

Heeft ons strafrecht de ‘verminderde’ toerekeningsvatbaarheid wel nodig?

Johannes Bijlsma & Gerben Meynen¹

Sinds het verschijnen van de *Richtlijn psychiatrisch onderzoek en rapportage in strafzaken* in 2012 is er onder gedragsdeskundigen discussie over het aantal graden van toerekeningsvatbaarheid. Traditioneel werd in Nederland een vijfpuntsschaal gehanteerd: toerekeningsvatbaar, licht verminderd, verminderd, sterk verminderd toerekeningsvatbaar, en ontoerekeningsvatbaar. De richtlijn verving deze indeling door een driepuntsschaal met slechts één middencategorie: verminderde toerekeningsvatbaarheid. Onlangs werd door het Nederlands Instituut voor Forensische Psychiatrie en Psychologie, na consultatie en debat, het aantal graden van toerekeningsvatbaarheid definitief vastgesteld op drie. Maar wat is, nog afgezien van de drie- dan wel vijfpuntsschaal, überhaupt de juridische zin van het gebruik van ‘verminderde’ toerekeningsvatbaarheid? Dit artikel analyseert en evalueert nut en noodzaak van de verminderde toerekeningsvatbaarheid binnen het Nederlandse strafrecht.

1. Inleiding: debat onder gedragsdeskundigen

In 2012 verscheen de *Richtlijn psychiatrisch onderzoek en rapportage in strafzaken* van de Nederlandse Vereniging voor Psychiatrie (NVvP). Deze richtlijn was bijzonder: waar men er in medische richtlijnen in de regel voor kiest om datgene te adviseren wat in de praktijk reeds gebruikelijk is, vormde deze richtlijn, althans op het punt van de toerekeningsvatbaarheid, een breuk met het verleden. Vanaf nu zouden psychiaters niet langer een vijfpuntsschaal – toerekeningsvatbaar, licht verminderd, verminderd, sterk verminderd toerekeningsvatbaar en ontoerekeningsvatbaar – hanteren, maar overgaan op een driepuntsschaal. Daarin bestaat slechts één middencategorie: de verminderde toerekeningsvatbaarheid. De argumentatie in de richtlijn voor de reductie van het aantal graden behelst vooral het *ontbreken* van (medisch-wetenschappelijke) evidentie voor een onderverdeling in licht verminderde, verminderde, en sterk verminderde toerekeningsvatbaarheid. De richtlijn voor psychiaters stelt zelfs: ‘er bestaat geen evidentie voor welke schaalverdeling dan ook, geen vijfpunts- en geen driepuntsschaal. Bij de verminderde toerekeningsvatbaarheid is elk geval zijn eigen

referentie (n = 1-studie), en kan er niet worden teruggegrepen op (schijnzekere) standaarden.’² Op grond van deze redenering dringt de conclusie zich op om dan maar van een schaalverdeling af te zien en zich te beperken tot de dichotomie van toerekeningsvatbaarheid en ontoerekeningsvatbaarheid. Dat zou aansluiten bij de negentiende-eeuwse memorie van toelichting bij het Wetboek van Strafrecht, waarin al wordt gesteld dat het begrip toerekenbaarheid ‘ondeelbaar’ is en dat ook deskundigen toegeven dat ‘van het standpunt der medische wetenschap, noch in het algemeen noch in een concreet geval met juistheid de grenzen zijn aan te wijzen waar dan die halve toerekenbaarheid begint en waar zij eindigt’.³ Deze optie wordt in de richtlijn echter niet besproken. Men kiest voor de driepuntsschaal.⁴

Deze breuk met het tot dan toe gangbare advieskader voor de mate van toerekeningsvatbaarheid was aanleiding tot veel discussie. Een van de critici van de nieuwe driepuntsschaal is emeritus hoogleraar forensische psychiatrie Mooij. Hij formuleerde een aantal fundamentele bezwaren tegen (de argumenten voor) de driepuntsschaal terwijl hij het behoud van de werkwijze volgens de klas-

sieke vijfpuntsschaal bepleitte.⁵ Het nieuwe voorstel is, in zijn ogen, ‘innerlijk tegenstrijdig (het meet met twee maten), het is niet redelijk én het is overmatig genereus en daarmee in strijd met de gangbare praktijk van de toerekeningsvatbaarheid’.

