

## Schuld en de Ander: pleidooi voor een herwaardering van de binnenzijde van het strafrechtelijke schuldbegrip<sup>2</sup>

DD 2020/24

“Alsof ik dat oude wijfje heb vermoord? Ik heb mezelf vermoord, en niet dat oude wijfje! Ik heb mezelf toen in één keer doodgeslagen, voor altijd...!”<sup>3</sup>

“Legal doctrine at its heart is premised upon the need to ‘mind the gap’ between the law’s form (free individualism) and its content (the control of socially structured individuality).”<sup>4</sup>

### 1. Inleiding: het schuldbeginsel in theorie en praktijk

In een vorig redactioneel schreef ik dat strafrechtelijke beginselen in de *kern* ongrijpbaar en daardoor enigmatisch zijn.<sup>5</sup> De betekenis en de normatieve kracht van beginselen hangen vanzelfsprekend af van de wijze waarop en de mate waarin zij in wet- en regelgeving zijn vastgelegd en in de jurisprudentie worden geïnterpreteerd en toegepast. De wettelijke en jurisprudentiële regels waarin beginselen idiomatisch zijn vastgelegd, kunnen hun categorische<sup>6</sup> betekenis echter nimmer ten volle weerspiegelen: zij bieden daarvan hooguit een approximatieve, dus onvolkomen, aanduiding. In zoverre zijn strafrechtelijke beginselen vanuit positiefrechtelijk oogpunt altijd onder-bepaald ofwel ‘leeg’. Hun essentiële betekenis blijft altijd een raadsel. Over de inhoud ervan kan hooguit dit worden gezegd: strafrechtelijke beginselen zijn heuristische principes die wezenlijk een *aspiratie* uitdrukken.<sup>7</sup> In de kern verwijzen zij steeds naar wat Immanuel Kant heeft aangeduid als een ‘regulatief ideaal’, dat wil zeggen: een ideaal waarmee niets in de empirische werkelijkheid correspondeert, maar dat het menselijke doen en denken niettemin steun en *richting* geeft.<sup>8</sup> Van de hoogdravendheid van bovenstaande zinnen ben ik me bewust. Mogelijk getuigen zij naar de opvatting van menigeen zelfs van een zelfgenoegzame en vrijblijvende studeerka-mergeleerdheid, ofwel van het soort theoretisch narcisme dat tot uiting komt bij hem die uitsluitend eer stelt in het etaleren van theoretische spitsvondigheden, maar zich om de praktische implicaties of relevantie daarvan niet bekommert. De praktijk, in dit verband vooral de rechter, mag het verder zelf uitzoeken. Maar ook déze voorstelling van zaken is

1 Hoogleraar straf- en strafprocesrecht, Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen, Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall), Universiteit Utrecht.

2 Citeerwijze: F. de Jong, ‘Schuld en de Ander: pleidooi voor een herwaardering van de binnenzijde van het strafrechtelijke schuldbegrip’, DD 2020/24.

3 Fjodor Dostojevski’s *Misdaad en straf* uit 1866; hier geciteerd uit de vertaling van L. Reedijk, Amsterdam/Antwerpen: L.J. Veen Klassiek 2020, p. 348 (Raskolnikov biecht zijn misdaad op aan zijn geliefde Sonja).

4 A. Norrie, *Crime, reason and history. A critical introduction to criminal law*, 3e druk, Cambridge, Cambridge University Press 2014, p. 30.

5 F. de Jong, “Zonder titel” – het gemeenschappelijk engagement van de kunst en de strafrechtsbeoefening’, DD 2019/53, p. 689-695.

6 ‘Categorisch’ wil zeggen onvoorwaardelijk: de gelding is niet afhankelijk van een ‘als’ of een ‘om te’, is dus niet ‘hypothetisch’. Zie B. Longuenesse, *The first person in cognition and morality*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 48.

7 Vgl. *a-spiratio*: ‘aan-blazen’. En zie A.W.M. Mooij, *Psychoanalytisch gedachtegoed. Een modern perspectief*, Amsterdam: Boom 2002, p. 142-143.

