelfintoxicatie en *culpa in causa*: pleidooi voor een voorzienbaarheidseis', *Delikt en Delinkwent* 2011, p. 654-678.

Blansjaar 2011

B.A. Blansjaar, 'Van de wijzen en de gek, of de nieuwe kleren van de keizer? Psychiatrische en psychologische rapportage in strafzaken', *Proces* 2011, p. 155-161.

Bleichrodt 2002

F.W. Bleichrodt, 'Het strafrechtelijk sanctiestelsel in de revisie' (preadvies NJV), in: *Herziening van het sanctiestelsel*, Deventer: Kluwer 2002, p. 89-165.

Bleichrodt 2006

F.W. Bleichrodt, 'Right to liberty and security of person (article 5)', in: P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 455-509.

Bleichrodt & Vegter 2013

F.W. Bleichrodt & P.C. Vegter, *Sanctierecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Blomsma 2012

J. Blomsma, *Mens rea and defences in European criminal law* (diss. Maastricht), Cambridge: Intersentia 2012.

Bogdan 2013

M. Bogdan, *Concise introduction to comparative law*, Groningen: Europa Law Publishing 2013.

Bol 1991

M. Bol, *Leeftijdsgrenzen in het strafrecht gezien vanuit de ontwikkelingspsychologie* (diss. Amsterdam VU), Arnhem: Gouda Quint 1991.

Bolton 2001

D. Bolton, 'Problems in the definition of "mental disorder"', *The Philosophical Quarterly* 2001, p. 182-199.

Bolton 2008

D. Bolton, *What is mental disorder? An essay in philosophy, science and values*, New York: Oxford University Press 2008.

Bonnie 1983

R.J. Bonnie, 'The moral basis of the insanity defense', *American Bar Association Journal* 1983, p. 194-197.

Bonnie e.a. 2004

R.J. Bonnie e.a., *Criminal law*, New York: Foundation Press 2004.

Bonnie & Grisso 2000

R.J. Bonnie & J. Grisso, 'Adjudicative competence and youthful offenders', in: J. Grisso & R.G. Schwartz (red.), *Youth on trial. A developmental perspective on juvenile justice*, Chicago: The University of Chicago Press 2000, p. 73-104.

Bonnie, Jeffries & Low 2008

R.J. Bonnie, J.C. Jeffries & P.W. Low, *A case study in the insanity defense. The trial of John W. Hinckley, Jr.*, New York: Foundation Press 2008.

Borgers 2011

M.J. Borgers, 'De communicatieve strafrechter. Over de actuele betekenis van het legaliteitsbeginsel in het materiële strafrecht, de beslissingsvrijheid van de rechter en de interactie tussen wetgever en rechter' (preadvies NJV), in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 103-185.

Bosch 1965

A.G. Bosch, *Het ontstaan van het wetboek van strafrecht. Aantekeningen over de werkzaamheden van de staatscommissie in 1870 belast met de samenstelling van een ontwerp van een nieuw wetboek van strafrecht. Art. 1-91* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1965.

Botdorf 1986

C.A. Botdorf, 'The California insanity statute: The people's will or the Supreme Court's?', *Whittier Law Review* 1986, p. 627-649.

Bracton (1268) 1968

G.E. Woodbine (red.), *Bracton. On the laws and customs of England. Volume two*, Cambridge: Harvard University Press 1968 (*Bracton. De legibus et consuetudinibus Angliae* 1268, vertaald door S.E. Thorne).

Brand 2001

E.J.P. Brand, *Het persoonlijkheidsonderzoek in het strafrecht. Een aanzet tot de gedragswetenschappelijke verantwoording van de psychologische rapportage Pro Justitia, meer in het bijzonder van de toerekeningsvatbaarheidsbepaling* (diss. Tilburg), Deventer: Gouda Quint 2001.

Broun e.a. 2006

K.S. Broun e.a., *McCormick on evidence. Volume 2*, St. Paul: Thomson/West 2006.

Burnham 2011

W. Burnham, *Introduction to the legal system of the United States*, St. Paul: West 2011.

Callahan e.a. 1991

L.A. Callahan e.a., 'The volume and characteristics of insanity defense pleas: An eight-state study', *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* 1991, p. 331-338.

Campbell 2004

A.W. Campbell, *Law of sentencing*, West 2004.

Carp 1956

E.A.D.E. Carp, 'Toerekenbaarheid', in: G.E. Langemeijer, J.J. Brutel de la Rivière & B.J. Stokvis (red.), *Ontmoetingen tussen Themis en Aesculaap. Lezingen, gehouden voor de juridische en medische faculteiten te Leiden*, Leiden: Brill 1956, p. 59-74.

Carruthers 1996

P. Carruthers, 'Autism as mind-blindness: An elaboration and partial defence', in: P. Carruthers & P.K. Smith (red.), *Theories of theories of mind*, Cambridge: Cambridge University Press 1996, p. 257-274.

Chemerinsky 2011

Chemerinsky, *Constitutional law. Principles and policies*, New York: Wolters Kluwer 2011.

Churchland 1981

P.M. Churchland, 'Eliminative materialism and the propositional attitudes', *The Journal of Philosophy* 1981, p. 67-90.

Claessen & De Vocht 2012

J. Claessen & D. de Vocht, 'Straf naar de mate van schuld?', *Delikt en Delinkwent* 2012, p. 652-674.

Corstens/Borgers 2014

G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Cushman 2008

F. Cushman, 'Crime and punishment: Distinguishing the roles of causal and intentional analyses in moral judgment', *Cognition* 2008, p. 353-380.

Davidson 1963

D. Davidson, 'Actions, reasons, and causes', *The Journal of Philosophy* 1963, p. 685-700.

Davidson 1970

D. Davidson, 'Mental events', in: L. Foster & J.W. Swanson (red.), *Experience and theory*, The University of Massachusetts Press 1970, p. 79-101.

De Jong & Knigge 2003

D.H. de Jong & G. Knigge, *Prof. mr. J.M. van Bemmelen. Prof. mr. Th.W. van Veen. Ons strafrecht. Deel 1. Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

De Jong 2009

F. de Jong, *Daad-schuld. Bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijzondere aandacht voor de normativering van het delictsbestanddeel opzet* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom 2009.

Van Deinse 1860

A.J. van Deinse, *De algemeene beginselen van strafregt, ontwikkeld en in verband beschouwd met de algemeene bepalingen der Nederlandsche strafwetgeving*, Middelburg: Altorffer 1860.

Demleitner e.a. 2004

N.V. Demleitner e.a., *Sentencing law and policy. Cases, statutes and guidelines*, New York: Aspen 2004.

Dennett 1987

D.C. Dennett, *The intentional stance*, Cambridge: The MIT Press 1987.

Dershowitz 1968

A.M. Dershowitz, 'Psychiatry in the legal process: "A knife that cuts both ways"', *Judicature* 1968, p. 370-377.

Van Deutekom & Koenraadt 2004

C.M. van Deutekom & F. Koenraadt, 'Het psychologisch onderzoek', in: F. Koenraadt, A.W.M. Mooij & J.M.L. van Mulbregt (red.), *De persoon van de verdachte. De rapportage pro justitia vanuit het Pieter Baan Centrum*, Deventer: Kluwer 2004, p. 63-98.

Diamond 1964

B.L. Diamond, 'On the spelling of Daniel M'Naghten's name', *Ohio State Law Journal* 1964, p. 84-88.

Van Dijk 2008

A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen. Over opzet, schuld, schulduitsluitingsgronden en straf* (diss. Groningen), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2008.

Dolman 2006

M.M. Dolman, *Overmacht in het stelsel van strafuitsluitingsgronden* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

Van Dorst 2012

A.J.A. van Dorst, *Cassatie in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2012.