De vraag naar de wenselijkheid en vorm van ‘verminderde’ toerekeningsvatbaarheid is in de eerste plaats een juridische, en geen gedragskundige

In 2016 schreef psychiater Van Marle, eveneens emeritus hoogleraar forensische psychiatrie en tevens lid van de werkgroep die de richtlijn opstelde, in het *Tijdschrift voor Psychiatrie*: ‘Voor en na de publicatie [van de richtlijn] heeft zich een felle discussie afgespeeld tussen voor- en tegenstanders van deze richtlijn, waarin afstand wordt genomen van de Nederlandse vijf gradaties van toerekeningsvatbaarheid. Deze discussie is nog niet uitgewoed, ook al heeft het Nederlands Instituut voor Forensische Psychiatrie en Psychologie (NIFP) een gebaar gemaakt: men mag een keuze maken in het forensisch psychiatrisch rapport voor gebruik van de traditionele vijf of de voorgestelde drie maten van beperking van iemands keuzevrijheid.’⁶

Inderdaad, het NIFP, dat een centrale rol vervult ten aanzien van de rapportages pro justitia, koos er in eerste instantie voor om de vijfpuntsschaal en de driepuntsschaal *naast elkaar* te gebruiken.⁷ Van belang is hierbij

dat het NIFP het Nederlands Instituut voor Forensische Psychiatrie en Psychologie is. De NVvP-richtlijn geldt voor psychiaters, maar de rapporterende psychologen⁸ zijn daaraan vanzelfsprekend op zich niet gebonden. Echter, het compromis – beide schalen naast elkaar gebruiken – bleek toch niet te voldoen. Inmiddels is blijkens een recent schrijven van het NIFP het pleit beslecht in het voordeel van de driepuntsschaal.⁹

Kortom, de afgelopen jaren hebben gedragsdeskundigen gediscussieerd, gewikt en gewogen, en is er besloten tot drie graden van toerekeningsvatbaarheid. Maar de toerekeningsvatbaarheid is toch – dat wordt algemeen erkend – een *juridisch* begrip. Daarmee is naar onze mening de vraag naar de wenselijkheid en vorm van ‘verminderde’ toerekeningsvatbaarheid ook in de eerste plaats een juridische, en geen gedragskundige. Wat is – nog afgezien van de drie- of vijfpuntsschaal – überhaupt de juridische zin van het gebruik van ‘verminderde’ toerekeningsvatbaarheid? Waarom zou er juist bij deze strafuitsluitingsgrond een ‘middencategorie’ nodig zijn, terwijl dat voor geen andere strafuitsluitingsgrond het geval is? Dit artikel beoogt een korte analyse en evaluatie te geven van nut en noodzaak van de verminderde toerekeningsvatbaarheid binnen het Nederlandse strafrecht.

2. Is verminderde toerekeningsvatbaarheid juridisch relevant?¹⁰

De vaststellingen van de gedragsdeskundige over een vermindering van de toerekeningsvatbaarheid van de verdachte zijn een advies aan de rechter.¹¹ Een dergelijk advies is onder twee voorwaarden zinvol. Het advies moet de rechter kunnen helpen bij het nemen van enige door hem te nemen beslissing en de gedragsdeskundige moet de expertise hebben om de rechter van advies te voorzien. Wat die laatste voorwaarde betreft wijzen we erop dat de vraag of een strafbaar feit aan de verdachte kan worden toegerekend een juridisch oordeel is.¹² Er wordt ook betwijfeld of de gedragsdeskundige zich in zijn rapporta-

Auteurs

1. Mr. dr. J. Bijlsma (j.bijlsma@vu.nl) is universitair docent strafrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Prof. dr. G. Meynen (g.meynen@uvt.nl) is bijzonder hoogleraar Forensische Psychiatrie aan de Tilburg Law School, Universiteit Tilburg, en bijzonder hoogleraar Ethiek en Psychiatrie aan de faculteit Geesteswetenschappen, Vrije Universiteit Amsterdam. Tevens is hij werkzaam als psychiater bij GGZ inGeest, Amsterdam.

Noten

2. Nederlandse Vereniging voor Psychiatrie, *Richtlijn psychiatrisch onderzoek en rapportage in strafzaken*, Utrecht: De Tijdstroom 2013, p. 65.
3. H.J. Smidt & J.W. Smidt (red.), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen*, enz. *Eerste deel*, Haarlem:

H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 389.

4. *Richtlijn psychiatrisch onderzoek en rapportage in strafzaken*, p. 65: ‘Het psychiatrisch onderzoek levert gedifferentieerde bevindingen op. Binnen een continuüm van ernst en mate van impact van de pathologie zijn drie categorieën te onderscheiden. Over de operationalisering van de uitersten bestaat consensus, namelijk: afwezigheid van psychiatrische pathologie leidt tot een advies toe te rekenen, en het advies niet toe te rekenen is aan de orde indien iemand door zijn pathologie bij het ten laste gelegde niet in staat was anders te handelen dan hij deed en hij door zijn stoornis absoluut disfunctioneerde. Op deze wijze wordt het middengebied afgegrensd. Het advies aan de rechter valt hierdoor per definitie binnen een van deze drie opties: er is geen psychische stoornis die van invloed is geweest op het ten laste gelegde (advies: toerekenen), er is een psychische stoornis die het ten

laste gelegde heeft veroorzaakt (advies: niet toerekenen), of er is sprake van een psychische stoornis die weliswaar invloed uitoefende op het ten laste gelegde, maar daar niet als enige factor toe heeft geleid (advies: gedeeltelijk niet toerekenen).’