8 Zie D. Emmet, *The role of the unrealisable. A study in regulative ideals*, Londen: Palgrave Macmillan 1994, p. 10-17; A. Norrie, *Justice and the slaughter bench. Essays on law’s broken dialectic*, Londen: Routledge 2017, p. 181-186.

nogal rijk aan bombast. Bovendien geeft ze blijk van zowel een overschatting als een onderschatting van de praktische betekenis van theoretische ontledingen van strafrechtelijke beginselen. Enerzijds – een open deur – kan geen enkele theoretische analyse, in welke studeerkamer ook ontstaan, worden verondersteld te zijn begiftigd met een dusdanig grote verklaringskracht, dat de correcte toepassing van een beginsel op concrete gevallen daarin hapklaar staat voorgetekend. In zoverre móet de rechter ‘het’ dus ook inderdaad altijd ‘zelf uitzoeken’. Anderzijds betekent dit natuurlijk<sup>9</sup> niet dat abstract-theoretische verhandelingen over beginselen (louter) academische pedanterie tentoonspreiden – aardig materiaal, misschien, om zich af en toe geestelijk mee te vermaken, maar voor de praktijk van nul en generlei waarde.

Theoretische analyses van juridische beginselen kunnen wel degelijk ook in praktische zin relevant zijn, zij het dat die relevantie zich doorgaans ‘vertraagd’ verwezenlijkt. Dit, althans, wil de voorliggende bijdrage adstrueren met betrekking tot het strafrechtelijke schuldbeginnsel. Daarbij staat wel iets op het spel. Schuld is immers al eeuwenlang een fenomeen waarvan onze gehele cultuur doortrokken is.<sup>10</sup> Het is dan ook een diepgeworteld uitgangspunt in vele jurisdicties dat strafrechtelijke aansprakelijkheid de vaststelling vereist van een intern schuldverband tussen dader en gevolg, en dus niet kan worden gebaseerd op de loutere vaststelling dat een gevolg door de dader is veroorzaakt.<sup>11</sup> In de westerse wereld wordt het strafrechtelijke schuldbeginnsel sinds de tijd van de Verlichting algemeen beschouwd als een uitdrukking van beschaving; het dient ter bescherming van de waardigheid van de mens, en daarmee van de mensheid zelf.<sup>12</sup> Tegelijk is bekend dat met abstracte begrippen als mensheid, menselijke waardigheid en beschaving niet zelden wordt gemarchandeerd. Daarop is al vaak gewezen, ten blijke waarvan ik Arnon Grunberg citeer, die in zijn verhandeling *Vriend & vijand* uit 2019 Carl Schmitt citeert die met instemming “in *Het begrip politiek* de Franse politicus en anarchist Pierre-Joseph Proudhon [citeert]: ‘Wie mensheid zegt wil bedriegen.’”<sup>13</sup> Met dit wat flauwe staaltje intertekstualiteit wil gezegd zijn dat onder de dekmantel van universaliteit vaak in feite vooral particuliere belangen worden behartigd.

In deze bijdrage zal niet worden betoogd dat het materieelstrafrechtelijke schuldbeginnsel zijn beschermende functie in deze zin ‘selectief’ uitoefent. Wél zal worden betoogd dat dit beginnsel blootstaat aan het *gevaar* instrumenteel te worden gemaakt aan de behartiging

9 Ik hoop althans dat hier andermaal een open deur wordt ingetrapt.

10 Zie J. Rowbotham, M. Muravyeva & D. Nash (red.), *Shame, blame, and culpability. Crime and violence in the modern state*, Londen: Routledge 2013; L. Siedentop, *Inventing the individual. The origins of Western liberalism*, Harmondsworth: Penguin 2014; S.I. Politoff & F.A.J. Koopmans, *Schuld*, 2e druk, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 12-13. Zie voorts over schuld in relatie tot schaamte bij de oude Grieken: E.R. Dodds, *The Greeks and the irrational*, Berkeley: University of California Press (1951) 2004, p. 28-63; R. Calasso, *The marriage of Cadmus and Harmony*, Londen: Vintage 1994, p. 94-95.