Dubber 2005

M.D. Dubber, 'Theories of crime and punishment in German criminal law', *American Journal of Comparative Law* 2005, p. 679-708.

Van Eck 1959

D. van Eck, 'Het verantwoordelijkheidsbegrip en de moderne psychiatrische en psychologische rapportage', in: *Verslagen van het Psychiatrisch-Juridisch Gezelschap*. Nr. 48, Amsterdam: Van Rossen 1959.

Van Eck 1962

D. van Eck, 'Wet en rechtspraak ten aanzien van psychisch gestoorde delinquenten', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1962, p. 285-311.

Enschedé 1969

C.J. Enschedé, annotatie bij: HR 24 juli 1967, NJ 1969, 63.

Enschedé 1964

C.J. Enschedé, *Dienen de strafrechtelijke bepalingen betreffende psychisch gestoorde te worden gewijzigd?* (preadvies NJV), Zwolle: Tjeenk Willink 1964.

Van Esch 2012

C. van Esch, *Gedragdeskundigen in strafzaken* (diss. Leiden), Assen: Van Gorcum 2012.

Estrich e.a. 1938

Estrich e.a., *American Jurisprudence. Volume 14*, San Francisco/New York: Bancroft-Whitney 1938.

Feinberg 1970

J. Feinberg, *Doing and Deserving. Essays in the theory of responsibility*, Princeton: Princeton University Press 1970.

Finkel 1989

N.J. Finkel, 'The insanity defense reform act of 1984: Much ado about nothing', *Behavioral Science and the Law* 1989, p. 403-419.

Finkel & Handel 1989

N.J. Finkel & S.F. Handel, 'How juror's construe insanity', *Law and Human Behavior* 1989, p. 41-59.

Finkel e.a. 1985

N.J. Finkel e.a., 'Insanity defenses: From the juror's perspective', *Law and Psychology Review* 1985, p. 77-92.

Fletcher 1985

G.P. Fletcher, 'The right and the reasonable', *Harvard Law Review* 1985, p. 949-982.

Forth, Bo & Kongerslev 2013

A. Forth, S. Bo & M. Kongerslev, 'Assessment of psychopathy: The Hare psychopathy checklist measures', in: K.A. Kiehl & W.P. Sinnott-Armstrong (red.), *Handbook on psychopathy and law*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 5-33.

Frankel 1973

M.E. Frankel, *Criminal sentences. Law without order*, New York: Hill & Wang 1973.

Franken 2006

A.A. Franken, 'Casuïstiek en legaliteit in het materieel strafrecht', *Delikt en Delinkwent* 2006, p. 949-958.

Frankfurt 1971

H.G. Frankfurt, 'Freedom of the will and the concept of a person', *Journal of Philosophy* 1971, p. 5-20.

Glueck 1928

S.S. Glueck, 'Psychiatry and the criminal law', *Virginia Law Review* 1928, p. 155-181.

Goldstein 1967

A.S. Goldstein, *The insanity defense*, New Haven: Yale University Press 1967.

Gordon 2003

W.L. Gordon, 'Old wine in new bottles: California mental defenses at the dawn of the 21st century', *Southwestern University Law Review* 2003, p. 75-96.

Greenawalt 1984

K. Greenawalt, 'The perplexing borders of justification and excuse', *Columbia Law Review* 1984, p. 1897-1927.

Greene & Cohen 2004

J. Greene & J. Cohen, 'For the law, neuroscience changes nothing and everything', *Philosophical Transactions of the Royal Society* 2004, p. 1775-1785.

Greenwood (red.) 1991a

J.D. Greenwood (red.), *The future of folk psychology. Intentionality and cognitive sciences*, Cambridge: Cambridge University Press 1991.

Greenwood 1991b

J.D. Greenwood, 'Introduction: Folk psychology and scientific psychology', in: J.D. Greenwood (red.), *The future of folk psychology. Intentionality and cognitive science*, Cambridge: Cambridge University Press 1991, p. 1-21.

Gritter 2015

E. Gritter, 'Verontschuldigbare onmacht en tijdelijk bewustzijnsverlies: een systematisch perspectief', *Delikt en Delinkwent* 2015, p. 494-517.

Groenhuijsen & Kooijmans 2011

M.S. Groenhuijsen & T. Kooijmans, 'Rapporteren ten behoeve van de strafrechter: De psyche geanalyseerd', in: M.S. Groenhuijsen, S.B.G. Kierkels & T. Kooijmans (red.), *De forensische psychiatrie geanalyseerd. Liber amicorum Karel Oei*, Apeldoorn: Maklu 2011, p. 59-65.

Guglielmo, Monroe & Malle 2009

S. Guglielmo, A.E. Monroe & B.F. Malle, 'At the heart of morality lies folk psychology', *Inquiry: An Interdisciplinary Journal of Philosophy* 2009, p. 449-466.

Guttmacher 1985

M.S. Guttmacher, 'Principal difficulties with the present [1953] criteria for responsibility and possible alternatives', in: *Model Penal Code and commentaries (official draft and revised comments)*, Philadelphia: American Law Institute 1985, art. 4.01, p. 186-198.

De Haan 1916

J.I. de Haan, *Rechtskundige significa en hare toepassing op de begrippen: "aansprakelijk, verantwoordelijk, toerekeningsvatbaar"* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Versluys 1916.

Haffmans 1989

Ch. Haffmans, *De berechting van de psychisch gestoorde delinquent. Handleiding voor juristen bij vraagstukken op het raakvlak van strafrecht en psychiatrie* (diss. Amsterdam UvA), Arnhem: Gouda Quint 1989.

Haines, Bowman & Woll 2011

R.W. Haines, F.O. Bowman & J.C. Woll, *Federal sentencing guidelines handbook*, West 2011.

Hale (1736) 2003

M. Hale, *The history of the pleas of the Crown. Vol. I*, Clark: The Lawbook Exchange 2003.

Hall 1956

J. Hall, 'Responsibility and law: In defense of the McNaghten Rules', *American Bar Association Journal* 1956, p. 917-989.

Van Hamel 1913

G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht*, Haarlem/Den Haag: Bohn/Beinfante 1913.

Hart (1968) 2008

H.L.A. Hart, *Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law*, Oxford: Oxford University Press 2008.

Hart & Honoré 1985

H.L.A. Hart & A.M. Honoré, *Causation in the law*, Oxford: Clarendon Press 1985.

Harte & Van der Burg 2006

J. Harte & E. van der Burg, 'Mate van toerekeningsvatbaarheid. Toekenning van verschillende gradaties in de praktijk', *Proces* 2006, p. 156-164.

Haslam 2005

N. Haslam, 'Dimensions of folk psychiatry', *Review of General Psychology* 2005, p. 35-47.

Van Hattum 1953

W.F.C. van Hattum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht*, Arnhem/Den Haag: Gouda Quint/Martinus Nijhoff 1953.

Hazewinkel-Suringa 1968

D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Haarlem: Tjeenk Willink 1968.

Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1971

D. Hazewinkel-Suringa & J. Remmelink, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Groningen: Tjeenk Willink 1971.

Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996

J. Remmelink, *Mr. D Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996.

Hofstee 1987

E.J. Hofstee, *TBR en TBS. De TBR in rechtshistorisch perspectief* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1987.

De Hullu 2015

J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2015.

Hummelen & Aben 2015

J.W. Hummelen & D.J.C. Aben, 'Functionele diagnostiek in plaats van een advies aangaande toerekeningsvatbaarheid', *Expertise en recht* 2015, p. 164-175.

Hummelen & De Jong 2011

J.W. Hummelen & D.H. de Jong, 'Toerekeningsvatbaarheid en toerekenen: De conclusie van de gedragsdeskundige versus het oordeel van de strafrechter', in: H.B. Krans e.a. (red.), *De deskundige in het recht*, Zutphen: Paris 2011, p. 145-155.