5. A.W.M. Mooij, ‘De toerekeningsvatbaarheid. Hoe verder?’, *Delikt en Delinkwent* 2012, p. 36-53.

6. H.J.C. van Marle, ‘Vaststelling keuzevrijheid in de forensische psychiatrie: Van groot belang voor de hele psychiatrie’, *Tijdschrift voor Psychiatrie* 2016, p. 92-94.

7. Brief NIFP van 15 juli 2015: *Onderwerp: NIFP standpunt m.b.t. het toerekenen en wijziging standaardvraagstelling*.

8. Er worden jaarlijks meer rapporten door psychologen dan door psychiaters geschreven. (‘Jaarbericht NIFP 2015’, <www.nifpnet.nl> (zoek op: <jaarbericht>), geraadpleegd januari 2017), p. 5.)

9. Brief NIFP van 8 juni 2016: ‘In plaats van

de oude “5-puntsschaal” zal het advies voortaan worden beschreven in drie modaliteiten: volledig toerekenen, in een verminderde mate van toerekenen en in het geheel niet toerekenen.’

10. Deze paragraaf is een uitwerking van J. Bijlsma, *Stoornis en strafuitsluiting. Op zoek naar een toetsingskader voor ontoerekenbaarheid* (diss. Amsterdam VU), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016, par. 13.7.

11. In de standaardvraagstelling van het NIFP wordt de gedragsdeskundige gevraagd te ‘adviseren’ over de toerekeningsvatbaarheid. (<www.nifpnet.nl> (zoek op: <standaardvraagstelling>, geraadpleegd januari 2017).) Zie ook de *Richtlijn psychiatrisch onderzoek en rapportage in strafzaken*, p. 63.

12. J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 348.



ge wel op dit juridische domein moet begeven.¹³ Deze kwestie laten we hier echter rusten.¹⁴ In deze paragraaf vragen we ons af in hoeverre een advies over verminderde toerekeningsvatbaarheid van belang kan zijn voor de beslissingen die de rechter moet nemen.

Verminderde toerekeningsvatbaarheid is niet van belang voor de beantwoording van de vraag of de verdachte strafbaar is. Alleen ontoerekenbaarheid (artikel 39 Sr) leidt immers tot een ontslag van alle rechtsvervolgning (artikel 350 jo. 352 lid 2 Sv). Verminderde toerekeningsvatbaarheid heeft mogelijk wél relevantie voor de laatste

vraag die de rechter volgens artikel 350 Sv moet beantwoorden, namelijk welke sanctie aan de verdachte moet worden opgelegd. Het gaat daarbij in het bijzonder om de vragen of aan de verdachte een (gevangenis)straf moet worden opgelegd en zo ja, hoe hoog die moet zijn en of aan hem een tbs-maatregel moet worden opgelegd.¹⁵ In de volgende twee paragrafen wordt onderzocht wat de mogelijke relevantie van een advies over verminderde toerekeningsvatbaarheid zou kunnen zijn voor de beslissing over de oplegging van deze sancties.

2.1. Straftoemeting en verminderde toerekeningsvatbaarheid

De Nederlandse rechter heeft veel vrijheid bij het nemen van de beslissing welke straf aan de verdachte moet worden opgelegd. De wet schrijft een algemene minimumgevangenisstraf van één dag voor (artikel 10 lid 2 Sr). De maximumstraf wordt bepaald door het bewezenverklarde delict. De rechter is niet verplicht om straf op te leggen. Volgens artikel 9a Sr mag hij daarvan afzien, onder andere in verband met de persoonlijkheid van de verdachte. De rechter hoeft geen verantwoording af te leggen over de omstandigheden die hij ten grondslag legt aan de opgelegde straf. De straftoemeting wordt in cassatie slechts marginaal getoetst.¹⁶ De hoogte van de straf is een afweging van strafverhogende en strafverlagende factoren,¹⁷ welke afweging overigens niet altijd (volledig) expliciet wordt weergegeven in de motivering van de strafmaat. Relevante factoren kunnen zijn de ernst van het feit, de mate waarin de rechtsorde geschokt is, de omstandigheden waaronder het feit is begaan, de mate van verwijtbaarheid van de verdachte en het recidiverisico. Verminderde toerekeningsvatbaarheid is een potentieel strafverlagende factor. Het drukt immers uit dat de verdachte door de stoornis in mindere mate een verwijt kan worden gemaakt dan wanneer hij psychisch beter zou hebben gefunctioneerd. De constatering dat een stoornis mogelijk van invloed is op de mate van schuld van de verdachte, verandert echter niets aan de vrijheid die de rechter heeft bij het bepalen van de strafmaat. De hoogte van de maximaal op te leggen straf wordt volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad niet begrensd door de mate van schuld van de verdachte.¹⁸ De rechter mag andere omstandigheden, bijvoorbeeld de geschokte rechtsorde of het – mogelijk door de stoornis veroorzaakte – recidivegevaar, zwaarder laten wegen dan de grootte van het verwijt aan de verdachte.¹⁹