11 Zie bijvoorbeeld L. Farmer, *Making the modern criminal law. Criminalization and civil order*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 163; G.P. Fletcher, *Basic concepts of criminal law*, Oxford: Oxford University Press 1998, p. 81-85 en 99-100; H.L. Packer, *The limits of the criminal sanction*, Stanford, CA: Stanford University Press 1968, p. 103-108; H. Carvalho, *The preventive turn in criminal law*, Oxford: Oxford University Press 2017.

12 C. Kelk/F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, 7e druk, Den Haag: Wolters Kluwer 2019, p. 239; A.W.M. Mooij, *Intentionality, desire, responsibility. A study in phenomenology, psychoanalysis and law*, Leiden: Brill 2010, p. 253-275. Zie ook het kritische manifest van een groep deskundigen op het terrein van het Europese strafrecht: European Criminal Policy Initiative, ‘A manifesto on European criminal policy’, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 2009 (12), p. 707-716; op p. 707 wordt gesteld dat het schuldbeginnsel is bedoeld als “a guarantee that human dignity will be respected by criminal law”.

13 Arnon Grunberg, *Vriend & vijand. Decadentie, ondergang en verlossing*, Amsterdam: Prometheus 2019, p. 14. Deze uitgave verscheen min of meer tegelijkertijd met een nieuwe, geheel herziene Nederlandstalige editie van het boek van Schmitt waarnaar Grunberg verwijst: C. Schmitt, *Het begrip politiek* (oorspr. *Der Begriff des Politischen*, 1932), Amsterdam: Boom 2019.

van vooral bepaalde, particuliere belangen. Dit gevaar bestaat mede vanwege het feit dat het fenomeen schuld in het strafrecht wordt benaderd vanuit een overwegend *extern* en sterk *normatief* perspectief. Dit strafrechtelijke perspectief op schuld wordt behandeld in de volgende paragraaf. In die behandeling ligt het accent niet op de materieelrechtelijke betekenis van het schuldbeginsel of op de inhoud van zijn ‘deelnormen’.<sup>14</sup> De uiteenzetting beoogt enkel duidelijk te maken op welke wijze, en in welke zin, een extern en normatief perspectief verankerd ligt in de dogmatische structuur van het materiële strafrecht. De derde paragraaf wil verduidelijken dat en hoe dit perspectief op schuld ertoe kan bijdragen (en er misschien ten dele reeds toe heeft bijgedragen) dat het strafrechtelijke schuldbeginsel dienstbaar wordt gemaakt aan instrumentele belangen die worden gedicteerd door een bepaalde politieke ideologie. Een dergelijke instrumentalisering sorteert vrijwel noodzakelijkerwijs het uit oogpunt van legitimiteit bezwaarlijke effect dat de inhoud van het strafrechtelijke schuldbegrip (nog meer) vervreemd raakt van de alledaagse, voor-juridische betekenis van schuld, ofwel: van de subjectieve schuldbeleving. Dit pleit voor een herwaardering in het strafrecht van de subjectief-psychische kwaliteit van de schuldbeleving, dus van de binnenzijde van de schuld. Een tentatieve aanzet daartoe – en niet meer dan dat – verschaft de vierde paragraaf, die de kern van deze bijdrage vormt. Deze paragraaf zoekt aan de hand van enige inzichten uit de psychologische en psychoanalytische literatuur zicht te bieden op de emotionele grondslag en psychische inhoud van het tegelijk zo vertrouwde en zo raadselachtige fenomeen van de schuld. In de afsluitende, vijfde paragraaf worden enige implicaties voor het strafrecht gesuggereerd.