Hutto & Ratcliffe 2007

D.D. Hutto & M. Ratcliffe (red.), *Folk psychology re-assessed*, Dordrecht: Springer 2007.

Jacob 2014

P. Jacob, 'Intentionality', in: E.N. Zalta (red.), *The Stanford encyclopedia of philosophy (Winter 2014 edition)*, <plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/intentionality>.

Janssen & Van Leeuwen 2000

S.L.J. Janssen & A.M.H. van Leeuwen, 'Dissociatie in het strafrecht?', *Delikt en Delinkwent* 2000, p. 875-890.

Jonkers 1999

W.H.A. Jonkers, 'De strafrechtelijke straf: inhoud, grondslag, doeleinden', in: Y. Buruma (red.), *100 jaar strafrecht. Klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999, p. 136-167.

Judicial Council of California 2015

Judicial Council of California. Criminal jury instructions, LexisNexis/Matthew Bender 2015.

Kendler 2005

K.S. Kendler, 'Toward a philosophical structure for psychiatry', *American Journal of Psychiatry* 2005, p. 433-440.

Kadish 1999

S.H. Kadish, 'Fifty years of criminal law: An opiated review', *California Law Review* 1999, p. 943-982.

Kadish, Schulhofer & Steiker 2007

S.H. Kadish, S.J. Schulhofer & C.S. Steiker, *Criminal law and its processes. Cases and materials*, New York: Aspen Publishers 2007.

Keedy 1952

E.R. Keedy, 'Irresistible impulse as a defense in the criminal law', *University of Pennsylvania Law Review* 1952, p. 956-993.

Kelk 1990

C. Kelk, 'De plaats van de toerekeningsvatbaarheid in ons strafrecht', in: A.W.M. Mooij & F. Koenraadt (red.), *Toerekeningsvatbaarheid*, Arnhem: Qouda Quint 1990, p. 15-52.

Kelk & De Jong 2013

C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Keulen 2013

B.F. Keulen, annotatie bij: HR 18 december 2012, *NJ* 2013, 466.

Knigge 1993

G. Knigge, *Strafuitsluitingsgronden en de structuur van het strafbare feit* (preadvies Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland), Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland 1993.

Kooijmans 2002

T. Kooijmans, *Op maat geregeld? Een onderzoek naar de grondslag en de normering van de strafrechtelijke maatregel* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Kluwer 2002.

Kooijmans & Meynen 2012

T. Kooijmans & G. Meynen, 'De hybride structuur van de rapportage pro Justitia: Over toerekeningsvatbaarheid en risico', *Delikt en Delinkwent* 2012, p. 477-490.

Van Koppen 2004

P.J. van Koppen, 'Weg van de toerekeningsvatbaarheid', *Trema* 2004, p. 221-228.

Van Kordelaar 2008

W.F. van Kordelaar, 'Het deskundigenonderzoek', in: B.A. Blansjaar, M.M. Beukers & W.F. van Kordelaar (red.), *Stoornis en delict. Handboek psychiatrische en psychologische rapportage in strafzaken*, Utrecht: De Tijdstroom 2008, p. 29-41.

Van Kordelaar 2012

W.F. van Kordelaar, *Het psychologisch onderzoek pro justitia*, Arnhem: Gouda Quint 2012.

Krash 1961

A. Krash, 'The Durham Rule and judicial administration of the insanity defense in the District of Columbia', *The Yale Law Journal* 1961, p. 905-952.

Kristen & Franken 2009

F.G.H. Kristen & A.A. Franken, 'De waarde van nuance', in: F. Koenraadt & I. Weijers (red.), *Vrijheid en verlangen. Liber amicorum prof. dr. Antoine Mooij*, Den Haag: Boom 2009, p. 115-124.

Kwakman 2007

N.J.M. Kwakman, 'De causaliteit in het strafrecht. Het vereiste van conditio sine qua non als enige bruikbare criterium', *Nederlands Juristenblad* 2007, p. 992-999.

LaFave 2010

W.R. LaFave, *Criminal law*, St. Paul: West 2010.

LaFave e.a. 2009

W.R. LaFave e.a., *Criminal procedure*, St. Paul: West 2009.

Lamme 2008

V.A.F. Lamme, 'Controle, vrije wil en andere kletsboek', in: *Justitiële verkenningen. Technologie, cognitie en justitie*, Den Haag: Boom 2008, p. 76-87.

Lashbrook 2003

S.K. Lashbrook, 'The insanity defense', *Loyola of Los Angeles Law Review* 2003, p. 1596-1626.

Van Leeuwen 1986

A.M.H. van Leeuwen, *Altijd onvoltooid. Over toerekeningsvatbaarheid* (oratie Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1986.

Leijten 1987

J.C.M. Leijten, 'Straf naar de mate van schuld', in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Straffen in gerechtigheid. Liber amicorum W.H.A. Jonkers*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 61-69.

Lelling 1993

A.E. Lelling, 'Eliminative materialism, neuroscience and the criminal law', *University of Pennsylvania Law Review* 1993, p. 1471-1564.

Lensing 1993

J.A.W. Lensing, 'Iets over criteria voor ontoerekenbaarheid in de VS', *Delikt en Delinkwent* 1993, p. 240-263.

Lensing 1996

J.A.W. Lensing, *Amerikaans strafrecht. Een vergelijkende inleiding*, Arnhem: Gouda Quint 1996.

Levi & Haslam 2005

M. Levi & N. Haslam, 'Lay expectations of mental disorder: A test of the folk psychiatry model', *Basic and Applied Social Psychology* 2005, p. 117-125.

Libet 1985

B. Libet, 'Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action', *The Behavioral and Brain Sciences* 1985, p. 529-539.

Livermore & Meehl 1967

J.M. Livermore & P.E. Meehl, 'The virtues of M'Naghten', *Minnesota Law Review* 1967, p. 789-856.

Lloyd & Bénézech 1991

M.G. Lloyd & M. Bénézech, 'Criminal responsibility in the French judicial system', *Journal of Forensic Psychiatry* 1991, p. 281-294.

Loth 1988

M.A. Loth, *Handeling en aansprakelijkheid in het recht* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1988.

Loth 1992

M.A. Loth, 'Zeven stellingen over de gedraging in het strafrecht', in: M.S. Groenhuijsen, G.E. Mulder & J. Rummelink (red.), *De schets nader bekeken*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 21-32.

Louisell & Hazard 1961

D.W. Louisell & G.C. Hazard, 'Insanity as a defense: The bifurcated trial', *California Law Review* 1961, p. 805-830.

Lynch 2009

G.E. Lynch, 'Marvin Frankel: A reformer reassessed', *Federal Sentencing Reporter* 2009, p. 235-241.

Machielse 1986

A.J.M. Machielse, *Noodweer in het strafrecht. Een rechtsvergelijkende en dogmatische studie* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Stichting Onderzoek Recht en Beleid 1986.

Machielse, in: *Het Wetboek van Strafrecht*

A.J.M. Machielse, 'Artikel 39', in: J.W. Fokkens, E.J. Hofstee & A.J.M. Machielse (red.), *T.J. Noyon, G.E. Langemeijer & J. Remmelink. Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer (online).

Mackor 2002

A.R. Mackor, 'E.J.P. Brand, Het persoonlijkheidsonderzoek in het strafrecht (boekbeschuwing)', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis. Tijdschrift voor Publiek- en Privaatrecht* 2002, p. 177-181.

Mackor 2012

A.R. Mackor, 'Grenzen aan de autonomie van strafrechters: Wie bewijst de stoornis en het recidiverisico?', in: *Ontmoetingen. Voordrachtenreeks van het Lutje Psychiatrisch-Juridisch Gezelschap*. Nr. 17, <irs.ub.rug.nl/ppn/364531398>.