Verminderde toerekeningsvatbaarheid speelt een wezenlijk andere rol in een systeem waarin de straftoemetingenvrijheid van de rechter beperkter is dan in Nederland. In het Amerikaanse federale strafrecht moet de rechter bijvoorbeeld acht slaan op gedetailleerde straftoemetingsrichtlijnen: de *United States Sentencing Guidelines*.²⁰ Aan de hand van de ernst van het feit en de justitië-

le documentatie van de verdachte moet worden vastgesteld welke minimumstraf en welke maximumstraf voor het door de verdachte begane strafbare feit mag worden opgelegd. De 'bandbreedte' van tijdelijke gevangenisstraffen kan variëren van minimaal nul tot maximaal zes maanden tot minimaal 324 tot maximaal 405 maanden. De rechter legt in beginsel een straf binnen deze bandbreedte op. Erkend wordt dat onder bijzondere omstandigheden een straf binnen de voorgeschreven bandbreedte onredelijk kan zijn. In de *Sentencing Guidelines* wordt daarom nauwkeurig gedefinieerd onder welke voorwaarden de rechter van de vastgestelde bandbreedte mag afwijken (*departures*). Dat kunnen strafverhogende omstandigheden zijn (*upward departures*) – bijvoorbeeld dat het feit lichamelijk letsel heeft veroorzaakt (artikel 5K2.2 SG) – of strafverminderende omstandigheden (*downward departures*). Een van de factoren op basis waarvan de rechter lager dan de door de bandbreedte bepaalde minimumstraf mag straffen is verminderde toerekeningsvatbaarheid (*diminished capacity*, artikel 5K2.13 SG). Daarvoor moet voldaan zijn aan het door de richtlijnen voorgeschreven criterium voor *diminished capacity*.²¹ Over de vraag onder welke omstandigheden wel of geen sprake is van *diminished capacity* bestaat een uitvoerige appelrechtpraak.²² Ook andere situaties waarin niet volledig aan de voorwaarden van een strafuitsluitingsgrond is voldaan kunnen grond voor een *downward departure* zijn. Een voorbeeld daarvan is wat bij gebrek aan een betere vertaling 'incomplete overmacht' zou kunnen worden genoemd (*coercion and duress* die geen *full defense* opleveren, artikel 5K2.12 SG).

Onder een sterk geformaliseerd straftoemetingssysteem als de *Sentencing Guidelines* – alleen de officiële *manual* beslaat al ruim zeshonderd pagina's – is het belangrijk om nauwkeurig af te bakenen wanneer zich een strafverminderinggrond voordoet, wil recht kunnen worden gedaan aan de omstandigheden van het geval. Uitsluitend indien aan het criterium van een strafverminderinggrond is voldaan, laten de richtlijnen het toe om lager dan de door de bandbreedte bepaalde minimumstraf te straffen. Omdat de Nederlandse rechter vrij is in de keuze welke omstandigheden hij mee laat wegen bij het bepalen van de hoogte van de straf, hoe hij de diverse

13. Zie onder meer K. Hummelen & D. Aben, 'Functionele diagnostiek in plaats van een advies aangaande toerekeningsvatbaarheid', *Expertise en Recht* 2015, p. 164-175; *Richtlijn psychiatrisch onderzoek en rapportage in strafzaken*, p. 63.

14. Zie daarover nader: Bijlsma 2016, p. 69-70, 260; G. Meynen & T. Kooijmans, 'Een standaard voor ontoerekeningsvatbaarheid en de functionele diagnostiek', *Expertise en Recht* 2015, p. 178-183.

15. Plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis op grond van art. 37 Sr is alleen toegestaan als het feit niet aan de verdachte wordt toegerekend en is daarom per definitie niet aan de orde in geval van verminderde toerekeningsvatbaarheid.