## 2. Schuld van buiten: het externe perspectief in de dogmatiek van het materiële strafrecht

Naar de inhoud bezien, ontleent een feit zijn strafbaarheid in hoofdzaak aan een tweetal eigenschappen, de eerste objectief en de tweede subjectief: de wederrechtelijkheid van de gedraging en de schuld van de dader.<sup>15</sup> Wederrechtelijkheid en schuld vormen van oudsher centrale aandachts- en twistpunten binnen de materieelstrafrechtelijke dogmatiek. Hoewel de vele theorieën die over beide begrippen in omloop zijn gebracht, als overbekend, nogal eens sterk uiteenlopen, bestaat op hoofdlijnen over hun inhoud en onderlinge verhouding wel degelijk de nodige consensus. Waar wederrechtelijkheid betrekking heeft op een *uitwendige* kwaliteit van de delictueuze gedraging, wordt schuld in het algemeen<sup>16</sup> juist met haar *binnenkant* geassocieerd, namelijk met de psychische verhouding van de dader tot

14 Elders betoog ik dat het strafrechtelijke schuldbeginsel vier inhoudelijke dimensies heeft, namelijk: “(i) the condition that the liable subject can legitimately be considered as the ‘author’ of the offence, (ii) the condition that the offence was committed intentionally, recklessly, or at least negligently, (iii) the condition that it can reasonably be assumed that the liable subject could have avoided his or her wrongful action (and that non-avoidability must be assumed in cases where generally recognised exculpatory defences apply that annul criminal liability), and lastly (iv) the condition that inflicted criminal penalties are proportionate to the liable subject’s culpability and to the gravity of his or her offence.” Zie F. de Jong, ‘Four dimensions of *nulla poena sine culpa*. The principle of individual culpability in contexts of criminal and quasi-criminal law enforcement in Europe’, in: V. Franssen & C. Harding (red.), *Criminal and quasi-criminal enforcement mechanisms in Europe. Origins, concepts, future*, Oxford: Hart Publishing 2020 (te verschijnen).

15 Meer naar de vorm bezien, is voor strafbaarheid van een gedraging vanzelfsprekend daarnaast vereist dat deze kan worden gerangschikt onder een toepasselijke wettelijke delictomschrijving (en dus dat is voldaan aan de vereisten van het materieelstrafrechtelijke legaliteitsbeginsel).

16 Afgezien bijvoorbeeld van min of meer behavioristische benaderingen het opzet, waarin deze schuldvorm volledig wordt herleid (of gereduceerd) tot de uitwendig waarneembare gedraging waarin het zich manifesteert. Zie daarover A.A.G. Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1966; vgl. J. ter Heide, *Vrijheid. Over de zin van de straf* (diss. Leiden), Den Haag: Bert Bakker 1965.

zijn of haar daad. In de Nederlandse strafrechtelijke literatuur vindt men van beide hoofdcomponenten van het strafbare feit bij mijn weten nergens een zo kernachtige en tegelijk aanschouwelijke aanduiding als bij Willem Pompe. In zijn klassieke en nog altijd lezenswaardige<sup>17</sup> *Handboek van het Nederlandse strafrecht* schrijft hij:

“Van de aan schuld te wijten normovertreding (verstoring der rechtsorde) vormt de wederrechtelijkheid in de regel (...) de buitenkant. Wederrechtelijk is dan de gedraging, als zij uiterlijk, althans afgezien van de wil des daders, in strijd is met het recht. De andere zijde, die in betrekking staat tot die wil, vormt de schuld. Deze kan op tweeërlei wijzen gekenmerkt worden: naar het gevolg is zij verwijtbaarheid, naar het wezen is zij vermijdbaarheid der wederrechtelijke gedraging.”<sup>18</sup>