Maeder 1985

T. Maeder, *Crime and madness. The origins and evolution of the insanity defense*, New York: Harper & Row 1985.

Malle 1999

B.F. Malle, 'How people explain behavior: A new theoretical framework', *Personality and Social Psychology Review* 1999, p. 23-48.

Malle 2004

B.F. Malle, *How the mind explains behavior. Folk explanations, meaning, and social interaction*, Cambridge : The MIT Press 2004.

Malle 2006

B.F. Malle, 'Folk theory of mind: Conceptual foundations of human social cognition', in: R.R. Hassin, J.S. Uleman & J.A. Bargh (red.), *The new unconscious*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 225-255.

Malle & Knobe 1997

B.F. Malle & J. Knobe, 'The folk concept of intentionality', *Journal of Experimental Social Psychology* 1997, p. 101-121.

Malle & Nelson 2003

B.F. Malle & S.E. Nelson, 'Judging *mens rea*: The tension between folk concepts and legal concepts of intentionality', *Behavioral Sciences and the Law* 2003, p. 563-580.

Van Marle 2008

H.J.C. van Marle, 'Van vakmanschap naar meesterschap: Eisen te stellen aan de forensische gedragskundigenrapportage', in: H.J.C. van Marle, P.A.M. Mevis & M.J.F. van der Wolf (red.), *Gedragskundige rapportage in het strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 155-176.

Van Marle 2012

H.J.C. van Marle, 'Het strafrechtelijk psychiatrisch gedragskundigenonderzoek ('pro justitia')', in: B.C.M. Raes & F.A.M. Bakker (red.), *De psychiatrie in het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 113-136.

Van Marle & Van der Wolf 2008

H.J.C. van Marle & M.J.F. van der Wolf, 'Forensisch psychiatrische ziekteleer', in: H.J.C. van Marle, P.A.M. Mevis & M.J.F. van der Wolf (red.), *Gedragskundige rapportage in het strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 63-105.

Van Marle, Mevis & Van der Wolf 2008

H.J.C. van Marle, P.A.M. Mevis & M.J.F. van der Wolf, 'Prolegomena', in: H.J.C. van Marle, P.A.M. Mevis & M.J.F. van der Wolf (red.), *Gedragskundige rapportage in het strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 3-62.

Matthaei 2008

I. Matthaei, 'Pyromanie, kleptomanie en andere stoornissen in de impulsbeheersing', in: B.A. Blansjaar, M.M. Beukers & W.F. van Kordelaar (red.), *Stoornis en delict. Handboek psychiatrische rapportage en psychologische rapportage in strafzaken*, Utrecht: De Tijdstroom 2008, p. 197-210.

Mevis 2010

P.A.M. Mevis, 'Conceptrichtlijn pro justitia-rapportage: Meer investeren in communicatie blijft vereist', *Delikt en Delinkwent* 2010, p. 105-185.

Mevis & Vegter 2011

P.A.M. Mevis & P.C. Vegter, 'Rapportage over stoornis en gevaar en de betekenis van nieuwe wetenschappelijke inzichten daaromtrent voor die rapportage', in: J.P. van der Leun e.a. (red.), *De vogel vrij. Liber amicorum prof. dr.mr. Martin Moerings*, Den Haag: Boom 2011, p. 113-133.

Meyer 1871

F. Meyer, *Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund. Vom 31. Mai 1870. Mit Benutzung der Entwürfe, der Motive derselben, der Verhandlungen des Reichstags und der Reichstags-Kommissionen, sowie unter Vergleichung mit den bisherigen Partikularrechten, namentlich dem preussischen erläutert*, Berlin: Kortkamp 1871.

Meynen 2011

G. Meynen, 'Vrije wil en forensisch psychiaters die zwijgen over toerekeningsvatbaarheid', *Nederlands Juristenblad* 2011, p. 1951-1956.

Meynen 2012

G. Meynen, 'An ethical framework for assessment of criminal responsibility: Applying Susan Wolf's account of sanity to forensic psychiatry', *International Journal of Law and Psychiatry* 2012, p. 298-304.

Meynen 2013

G. Meynen, *Mad or bad? Over de grenzen van de psychiatrie* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2013.

Meynen & Kooijmans 2015

G. Meynen & T. Kooijmans, 'Reactie II op "Functionele diagnostiek in plaats van een advies aangaande toerekeningsvatbaarheid" Een standaard voor ontoerekeningsvatbaarheid en de functionele diagnostiek', *Expertise en Recht* 2015, p. 178-183.

Michaels 2008

R. Michaels, 'The functional method of comparative law', in: M. Reimann & R. Zimmerman (red.), *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford: Oxford University press 2008, p. 339-382.

Milhizer 2004

E.R. Milhizer, 'Justification and excuse: What they were, what they are, and what they ought to be', *St. John's Law Review* 2004, p. 725-895.

Miller 2001

R.R. Miller, 'Diminished capacity – Expanded discretion: Section 5K2.13 of the Federal Sentencing Guidelines and the demise of the "non-violent offense"', *Villanova Law Review* 2001, p. 679-712.

Mooij 2003

A.W.M. Mooij, 'Wilsvrijheid', *Delikt en Delinkwent* 2003, p. 493-516.

Mooij 2004

A.W.M. Mooij, *Toerekeningsvatbaarheid. Over handelingsvrijheid*, Amsterdam: Boom 2004.

Mooij 2005a

A.W.M. Mooij, 'De doorwerking van de stoornis in de toerekeningsvatbaarheid en de gevaarspredictie', *Proces* 2005, p. 128-136.

Mooij 2005b

A.W.M. Mooij, 'De vraag naar de toerekeningsvatbaarheid', *Ontmoetingen: Voordrachtenreeks van het Lutje Psychiatrisch-Juridisch Gezelschap* 2005, p. 7-20.

Mooij 2009

A.W.M. Mooij, *Prudentie en evidentie* (afscheidsrede), Den Haag: Boom 2009.

Mooij 2012a

A.W.M. Mooij, 'Toerekeningsvatbaarheid', in: B.C.M. Raes & F.A.M. Bakker (red.), *De psychiatrie in het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 79-86.

Mooij 2012b

A.W.M. Mooij, 'De toerekeningsvatbaarheid. Hoe verder?', *Delikt en Delinkwent* 2012, p. 36-53.

Moore 1984

M.S. Moore, *Law and psychiatry. Rethinking the relationship*, Cambridge: Cambridge University Press 1984.

Moore 2009

M.S. Moore, *Causation and responsibility: An essay in law, morals, and metaphysics*, Oxford: Oxford University Press 2009.

Moore 2010

M.S. Moore, *Placing blame. A theory of the criminal law*, Oxford: Oxford Scholarship Press 2010.

Moore 2011

M.S. Moore, 'Intention as a marker of moral culpability and legal punishability', in: R.A. Duff & S. Green (red.), *Philosophical foundations of criminal law*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 179-205.

Moore 2012

M.S. Moore, 'Moore's truths about causation and responsibility: A Reply to Alexander and Ferzan', *Criminal Law and Philosophy* 2012, p. 445-462.

Moran 1981

R. Moran, *Knowing right from wrong. The insanity defense of Daniel McNaughtan*, New York: The Free Press 1981.

Moran 1985

R. Moran, 'The origin of insanity as a special verdict: The trial of James Hadfield (1800)', *Law and Society Review* 1985, p. 487-519.

Morris 1968

N. Morris, 'Psychiatry and the dangerous criminal', *Southern California Law Review* 1968, p. 514-547.

Morris 1982

N. Morris, *Madness and the criminal law*, Chicago: The University of Chicago Press 1982.

Morse 1994

S.J. Morse, 'Culpability and control', *University of Pennsylvania Law Review* 1994, p. 1587-1660.

Morse 1998

S.J. Morse, 'Excusing and the new excuse defenses: A legal and conceptual review', *Crime and Justice: A Review of Research* 1998, p. 329-406.