16. Zie bijv. HR 13 oktober 2009, *NJ* 2010/302, m.nt. Borgers. Zie nader over (motiveringsvoorschriften ten aanzien van) de straftoemetingsbeslissing: F.W. Bleichrodt & P.C. Vegter, *Sanctierecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 43-46; G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 868-878. Op grond van art. 359 lid 6 Sv moet een uitspraak in ieder geval de redenen bevatten die hebben geleid tot de keuze voor een vrijheidsbenemende sanctie, (HR 27 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2193).

17. Bleichrodt & Vegter 2013, p. 44.

18. 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 4 december 2007, *NJ* 2008/19, r.o. 3.3-3.5.

19. Uit analyse van feitenrechtpraak blijkt dat andere factoren niet zelden zwaarder wegen dan verminderde toerekeningsvatbaarheid. (J. Claessen & D. de Vocht, 'Straf van de mate van schuld', *Delikt en Delinkwent* 2012, p. 652-674.)

20. United States Sentencing Commission, *Guidelines manual*, <www.ussc.gov/guidelines/2016-guidelines-manual> (geraadpleegd januari 2017). Het federale hooggerechtshof (*U.S./Booker*, 543 U.S. 220 (2005)) heeft geoordeeld dat – anders dan aanvankelijk de bedoeling was – de *Sentencing Guidelines* niet bindend zijn. De rechter moet echter wel eerst de richtlijnen

toepassen, voordat hij er – indien nodig – gemotiveerd van af mag wijken. De richtlijnen zijn daarom in de praktijk nog steeds maatgevend voor de federale straftoemeting. (*Guidelines manual*, p. 13-15.)

21. *Diminished capacity* is 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'. (*Guidelines manual*, p. 496.)

22. Zie voor een analyse van die rechtpraak: Bijlsma 2016, p. 152-155.

factoren ten opzichte van elkaar weegt en zijn straftoemingsvrijheid alleen wettelijk begrensd wordt door de op het delict gestelde maximumstraf en het algemene minimum van één dag gevangenisstraf, bestaat geen juridische noodzaak de verschillende factoren die de straf kunnen bepalen nauwkeurig af te bakenen. In het Wetboek van Strafrecht is bewust geen stelsel van ‘verzachtende omstandigheden’ opgenomen, zoals de voorloper van het Wetboek van Strafrecht, de Code Pénal, dat wel kende. Een dergelijk stelsel is niet nodig, omdat het Nederlandse wetboek – anders dan de *Sentencing Guidelines* – geen minimumstraffen kent die variëren naar gelang het bewezen-verklaarde delict, de omstandigheden waaronder het is begaan en de justitiële documentatie van de verdachte. De rechter behoeft daarom – in de woorden van de memorie van toelichting bij het Wetboek van Strafrecht – geen ‘bijzonder mandaat’ van de wetgever om verzachtende omstandigheden in de strafmaat te kunnen verdisconten.²³ De factoren die in het Nederlandse recht de straf bepalen zijn dan ook nergens geformaliseerd zoals de *departures* in de *Sentencing Guidelines*. Er bestaat bijvoorbeeld geen discussie over de vraag hoe ‘incomplete overmacht’ moet worden gedefinieerd en of daarvan één of drie graden moeten worden onderscheiden, terwijl ‘incomplete overmacht’ ook in Nederland in potentie een strafverminderende werking heeft. Een verdachte die onder invloed van een sterke van buiten komende drang (bij-

Het past niet goed in de ‘losse’ Nederlandse straftoemingspraktijk om een factor die van invloed kan zijn op de hoogte van de straf van een afbakening te voorzien

voorbeeld een dreigement) een strafbaar feit pleegt, maar bij wie niet voldaan is aan het criterium voor psychische overmacht,²⁴ treft – zo mag worden aangenomen – een minder groot verwijt dan de verdachte die hetzelfde delict pleegt, maar bij wie iedere druk van buiten afwezig is. De rechter kan dit meewegen in zijn beslissing zonder zich te hoeven bekommeren om de vraag of sprake is van ‘incomplete overmacht’ – dat is immers niet nodig om bij de straftoemeting recht te kunnen doen aan de omstandigheid dat het feit onder een zekere van buiten komende drang is begaan. Een criterium voor verminderde toerekeningsvatbaarheid en een afbakening van verschillende graden van verminderde toerekeningsvatbaarheid zijn evenmin nodig om de rechter in staat te stellen een straf op te leggen waarin verdisconteerd is dat het strafbare feit mede onder invloed van een psychische stoornis is begaan. Betwijfeld kan worden of het forensisch-gedragswetenschappelijke debat om tot een afbakening van (graden van) verminderde toerekeningsvatbaarheid te komen in dit opzicht relevantie heeft voor de straftoemeting.