Intussen mag het minstens opvallend worden genoemd dat, hoewel schuld dus in het algemeen als een *inwendige* kwaliteit wordt beschouwd,<sup>19</sup> de theoretische aandacht ervoor in sterk overwegende mate is geënt op het *externe* perspectief van degene die over de schuld uiteindelijk *oordeelt*. De aandacht die het begrip schuld binnen strafrechtelijke theorievorming ten deel valt, richt zich vooral op zijn betekenis en functie als voorwaarde voor *toerekening* van strafrechtelijke aansprakelijkheid; de strafrechtelijke doctrine toont daarentegen weinig belangstelling voor de psychische kwaliteit, dus de subjectieve *beleving* van schuld.<sup>20</sup> De geringe theoretische aandacht voor de ‘binnenkant’ van de schuld is in zoverre begrijpelijk, dat ook de strafrechtelijke praktijk met individuele zielenroerselen *in de regel* weinig heeft uit te staan. Of een dader zich voor het door hem of haar uitgerichte schuldig *voelt*, kan natuurlijk van belang zijn bij de vervolgings- of afdoeningsbeslissing en overduidelijk ook bij de beslissing over de straftoemeting; maar bij de dader aanwezige schuldgevoelens zijn in beginsel voor de vaststelling van zijn of haar strafbaarheid niet relevant.

De inwendige kwaliteit van psychische toestanden of belevingen is eigenlijk alleen *bij wijze van uitzondering* van rechtstreeks en bepalend belang voor de strafbaarheid, namelijk in gevallen waarin de rechter, op grond van een verweer of ambtshalve, de toepasselijkheid van een schulduitsluitingsgrond onderzoekt.<sup>21</sup> Het hieruit voortvloeiende oordeel is, als bekend, bepalend voor de verwijtbaarheid van de dader. Maar uitgerekend in deze gevallen,

17 Zie F. de Jong, ‘Handboek van het Nederlandse strafrecht – 1935. Willem Petrus Joseph Pompe (1893-1968)’, in: G. Martyn, L. Berkvens & P. Brood (red.), *Juristen die schreven en bleven. Nederlandstalige rechtsgeleerde klassiekers*, bijzonder nummer van *Pro Memoria* 2019 (2), Hilversum: Uitgeverij Verloren 2020, p. 205-210.

18 W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, 5e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959, p. 144.

19 Vgl. het zojuist gegeven citaat van Pompe (“die in betrekking staat tot die wil”).

20 Zie H. Morris, *On guilt and innocence. Essays in legal philosophy and moral psychology*, Berkeley: University of California Press 1976, p. viii; J.G. Murphy, *Punishment and the moral emotions. Essays in law, morality, and religion*, Oxford: Oxford University Press 2012; B. Williams, *Shame and necessity*, Berkeley: University of California Press 1993. Uitzonderingen zijn er natuurlijk zeker; zie bijvoorbeeld C. Kelk, ‘De doorleving van de schuld in de strafrechtspleging’, in: J.A. Janse de Jong & C. Kelk (red.), *Met schuld beladen. De kern en actuele betekenis van het werk van G.Th. Kempe over strafen reclassering*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 13-47; C. Kelk, ‘De schuldbeleving van de schuldigverklaarde’, in: C. Kelk, *De menselijke verantwoordelijkheid in het strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 119-148; G.Th. Kempe, *Schuldig Zijn* (oratie Utrecht), Utrecht/Nijmegen: Dekker en Van de Vegt 1950; A.W.M. Mooij, *Schuld in strafrecht en psychiatrie* (oratie Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1997; A. Neys, ‘Schuldverwerking bij daders van levensdelicten tijdens de fase van detentie’, *Metanoia* 2000 (8.2), p. 45-79.

21 De schuldbestanddelen opzet en culpa veronderstellen materieelrechtelijk evident bij de dader een innerlijke betrokkenheid van een bepaalde psychische kwaliteit. Nu het hier manifestaties van intentionaliteit betreft, gaat het evenwel om een innerlijkheid die op de buitenwereld is betrokken. In de bewijsvoering wordt de innerlijkheid van deze bestanddelen dan ook in sterke mate aan uitwendige factoren ontleend (‘daadschuld’). Zie Mooij 1997; Mooij 2010, p. 257-258; 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 juridisch 2009.