Morse 2000

S.J. Morse, 'Rationality and responsibility', *Southern California Law Review* 2000, p. 251-268.

Morse 2002

S.J. Morse, 'Uncontrollable urges and irrational people', *Virginia Law Review* 2002, p. 1025-1078.

Morse 2005

S.J. Morse, 'Brain overclaim syndrome and criminal responsibility: A diagnostic note', *Ohio State Journal of Criminal Law* 2005, p. 397-412.

Morse 2008a

S.J. Morse, 'Determinism and the death of folk psychology: Two challenges to responsibility from neuroscience', *Minnesota Journal of Law, Science and Technology* 2008, p. 1-36.

Morse 2008b

S.J. Morse, 'Psychopathy and criminal responsibility', *Neuroethics* 2008, p. 205-212.

Morse 2010

S.J. Morse, 'Lost in translation? An essay on law and neuroscience', in: M.F.B.A. Freeman (red.), *Law and neuroscience*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 529-562.

Morse 2011

S.J. Morse, 'Severe environmental deprivation (aka RSB): A tragedy not a defense', *Alabama Civil Rights and Civil Liberties Law Review* 2011, p. 147-173.

Morse 2012

S.J. Morse, 'Neuroscience and the future of personhood and responsibility', in: J. Rosen & B. Wittes (red.), *Constitution 3.0. Freedom and technological change*, Washington: Brookings Institution Press 2012, p. 113-129.

Morse & Bonnie 2013

S.J. Morse & R.J. Bonnie, 'Abolition of the insanity defense violates due process', *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* 2013, p. 488-495.

Morse & Hoffman 2007

S.J. Morse & M.B. Hoffman, 'The uneasy entente between legal insanity and mens rea: Beyond Clark v. Arizona', *The Journal of Criminal Law and Criminology* 2007, p. 1071-1149.

Van Mulbregt 2009

J.M.L. van Mulbregt, 'Over toerekenen en afrekenen', in: F. Koenraadt & I. Weijers (red.), *Vrijheid en verlangen. Liber amicorum prof.dr. Antoine Mooij*, Den Haag: Boom 2009, p. 273-292.

Van Mulbregt & Koenraadt 2013

J.M.L. van Mulbregt & F. Koenraadt, 'Het bereik van zelfintoxicatie: Allesbehalve een vrijbrief', *Ars Aequi* 2013, p. 750-754.

Van Mulbregt & Sierink 2004

J.M.L. van Mulbregt & H.D. Sierink, 'Conclusie en advies', in: F. Koenraadt, A.W.M. Mooij & J.M.L. van Mulbregt (red.), *De persoon van de verdachte. De rapportage pro justitia vanuit het Pieter Baan Centrum*, Deventer: Kluwer 2004, p. 117-140.

Mulder 1970

G.E. Mulder, 'Vrijheidsstraf en terbeschikkingstelling', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis. Tijdschrift voor Publiek- en Privaatrecht* 1970, p. 452-475.

Nadelhoffer 2005

T.A. Nadelhoffer, *Intentions and intentional actions in ordinary language and the criminal law* (diss. Tallahassee), <diginole.lib.fsu.edu/etd/2819> 2005.

Nadelhoffer e.a. 2013

T.A. Nadelhoffer e.a., 'The mind, the brain, and the law', in: T.A. Nadelhoffer (red.), *The future of punishment*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 193-212.

Nieboer 1970

W. Nieboer, *Aegroto suum. De toerekening in het strafrecht bij psychische afwijkingen* (diss. Groningen), Meppel: Boom 1970.

Nieboer 1991

W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991.

NIFP 2007

Best practice ambulant. Forensisch psychologisch onderzoek en rapportage in het strafrecht voor volwassenen, Nederlands Instituut voor Forensische Psychiatrie en Psychologie 2007.

NIFP 2014a

Het advies over het toerekenen, Nederlands Instituut voor Forensische Psychiatrie en Psychologie 2014.

NIFP 2014b

Gedragdeskundig advies in strafzaken. Het juridisch perspectief, Nederlands Instituut voor Forensische Psychiatrie en Psychologie 2014.

NIFP 2014c

Standaardvraagstelling, Nederlands Instituut voor Forensische Psychiatrie en Psychologie 2014.

Notulen Stc.

A.J.A. van Dorst e.a. (red.), *Staatscommissie voor de samenstelling van een Wetboek van Strafrecht, "1870/1876"*, Tilburg: Sectie Strafrecht, Katholieke Hogeschool Tilburg 1976.

NVVP 2013

Nederlandse Vereniging voor Psychiatrie, *Richtlijn psychiatrisch onderzoek en rapportage in strafzaken*, Utrecht: De Tijdstroom 2013.

Ogloff 1991

J.R.P. Ogloff, 'A comparison of insanity defense standards on juror decision making', *Law and Human Behavior* 1991, p. 509-531.

Van Panhuis 1994

P.J.A. van Panhuis, 'Van de gek, de wijzen en vooral de vragen... Over *pro justitia* rapportage in het strafrecht', *Proces* 1994, p. 182-193.

Van Panhuis 2000

P.J.A. van Panhuis, 'De vraagstelling in de *pro justitia* rapportage opnieuw bekeken', *Proces* 2000, p. 103-105.

PBC 2002

Richtlijn advisering pro justitia, interne publicatiereeks Pieter Baan Centrum 2002.

Pelayo 1999

C.M. Pelayo, “‘Give me a break! I couldn’t help myself!’? Rejecting volitional impairment as a basis for departure under Federal Sentencing Guidelines section 5K2.13’, *University of Pennsylvania Law review* 1999, p. 729-769.

Perlin & Gould 1995

M.L. Perlin & K.K. Gould, ‘Rashomon and the criminal law: Mental disability and the Federal Sentencing Guidelines’, *American Journal of Criminal Law* 1995, p. 431-459.

Perron & Weißer 2014

W. Perron & B. Weißer, ‘§ 20 Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen’, in: A. Eser (red.), *Schöncke/Schröder. Strafgesetzbuch Kommentar*, München: Beck 2014.

Peters 1966

A.A.G. Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1966.

Pirelli, Gottdiener & Zapf 2011

G. Pirelli, W.H. Gottdiener & P.A. Zapf, ‘A meta-analytical review of competency to stand trial research’, *Psychology, Public Policy and Law* 2011, p. 1-53.

Platt & Diamond 1965

M.P. Platt & B.L. Diamond, ‘The origins and development of the “wild beast” concept of mental illness and its relation to theories of criminal responsibility’, *Journal of the History of the Behavioral Sciences* 1965, p. 355-367.

Platt & Diamond 1966

M.P. Platt & B.L. Diamond, ‘The origins of the “right and wrong” test of criminal responsibility and its subsequent development in the United States: An historical survey’, *California Law Review* 1966, p. 1227-1260.

Pompe 1957

W.P.J. Pompe, ‘De mens in het strafrecht’, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis. Tijdschrift voor Publiek- en Privaatrecht* 1957, p. 88-109.

Pompe 1958

W.P.J. Pompe, annotatie bij: HR 10 september 1957, NJ 1958, 5.

Pompe 1959

W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959.

Pott 1881

J.G. Pott, *Beschouwingen over art. 37 Wetboek van Strafrecht* (diss. Amsterdam UvA), Delft: Kleijn van Willigen 1881.

Prichard 1835

J.C. Prichard, 'Soundness and unsoundness of mind', in: J. Forbes, A. Tweedie & J. Conolly (red.), *The cyclopaedia of practical medicine*. Vol. IV, Londen: Sherwood, Gilbert, and Piper, and Baldwin and Cradock 1835, p. 39-55.

Prichard 1842

J.C. Prichard, *On the different forms of insanity in relation to jurisprudence*, Londen: Hippolyte Baillière 1842.