Eigenlijk past het dus niet goed in de ‘losse’ Nederlandse straftoemingspraktijk om een factor die van invloed kan zijn op de hoogte van de straf van een afbakening te voorzien.²⁵ Voor geen van de andere factoren die voor de straftoemeting van belang zijn, bestaat een dergelijke afbakening. Niettemin kan een stoornis onder omstandigheden aanleiding zijn het verwijt aan de verdachte te matigen en is voor de straftoemeting dus relevant dat de rechter een beeld heeft van de invloed die de stoornis heeft gehad.²⁶ Kan een advies van de gedragsdeskundige over verminderde toerekeningsvatbaarheid de rechter daarbij behulpzaam zijn? Wij betwijfelen dat. Om te bepalen in hoeverre een psychisch gestoorde verdachte een verwijt kan worden gemaakt is van belang dat de rechter betrekkelijk gedetailleerd inzicht heeft in – onder andere – de invloed die de stoornis heeft gehad op wat de verdachte ten tijde van het delict wist en in hoeverre hij zijn gedrag kon controleren.²⁷ Het meest directe en genuanceerde inzicht in het psychisch functioneren van de verdachte ten tijde van het delict krijgt de rechter door te bestuderen wat het gedragsdeskundig onderzoek daarover heeft opgeleverd. Voor een op alle omstandigheden van het geval toegesneden straftoemeting is – met andere woorden – niet zozeer de conclusie die de gedragsdeskundige over de toerekeningsvatbaarheid trekt van belang, maar vooral het onderzoek waarop die conclusie gebaseerd wordt.²⁸

Een advies over verminderde toerekeningsvatbaarheid voegt voor het nemen van een verantwoorde straftoemingsbeslissing weinig toe aan de rapportage pro justitia. Het gevaar bestaat zelfs dat een advies van de gedragsdeskundige over de toerekeningsvatbaarheid van de verdachte de rechter *beperkt* in het bereiken van een straftoemeting die op alle omstandigheden van het geval is toegesneden. Een advies over verminderde toerekeningsvatbaarheid is toegespitst op de invloed van de stoornis op de verwijtbaarheid van de verdachte. Niet alleen de mate van schuld is echter een relevante factor bij de straftoemeting. Ook eerdergenoemde factoren als de ernst van het feit, de omstandigheden waaronder het is begaan en het recidivegevaar zijn daarop van invloed. Doordat dergelijke andere omstandigheden niet zo op de voorgrond staan als een gedragsdeskundig advies over verminderde toerekeningsvatbaarheid, bestaat het risico dat aan verminderde toerekeningsvatbaarheid ten onrechte een bijzondere status ten opzichte van deze andere factoren wordt toegedicht.

Een stoornis is bovendien niet alleen relevant voor de straftoemeting in het licht van de mate van verwijtbaarheid van de verdachte. Een stoornis kan een reden zijn om de straf te matigen of zelfs om op de voet van artikel 9a Sr geheel af te zien van strafoplegging, *ongeacht* de grootte van het verwijt dat de verdachte treft, bijvoorbeeld omdat een (hoge) straf het recidivegevaar alleen maar zal vergroten of eventueel zelfs vanwege *coulance* met de verdachte wegens zijn stoornis. Omgekeerd kunnen een verhoogd recidivegevaar als gevolg van een stoornis en/of de ernst van de feiten redenen zijn een relatief zware gevangenisstraf op te leggen, *ongeacht* de mate van verwijtbaarheid van de verdachte.²⁹ Een te grote nadruk op de verminderde toerekeningsvatbaarheid van de psychisch gestoorde verdachte

Een te grote nadruk op de verminderde toerekeningsvatbaarheid van de psychisch gestoorde verdachte kan verbloemen dat een stoornis ook om heel andere redenen van invloed kan zijn op de straftoemeting

kan verbloemen dat een stoornis ook om heel andere redenen van invloed kan zijn op de straftoemeting.

2.2. Tbs en verminderde toerekeningsvatbaarheid

Nadat de rechter de vraag heeft beantwoord of de verdachte gestraft moet worden, zal hij zich kunnen afvragen of aan de psychisch gestoorde verdachte (ook) tbs moet worden opgelegd. Verminderde toerekeningsvatbaarheid is geen wettelijke voorwaarde voor tbs. Artikel 37a Sr vereist wel dat de verdachte 'tijdens' het delict aan een stoornis leed. De Hoge Raad leest hier niet meer in dan een 'uit gelijktijdigheid bestaand verband'. De rechter hoeft niet vast te stellen dat de bewezenverklarde feiten 'het gevolg zijn' van de stoornis van de verdachte. Tegelijkertijd is een causaal verband tussen stoornis en delict niet irrelevant voor de beslissing tbs op te leggen. Tbs is een maatregel die wordt opgelegd naar aanleiding van een door de verdachte begaan strafbaar feit. De rechter kan daarom – volgens de Hoge Raad – voor het al dan niet geven van een last tot terbeschikkingstelling van belang achten in hoeverre 'enig verband' tussen stoornis en delict bestaat.³⁰ De Hoge Raad lijkt hiermee te bedoelen dat de legitimatie van een strafrechtelijke maatregel als tbs problematisch kan zijn als in het geheel geen causaal verband tussen