de gevallen dus waarin de schuld in haar strafrechtelijke ‘kernbetekenis’ in de aandacht staat, is die schuld *negatief* met de inhoud van psychische fenomenen verbonden.<sup>22</sup> De vaststelling, bijvoorbeeld, dat de inhoud van een bepaalde psychische toestand kwalificeert als een ‘hevige gemoedsbeweging’ als bedoeld in artikel 41 lid 2 Sr, strekt immers tot *uitsluiting*, niet tot bepaling, van de voor strafbaarheid vereiste schuld. Positief-inhoudelijke bepaling van deze schuld – verwijtbaarheid – vindt in de praktijk feitelijk *nooit* plaats: in zaken waarin schulduitsluitingsgronden geen (expliciete) rol spelen, dus in verreweg de meeste gevallen, wordt zij (als ‘stilzwijgende voorwaarde voor strafbaarheid’) immers in principe bij de dader aanwezig verondersteld, zonder enige referentie aan psychische factoren.<sup>23</sup>

Het verwondert daarom niet dat het ‘wezen’ of de ‘essentie’ van de strafrechtelijke schuld zich evenmin in de strafrechtelijke doctrine heeft laten vangen in een dekkende, positief-inhoudelijke begripsbepaling. De omschrijvingen die men in de literatuur aantreft, zijn hooguit approximatief en negatief. De typeringen verwijzen eigenlijk steeds naar een gebrek of een tekort in de aanwending van veronderstelde, want voor algemeen-menselijk gehouden vermogens. Meest gangbaar zijn, naast de al genoemde ‘vermijdbaarheid’, aanduidingen als: ‘het kunnen helpen’, ‘anders kunnen handelen’, of variaties daarop.<sup>24</sup> De soms gebruikte aanduiding ‘schuld als vrije zelfbepaling’ *lijkt* iets inhoudelijker, maar is dat niet (want is veel te breed: het gehele zelf, volledig bepaald, hoe vrij?); en het germanisme ‘straffunderingsschuld’, ten slotte, is niet meer dan een tautologie.<sup>25</sup> Voor alle in de literatuur aangereikte definities geldt dat een verwijzing naar (een aspect van) subjectieve beleving daarin ontbreekt, dat zij de notie schuld betrekkelijk onscherp omlijnen, én dat zij door een zekere inhoudelijke ‘leegte’ worden gekenmerkt. Ik benadruk dat deze kwalificaties zeker niet als *diskwalificaties* bedoeld zijn en dus ook niet enig verwijt (wat dat ook precies mag betekenen) willen uitdrukken.

Intussen zijn wij dankzij die kwalificaties wel teruggelid naar de wat hoogdravende openingszinnen van deze bijdrage. Wat daar werd opgemerkt over strafrechtelijke beginselen in het algemeen, blijkt in ieder geval ook op te gaan voor het schuldbeginsel. Indien wij namelijk als juist aannemen – waarvoor ook goede grond bestaat – dat het element verwijt-

---

22 Bij de bestanddelen opzet en culpa is dat verband positief, maar zie de vorige voetnoot.

23 In zoverre is het begrip strafbaar feit een zogenoemd *defeasible concept*; zie H.L.A. Hart, ‘The ascription of responsibility and rights’, *Proceedings of the Aristotelian Society* 1949, p. 171-194, p. 174-76. Zie ook L. Duarte d’Almeida, *Allowing for exceptions. A theory of defences and defeasibility in law*, Oxford: Oxford University Press 2015; en vgl. Packer 1968, p. 105-108. Ten aanzien van de culpa (waarvan de verwijtbaarheid een component vormt) liggen de zaken in dit verband iets genuanceerder; zie Kelk/De Jong 2019, p. 304-306; en D.G.J. Grimmelikhuijzen, ‘Grove schuld. Over de betekenis van verwijtbaarheid bij commune culpoze delicten’, *DD* 2015, p. 731-754.