Royal Commission 1953

Royal Commission on Capital Punishment. 1949-1953. Report. Presented to Parliament by command of Her Majesty. September 1953, 1953.

Radden 2004

J. Radden, *The philosophy of psychiatry. A companion*, New York: Oxford University Press 2004.

Ramaer 1880

J.N. Ramaer, *Psychiatrische aantekeningen op het ontwerp van een Wetboek van Strafrecht*, Den Haag: Stenberg 1880.

Ratcliffe 2007

M. Ratcliffe, *Rethinking commonsense psychology. A critique of folk psychology, theory of mind and simulation*, Basingstoke: Palgrave MacMillan 2007.

Ratcliffe & Hutto 2007

M. Ratcliffe & D.D. Hutto, 'Introduction', in: D.D. Hutto & M. Ratcliffe (red.), *Folk psychology re-assessed*, Dordrecht: Springer 2007, p. 1-22.

Ray 1838

I. Ray, *A treatise on the medical jurisprudence of insanity*, Boston: Little and Brown 1838.

Ray 1871

I. Ray, *A treatise on the medical jurisprudence of insanity*, Boston: Little, Brown and company 1871.

Reitz 1998

K.R. Reitz, 'Modelling discretion in American sentencing systems', *Law and Policy* 1998, p. 390-428.

Remmeling 1993

J. Remmeling, 'Toerekenbaarheid', in: J.W. Fokkens (red.), *Overheid en patient: Ontwikkelingen in de forensische psychiatrie. Opstellen aangeboden aan prof.dr. N.W. de Smit bij zijn afscheid als hoogleraar forensische psychiatrie aan de Vrije Universiteit Amsterdam*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 135-145.

Robb & Heill 2014

D. Robb & J. Heill, 'Mental Causation', in: E.N. Zalta (red.), *The Stanford encyclopedia of philosophy (Spring 2014 edition)*, <plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/mental-causation>.

Roberts, Golding & Fincham 1987

C.F. Roberts, S.L. Golding & F.D. Fincham, 'Implicit theories of criminal responsibility', *Law and Human Behavior* 1987, p. 207-232.

Robinson 1982

P.H. Robinson, 'Criminal law defenses: A systematic analysis', *Columbia Law Review* 1982, p. 199-291.

Robinson & Dubber 2007

P.H. Robinson & M.D. Dubber, 'The American Model Penal Code: A brief overview', *New Criminal Law Review* 2007, p. 319-341.

Robinson & Grall 1983

P.H. Robinson & J.A. Grall, 'Element analysis in defining criminal liability. The Model Penal Code and beyond', *Stanford Law Review* 1983, p. 682-762.

Röling 1938

B.V.A. Röling, 'Enkele opmerkingen over strafrechtelijke toerekening', *Themis. Regtskundig Tijdschrift* 1938, p. 331-363.

Ronhaar 2004

P.K.J. Ronhaar, 'Het psychiatrisch onderzoek', in: F. Koenraadt, A.W.M. Mooij & J.M.L. van Mulbregt (red.), *De persoon van de verdachte. De rapportage pro justitia vanuit het Pieter Baan Centrum*, Deventer: Kluwer 2004, p. 99-116.

Rosen 1998

M. Rosen, 'Insanity denied. Abolition of the insanity defense in Kansas', *Kansas Journal of Law and Public Policy* 1998, p. 253-264.

Rothman 1980

D.J. Rothman, *Conscience and convenience. The asylum and its alternatives in progressive America*, Boston: Little, Brown & Co. 1980.

Rozemond 2007

K. Rozemond, 'De casuïstische grenzen van het materiële strafrecht', *Delikt en Delinkwent* 2007, p. 465-495.

Rozemond 2011

N. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

Rozemond 2014

K. Rozemond, 'Boekbespreking. G. Meynen, *Mad or bad? Over de grenzen van de psychiatrie* (oratie Tilburg), 2013', *Delikt en Delinkwent* 2014, p. 376-383.

De Ruiter 2011

C. de Ruiter, 'Verantwoordelijkheid in de rechtszaal', in: T.I. Oei & G. Meynen (red.), *Toerekeningsvatbaarheid. Over vrije wil, wetenschap en recht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 103-114.

Schaffer 1979

J.L. Schaffer, 'People v. Drew: California adopts the ALI insanity test', *California Law Review* 1979, p. 706-737.

Searle 1983

J.R. Searle, *Intentionality. An essay in the philosophy of mind*, Cambridge: Cambridge University Press 1983.

Sifferd 2006

K.L. Sifferd, 'In defense of the use of commonsense psychology in the criminal law', *Law and Philosophy* 2006, p. 571-612.

Simon & Aarensen 1988

R.J. Simon & D.E. Aarensen, *The insanity defense. A critical assessment of law and psychiatry in the post-Hinckley era*, New York: Praeger 1988.

Simon & Ahn-Redding 2008

R.J. Simon & Ahn-Redding, *The insanity defense, the world over*, Lanham: Lexington Books 2008.

Simons 1927

D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht. Eerste deel. Algemeene leerstukken*, Groningen: Noordhoff 1927.

Slobogin 2000

C. Slobogin, 'An end to insanity: Recasting the role of mental disability in criminal cases', *Virginia Law Review* 2000, p. 1199-1247.

Slobogin 2003

C. Slobogin, 'The integrationist alternative to the insanity defense: Reflections on the exculpatory scope of mental illness in the wake of the Andrea Yates trial', *American Journal of Criminal Law* 2003, p. 315-341.

Slobogin 2009

C. Slobogin, 'A defense of the integrationist test as a replacement for the special defense of insanity', *Texas Tech Law Review* 2009, p. 523-542.

Smidt & Smidt (red.) 1891a

H.J. Smidt & J.W. Smidt (red.), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz. Eerste deel*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.

Smidt & Smidt (red.) 1891b

H.J. Smidt & J.W. Smidt (red.), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz. Tweede deel*, Haarlem: Tjeenk Willink 1891.

Sobeloff 1955

S.E. Sobeloff, 'From McNaghten to Durham, and beyond. A discussion of insanity and the criminal law', *Maryland Law Review* 1955, p. 93-109.

Spitzer & Williams 1982

R.L. Spitzer & J.B.W. Williams, 'The definition and diagnosis of mental disorder', in: W.R. Gove (red.), *Deviance and mental illness*, Beverly Hills: Sage Publications 1982, p. 15-31.

Spring 1979

R.L. Spring, 'The end of insanity', *Washburn Law Journal* 1979, p. 23-37.

Staatscommissie 1875

Ontwerpen van een Wetboek van Strafrecht en daartoe behorende wetten met toelichting, den Koning aangeboden door de Staatscommissie, ingesteld bij Zijner Majesteits besluit van 28 september 1870, no. 21, Den Haag: Belinfante 1875.

Steadman e.a. 1993

H.J. Steadman e.a., *Before and after Hinckley. Evaluating insanity defense reform*, New York: The Guilford Press 1993.

Stephen 1883

J.F. Stephen, *A history of the criminal law of England. Vol. II*, London: MacMillan 1883.

Stevens & Prinsen 2009

L. Stevens & M.M. Prinsen, 'Afwezigheid van opzet bij de geestelijk gestoorde verdachte. Het gedragskundig oordeel vanuit juridisch perspectief', *Expertise en Recht* 2009, p. 113-118.

Strijards 1983

G.A.M. Strijards, *Facetten van dwaling in het strafrecht* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1983.

Strijards 1987

G.A.M. Strijards, *Strafuitsluitingsgronden*, Zwolle: Tjeenk Willink 1987.

Traficante 1980

P.A. Traficante, 'People v. Drew – Will California's new insanity test ensure a more accurate determination of insanity?', *San Diego Law Review* 1980, p. 491-512.