stoornis en delict bestaat. Als geen causaal verband kan worden vastgesteld tussen stoornis en delict rijst immers de vraag waarom een stoornis die niets met het delict te maken heeft redenevend kan zijn voor de oplegging van een maatregel naar aanleiding van dat strafbare feit.

Voor opleggen van tbs is dus vereist dat wordt vastgesteld dat de verdachte ten tijde van het delict aan een stoornis leed en relevant dat die stoornis in causaal verband met het delict staat. Vermindering van de toerekeningsvatbaarheid wordt doorgaans in verband gebracht met de mate waarin de stoornis invloed uitoefende op de totstandkoming van het delict.³¹ Zo opgevat is de vaststelling van verminderde toerekeningsvatbaarheid informatief over het verband tussen stoornis en delict en dus relevant voor de beslissing al of geen tbs op te leggen. De gedragsdeskundige kan de rechter echter over dat verband informeren, zonder daarbij de omweg te kiezen van een advies in termen van verminderde toerekeningsvatbaarheid. De rechter heeft om te kunnen beslissen over de oplegging van tbs immers geen advies over de mate van toerekeningsvatbaarheid van de verdachte nodig, maar is geïnteresseerd in het verband tussen stoornis en delict.

Daarbij moet worden bedacht dat uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat het causale verband tussen

23. Smidt/Smidt 1891, p. 389-390. Het inmiddels ingetrokken wetsvoorstel tot invoering van bijzondere minimumstraffen in geval van recidive bij misdrijven waarop een gevangenisstraf van acht jaar of meer staat bevatte daarom wel een dergelijk – vrij algemeen geformuleerd – 'bijzonder mandaat'. Volgens een voorgesteld artikel 43d Sr zou de rechter slechts lager dan het voorgeschreven strafminimum mogen straffen indien sprake is van 'uitzonderlijke omstandigheden' – die onder andere de persoon van de dader mogen betreffen – en bestrafing boven het strafminimum tot een 'onbillijkheid van zwaarwegende aard' zou leiden. (Kamerstukken II 2011/12, 33151, 2, ingetrokken door Kamerstukken II 2012/13, 33151, 10.)

24. Voor een geslaagd beroep op psychische overmacht moet de verdachte hebben gehandeld onder invloed van een van buiten komende drang waaraan hij redelijkerwijs geen weerstand kon, maar ook niet hoefde te bieden. (HR 9 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX6743, r.o. 2.6.)

25. De Nederlandse Oriëntatiepunten voor

straftoemeting beogen net als de *Sentencing Guidelines* het straftoemingsbeleid consistentier te maken. Er bestaan echter belangrijke verschillen. De *Oriëntatiepunten* gelden slechts voor enkele veel voorkomende delicten, terwijl de *Guidelines* het gehele federale strafrecht bestrijken. Juist ernstige delicten waar een stoornis regelmatig van invloed is op de straftoemeting – zoals (poging tot) doodslag of moord – zijn niet in de *Oriëntatiepunten* opgenomen. In de *Oriëntatiepunten* wordt bovendien volstaan met het beknopt noemen van enkele op het delict toegespitste strafvermeerderende en -verminderende factoren. Meer algemene op de straftoemeting van invloed zijnde factoren zoals een psychische stoornis of 'incomplete overmacht' zijn niet in de *Oriëntatiepunten* opgenomen. Indien de *Oriëntatiepunten* zich in de richting van de *Guidelines* zouden ontwikkelen, zullen dergelijke algemene factoren moeten worden opgenomen. In dat geval ontstaat wel een noodzaak om af te bakenen in hoeverre een stoornis van invloed kan zijn op de straftoemeting.

26. Zie ook Smidt/Smidt 1891, p. 389.

27. Vergelijk Bijlsma 2016, p. 261-262.

28. Aldus ook 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. In dit verband kan ook de 'functionele diagnostiek' van belang geacht worden. (Zie daarover Hummelen & Aben, 2015.)