Tuinier 1989

S. Tuinier, *De psychiater en de wilde man. Een veldstudie over de relatie psychiatrisch syndroom en criminaliteit* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Duphar 1989.

USSC 2003

United States Sentencing Commission, *Appendix C (Volume II) – Amendments to the guidelines manual*, 2003.

USSC 2014

United States Sentencing Commission, *Guidelines Manual*, 2014.

Van Veen 1986

Th.W. van Veen, 'Het stelsel der excepties', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenboek 100 jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 349-361.

Vegter 2009

P.C. Vegter, 'Iets over rapportage en vereisten bij oplegging en verlenging van tbs', in: J. Harte, T. Verhagen & M. Zomer (red.), *"Most probably the best professor of forensic psychiatry". Liber amicorum prof.dr. Dick Raes*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 277-296.

Vellinga 1982

W.H. Vellinga, *Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1982.

Vellinga & Vellinga-Schootstra 2013

W.H. Vellinga & F. Vellinga-Schootstra, 'Voorbedachte raad en contra-indicatie?', in: J.W. Fokkens e.a. (red.), *Ad hunc modum. Opstellen over materieel strafrecht. Liber Amicorum A.J. Machielse*, Deventer: Kluwer 2013, p. 287-303.

Wakefield 1992

J.C. Wakefield, 'The concept of mental disorder: On the boundary between biological facts and social values', *American Psychologist* 1992, p. 373-388.

Walker 1968

N. Walker, *Crime and insanity in England*, Edinburgh: Edinburgh University Press 1968.

Walker 1985

N. Walker, 'The insanity defense before 1800', *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 1985, p. 25-30.

Wallace 2014

R.J. Wallace, 'Practical reason', in: E.N. Zalta (red.), *The Stanford encyclopedia of philosophy (Summer 2014 edition)*, <plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/practical-reason>.

Wechsler 1955

H. Wechsler, 'The criteria of criminal responsibility', *The University of Chicago Law Review* 1955, p. 367-376.

Wechsler 1968

H. Wechsler, 'Codification of criminal law in the United States: The Model Penal Code', *Columbia Law Review* 1968, p. 1425-1456.

Wegner 2002

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

Wemes 1990

L.T. Wemes, 'Strafbaarheid en zelfintoxicatie: actio libera in causa', in: J.M.L. Boek (red.), *Grensoverschrijdend strafrecht. Een bundel opstellen geschreven door medewerkers van de Afdeling Straf(proces)recht van de Rijksuniversiteit te Leiden*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 85-104.

Wiersma 1932

D. Wiersma, *Over toerekeningsvatbaarheid*, Den Haag: Nijhoff 1932.

Wiersma 1971

D. Wiersma, 'Verbum Domini lucerna pedibus nostris' (bespreking van: W. Nieboer, *Aegroto suum. De toerekening in het strafrecht bij psychische afwijkingen* (diss. Groningen), Meppel: Boom 1970), *Delikt en Delinkwent* 1971, p. 183-195.

Williams 1961

G. Williams, *Criminal law. The general part*, Londen: Stevens & Sons 1961.

Van Willigenburg 2011

K. van Willigenburg, 'Casuïstiek en scherpe normen in het materiële strafrecht', *Delikt en Delinkwent* 2011, p. 365-387.

Witjens 2011

E.M. Witjens, *Strafrechtelijke causaliteit. De redelijke toerekening vergeleken met het privaatrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011.

Witkin & Epstein 2012

B.E. Witkin & N.L. Epstein, *California criminal law. Volume 1*, Thomson Reuters 2012.

Van der Wolf 2012

M.J.F. van der Wolf, *TBS. Veroordeeld tot vooroordeel* (diss. Rotterdam), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2012.

Van der Wolf e.a. 2012

M.J.F. van der Wolf e.a., 'Worstelen met de weigerende observandus', *Delikt en Delinkwent* 2012, p. 775-791.

Wolf 1987

S. Wolf, 'Sanity and the metaphysics of responsibility', in: F. Schoeman (red.), *Responsibility, character and the emotions. New essays in moral psychology*, Cambridge: Cambridge University Press 1987, p. 46-62.

Zevenbergen 1916

W. Zevenbergen, *Eenige opmerkingen over toerekeningsvatbaarheid*, Leiden: Brill 1916.

Zevenbergen 1924

W. Zevenbergen, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht*, Groningen: Wolters 1924.

Zomer 2009

M.J. Zomer, 'Het mensbeeld in het strafrecht', in: J.M. Harte, M.F.M. Verhagen & M.J. Zomer (red.), "Most probably the best professor of forensic psychiatry". *Liber amicorum prof.dr. Dick Raes*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 53-91.

Zweigert & Kötz 1998

K. Zweigert & H. Kötz, *An introduction to comparative law*, Oxford: Clarendon Press 1998.

Samenvatting

Artikel 39 van het Wetboek van Strafrecht bepaalt dat de verdachte die aan een psychische stoornis lijdt, niet gestraft mag worden als het feit hem wegens de stoornis niet kan worden toegerekend. In dit proefschrift is onderzocht onder welke voorwaarden een psychisch gestoorde verdachte recht op strafuitsluiting zou moeten hebben. Het doel daarvan is de ontwikkeling van een toetsingskader voor ontoerekenbaarheid dat rechtseenheid, rechtszekerheid en rechtsbescherming beter waarborgt, en rechtsontwikkeling beter faciliteert dan het bestaande recht.

In deel I van dit onderzoek is de probleemstelling nader uitgewerkt en onderbouwd. Artikel 39 Sr verbindt twee voorwaarden aan een geslaagd beroep op ontoerekenbaarheid. De verdachte moet aan een psychische stoornis lijden en er moet voldaan zijn aan een criterium voor ontoerekenbaarheid. De laatste voorwaarde is niet geëxpliciteerd in artikel 39 Sr, maar kan uit de wetsgeschiedenis worden afgeleid. Op basis van analyse van wetsgeschiedenis, rechtspraak van de Hoge Raad en strafrechtelijke literatuur is geconcludeerd dat de juridische afbakening van beide voorwaarden voor ontoerekenbaarheid onduidelijk is. Analyse van rechtspraak van feitenrechters (rechtbanken en gerechtshoven) laat zien dat rechters een vrij groot aantal verschillende – soms onjuiste – criteria voor ontoerekenbaarheid toepassen. Deze criteria hebben in potentie een verschillende reikwijdte. In de meeste uitspraken nemen rechters bovendien het advies van de forensisch gedragsdeskundige over de vraag of het feit aan de verdachte kan worden toegerekend zonder nadere motivering over. In forensisch-gedragswetenschappelijke literatuur en richtlijnen bestaat echter geen consensus over de maatstaf die de gedragsdeskundige in zijn advies moet toepassen. Ook het advies van de gedragsdeskundige wordt bepaald door criteria die in potentiële reikwijdte verschillen. De onduidelijke reikwijdte van beide voorwaarden voor ontoerekenbaarheid is problematisch vanuit het oogpunt van rechtseenheid en rechtszekerheid, rechtsbescherming en rechtsontwikkeling. In dit onderzoek wordt daarom op zoek gegaan naar een afbakening van beide voorwaarden.

Deel II is een rechtsvergelijkend onderzoek naar de verschillende *tests* voor de met ontoerekenbaarheid vergelijkbare strafuitsluitingsgrond *insanity* in het Amerikaanse strafrecht: de *M’Naghten rules*, de *irresistible impulse test*, de *product test* en de *MPC test*. Deze *tests* zijn vergeleken met verschillende toetsingskaders voor ontoerekenbaarheid die in de Nederlandse strafrechtelijke literatuur zijn verdedigd. Zowel de historische ontwikkeling

van de *tests* als de toepassing ervan in de rechtspraak in verschillende jurisdicties zijn onderzocht. Daaruit is ten eerste de conclusie getrokken dat een veranderende maatschappelijke context –voortschrijdende inzichten in de gedragswetenschappen en evolutie van in de maatschappij levende opvattingen over de wijze waarop psychisch gestoorde verdachten strafrechtelijk bejegend zouden moeten worden – druk uitoefent op de afbakening van een strafuitsluitingsgrond voor psychisch gestoorde verdachten. De Amerikaanse *tests* voor *insanity* maken het mogelijk maatschappelijke ontwikkelingen in de reikwijdte van deze strafuitsluitingsgrond te verdisconteren. Daardoor kan aan rechtsontwikkeling vorm worden gegeven. Ten tweede zijn uit het onderzoek naar de wijze waarop de verschillende *tests* voor *insanity* in de Amerikaanse rechtspraak worden toegepast normatieve vragen afgeleid die beantwoord moeten worden bij het afbakenen van een strafuitsluitingsgrond voor psychisch gestoorde verdachten. In deel III is besproken hoe het daar ontwikkelde toetsingskader zich verhoudt tot deze normatieve vragen.

In deel III is de onderzoeksvraag beantwoord. Als eerste is afgebakend onder welke omstandigheden sprake is van een stoornis in de zin van artikel 39 Sr – de eerste voorwaarde voor ontoerekenbaarheid. Een stoornis in de zin van artikel 39 Sr is aanwezig als een verdachte niet voldoet aan de in het strafrecht besloten liggende veronderstellingen over normaal psychisch functioneren. Op grond van analyse van filosofische en empirische literatuur en van de voorwaarden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid, is betoogd dat deze veronderstellingen gebaseerd zijn op *folk psychology*. *Folk psychology* is de wijze waarop mensen in het dagelijkse leven gedrag begrijpen. Uit de drie centrale veronderstellingen uit *folk psychology* die constitutief zijn voor strafrechtelijke aansprakelijkheid, is een stoornisconcept afgeleid. Van een stoornis in de zin van artikel 39 Sr is sprake als de mentale toestanden (wensen, overtuigingen en emoties) of praktische rede van de verdachte niet op normale wijze functioneren of als zijn mentale toestanden niet op normale wijze met zijn gedrag in verband staan. Vervolgens is betoogd dat – door een gedeeld raakvlak in *folk psychology* – de in de psychiatrie erkende stoornissen in de meeste gevallen ook een stoornis in de zin van artikel 39 Sr zijn. Daarop bestaan echter enkele uitzonderingen. Ten tweede is onderzocht aan welk criterium ontoerekenbaarheid moet worden getoetst. Betoogd is dat een verdachte op grond van artikel 39 Sr van straf moet worden uitgesloten, als sprake is van een strafrechtelijk relevant verschil met de “normale” verdachte. (Met “normale” verdachte wordt in dit onderzoek de verdachte aangeduid die niet aan een stoornis in de zin van artikel 39 Sr lijdt.) Een strafrechtelijk relevant verschil is aanwezig als de normen voor schulduitsluiting die voor de “normale” verdachte gelden, vanwege de stoornis niet onverkort op de psychisch gestoorde verdachte kunnen worden toegepast. Uit analyse van de verschillende wijzen waarop stoornissen in de zin van artikel 39 Sr tot dergelijke strafrechtelijk relevante verschillen

kunnen leiden, zijn twee subcriteria voor ontoerekenbaarheid afgeleid. Een verdachte heeft recht op strafuitsluiting op grond van artikel 39 Sr als hij door een psychische stoornis niet kon begrijpen dat hij een strafbaar feit pleegde (dat het feit “wederrechtelijk” was) óf als hij door de stoornis onvoldoende in staat was in overeenstemming met zijn begrip van de wederrechtelijkheid van het feit te handelen.

Summary

Mental disorder and exemption from punishment In search of a legal framework for non-attributability

Section 39 of the Dutch Penal Code (“PC”) exempts from punishment the defendant to whom a crime cannot be attributed by reason of a mental disorder. In this dissertation the conditions that determine the right to an exemption from punishment under section 39 PC are investigated. The goal is to develop a legal framework for the assessment of non-attributability (*ontoerekenbaarheid*) that serves legal certainty and legal equality, substantive legal protection and legal development better than current law.

In part I of this dissertation the research question is elaborated. Section 39 PC stipulates two conditions for a successful plea of non-attributability. The defendant has to suffer from mental disorder and a criterion for non-attributability has to be fulfilled. This last condition, however, is not explicit in section 39 PC, but can be derived from legal history. From analysis of legal history, case law of the Dutch Supreme Court (“Hoge Raad”) and academic literature, the conclusion is drawn that the substantive scope of both conditions for non-attributability is unclear. Analysis of case law from lower courts shows that judges apply a broad range of different – and sometimes plainly wrong – criteria when deciding on non-attributability. These criteria have a potentially different scope. Moreover, in most cases judges rely on advice by forensic mental health experts on whether or not the crime can be attributed to the defendant. However, in Dutch forensic mental health literature and guidelines no consensus exists on which criteria should be applied when advising on non-attributability. Therefore, the advice of the mental health expert is also governed by criteria that differ in scope. Because of the unclear substantive scope of both conditions for non-attributability, current law is problematic with regard to legal certainty and legal equality, substantive legal protection and legal development. Therefore, a legal framework for judging non-attributability is developed in this research.

Part II is a comparative research on the various tests for the insanity defense in American criminal law: the M’Naghten rules, the irresistible impulse test, the product test and the MPC test. The tests are compared with various frameworks for non-attributability that have been defended in Dutch academic literature. Both the historical development of the tests as well as the application of the tests in case law in several jurisdictions have been

investigated. Firstly, the conclusion is drawn that societal developments – progress in mental health science and evolution of the views on the insanity defense by the broader public – put pressure on the scope of an exemption for mentally disordered defendants. The American tests for insanity allow for incorporation of societal developments in the legal framework for insanity, and thus accommodate legal development. Secondly, from the analysis of the application of the tests for insanity in case law in American jurisdictions several normative questions are derived that should be taken into consideration in the development of a framework for a legal exemption for defendants suffering from mental disorder. These questions are taken into account in part III of the dissertation.

In part III the research question is answered. Firstly, the scope of mental disorder – the first condition for non-attributability – is demarcated. Mental disorder within the meaning of section 39 PC is present if a defendant does not satisfy the assumptions of the criminal law about normal psychological functioning. Based on analysis of philosophical and empirical literature and of the conditions for criminal liability, it is argued that these assumptions are derived from “folk psychology”. Folk psychology is the way people understand human behavior in their everyday life. From the three central assumptions about normal psychological functioning that underlie folk psychology and that are constitutive for criminal liability, a concept of mental disorder is derived. A mental disorder within the meaning of section 39 PC is present, when the mental states (beliefs, desires and emotions) of the defendant or his practical reason do not function in a normal way, or when his mental states are not in a normal way connected to his behavior. Furthermore it is argued that – through a common ground in folk psychology – the conditions that in psychiatry are recognized as mental disorder, in most cases also are mental disorder within the meaning of section 39 PC. However, some exceptions are noted. Secondly, a criterion for non-attributability is demarcated. It is argued that defendants should be exempted from punishment under section 39 PC, if there is a legally relevant difference with the “normal” defendant. (“Normal” defendants are, for the purpose of this research, defendants who do not suffer from mental disorder within the meaning of section 39 PC.) A legally relevant difference is present, when – due to the disorder – the rules for excusing “normal” defendants cannot be fully applied to the disordered defendant. From analysis of the various ways in which mental disorder within the meaning of section 39 PC constitutes such legally relevant differences, two sub criteria for non-attributability are derived. A defendant should be exempted from punishment under section 39 PC if a mental disorder either prevented him from appreciating the illegality of his conduct, or if he was substantially unable to act in accordance with his appreciation of the illegality of his conduct.