29. Dat komt pregnant naar voren in zaken waarin aan verminderd toerekeningsvatbare verdachten een levenslange gevangenisstraf wordt opgelegd. In de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 4 december 2007, ECLI:NL:HR:BB6351 motiveerde het hof de oplegging van levenslange gevangenisstraf bijvoorbeeld als volgt: 'Die straf wordt verdachte opgelegd ter vergelding van het leed dat hij zijn slachtoffers en de nabestaanden van (slachtoffer 1) heeft aangedaan en dient voorts ter bescherming van de maatschappij tegen het grote (recidive)gevaar dat van verdachte uitgaat.

Andere, voldoende effectieve mogelijkheden hietoe ziet het hof niet. De omstandigheid dat de thans bewezen verklaarde feiten verdachte niet volledig kunnen worden toegerekend, geeft het hof geen aanleiding tot het nemen van een andere beslissing.' Deze motivering was niet ontoereikend volgens de Hoge Raad. (Zie ook Conclusie Jörg 1 februari 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AS5881, onder 16-34.)

30. HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9407, r.o. 5.4. Zie ook HR 22 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1311, r.o. 4.4.1-4.4.3. Zie meer uitgebreid over deze voorwaarde en met nadere literatuurverwijzingen: J. Bijlsma, 'Het gelijktijdigheidsvereiste bij opleggen van tbs. Een onderzoek naar een dubbelzinnig criterium', *Delikt en Delinkwent* 2010, p. 51-74.

31. Zie bijv. de *Richtlijn Psychiatrisch onderzoek en rapportage in strafzaken*, p. 65; Mooij 2012.

stoornis en delict voor de oplegging van tbs van beperkt belang is. Voor de legitimatie van oplegging van tbs is weliswaar relevant dat een dergelijk verband aannemelijk is, een wettelijke voorwaarde is het niet. De vaststelling van de invloed van de stoornis op het delict hoeft daarom voor de legitimatie van opleggen van tbs niet expliciet en nauwkeurig plaats te vinden, een zekere mate van aanne-

De categorie van de verminderde toerekeningsvatbaarheid dient binnen het Nederlandse strafrecht geen duidelijk doel

melijkheid is voldoende.³² Veel belangrijker – gezien het karakter van de tbs als beveiligingsmaatregel – is volgens ons de mate van precisie die wordt bereikt met de risicotaxatie, de inschatting van de mate waarin de stoornis samen met andere factoren bijdraagt aan het recidiverisico van de verdachte.³³ De mate waarin de verdachte een

³². Advocaat-generaal Knigge stelt dat een causaal verband tussen stoornis en delict uit de vaststellingen en overwegingen van de rechter moet kunnen worden afgeleid. (Conclusie Knigge 24 januari 2012,

ECLI:NL:PHR:2012:BU6012, onder 4.10-4.13.)

³³. Er bestaat een zekere spanning tussen de stoornis als grondslag voor opleggen van tbs en het feit dat in veel risicotaxatieinstru-

gevaar voor de maatschappij vormt is niet alleen van belang voor de vraag of überhaupt voldaan is aan de wettelijke vereisten voor oplegging van tbs (artikel 37a lid 1 sub 2 Sr), maar ook voor de keuze tussen tbs met voorwaarden of tbs met dwangverpleging. Tbs met dwangverpleging lijkt eerder aan de orde te zijn indien het recidiverisico als betrekkelijk ernstig wordt ingeschat.

3. Conclusie

De categorie van de verminderde toerekeningsvatbaarheid dient binnen het Nederlandse strafrecht geen duidelijk doel. Er zijn voldoende mogelijkheden om de matigende invloed van een stoornis mee te wegen bij de straftoemeting ook daar waar een beroep op ontoerekenbaarheid faalt. Evenmin is de middencategorie nodig om te beslissen over de oplegging van tbs. Bovendien kleeft er een risico aan het hanteren van de ‘verminderde’ toerekeningsvatbaarheid: een advies over verminderde toerekeningsvatbaarheid kan andere – mogelijk meer relevante – factoren bij de bepaling van de sanctie overstemmen. Dit betekent naar ons idee dat de dichotomie van toerekenbaarheid en ontoerekenbaarheid, zoals deze oorspronkelijk ook bedoeld was, het uitgangspunt kan zijn voor het Nederlandse strafrecht, ook voor gedragsdeskundigen (zolang deze een uitspraak over de toerekeningsvatbaarheid blijven doen).³⁴ •

menten een psychische stoornis vergeleken met andere risicofactoren niet een heel grote rol speelt. (T. Kooijmans & G. Meynen, ‘De hybride structuur van de rapportage pro justitia: Over toerekeningsvatbaar-

heid en risico’, *Delikt en Delinkwent* 2012, p. 477-490.)

³⁴. Zie ook G. Meynen, *Legal Insanity. Explorations in psychiatry, law, and ethics*, Springer, 2016.