24 Bij de schulduitsluitingsgrond van artikel 39 Sr (ontoerekenbaarheid) krijgt de psychische binnenwereld uiteraard meer concreet reliëf en inhoudelijke bepaling; maar juist hier verlaat de rechter zich doorgaans op de inbreng van een niet-juridische discipline. Daarbij komt dat het belang van de innerlijke kwaliteit van een psychisch affect natuurlijk niet in alle gevallen even groot is en niet voor elke schulduitsluitingsgrond even evident. Het belang hiervan is ontegenzeggelijk bijzonder groot in relatie tot artikel 39 Sr; maar zeker bij de meer normatieve schulduitsluitingsgronden, zoals die van artikel 43 lid 2 Sr (onbevoegd gegeven ambtelijk bevel) en andere vormen van dwaling (avas), speelt de subjectieve inhoud van psychische toestanden een bescheidener of minder evidente rol.

25 Zie W.H.A. Jonkers, ‘Het strafrechtelijk schuldverwijt’, in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenkboek. Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 227-242. Zie ook J. Bins, ‘Schuldbeginsel en schuldbegrip in het strafrecht’, in: J.W. Fokkens & N. Keijzer (red.), *Beginselen* (liber amicorum G.E. Mulder), Arnhem: Gouda Quint 1981, p. 1-21; Politoff & Koopmans 1991, p. 111-112.

baarheid de kern uitmaakt van het strafrechtelijke schuldbegin­sel,<sup>26</sup> dan dwingt het hierboven besprokene tot de slotsom dat dit begin­sel in essentie inderdaad ongrijpbaar, diffuus en in zoverre dus ‘leeg’ is. Zijn essentie wordt langs de negatieve omweg van de schuld­uit­sluitingsgronden wel benaderd, maar wordt nooit volledig of definitief in het licht gesteld; dat ‘geheim’ wordt dus niet prijsgegeven. En daarmee zijn de vragen bepaald nog niet de wereld uit. Het blijft bijvoorbeeld hoe dan ook een wonderlijk gegeven dat een rechtsgebied dat zo sterk in het teken staat van schuld, daarin van oudsher zelfs zijn voornaamste rechtvaardiging zoekt,<sup>27</sup> voor de subjectieve en psychische inhoud ervan ogenschijnlijk zo weinig belangstelling aan de dag legt. De schuld wordt, zoals we zagen, algemeen beschouwd als de binnenkant (dus als de kern) van het *strafbare feit*, maar de binnenkant van de schuld *zelf*, ofwel de subjectieve beleving van schuld, blijft goedge­deels buiten beschouwing.

Schuld in het strafrecht is vooral schuld *in foro externo*; van schuld *in foro interno* houdt het strafrecht zich doorgaans afzijdig. Dit gegeven werd in deze paragraaf ten dele ver­klaard onder verwijzing naar enige dogmatische eigenaardigheden van het positieve strafrecht. Ten *dele* verklaard: de positiefrechtelijke dogmatiek berust immers niet op natuurwetmatigheden, maar op keuzes. Deze weinig spectaculaire vaststelling brengt mee dat de dogmatische inrichting van het positieve strafrecht altijd en onvermijdelijk een zekere contingentie aankleeft. Zo blijven wij zitten met de vraag waardoor het komt dat binnen de vigerende strafrechtsdogmatiek de aandacht voor de schuld zich voornamelijk tot haar silhouet beperkt. De volgende paragraaf is aan deze vraag gewijd. Een volledig of enigszins bevredigend antwoord daarop kan daar, zoals eigenlijk vanzelf spreekt, niet worden verwacht; volstaan moet worden met enige losse en tentatieve suggesties die met name het vermoeden betreffen dat een (causale) samenhang bestaat met de invloed van politiek-ideologische opvattingen. In de daaropvolgende, vierde paragraaf wordt afstand genomen van het externe, strafrechtelijke perspectief en wordt vanuit een psychologisch perspectief de ‘binnenkant’ van de schuld aan nadere inspectie onderworpen.

### 3. Schuld als instrument: de decisionistische oorsprong van het recht en de invloed van politieke ideologie

Zo-even werd gesteld dat de verwerking van het schuldbegin­sel in de materieelstrafrechtelijke dogmatiek uiteindelijk berust op keuzes, dus op wils-daden, en daarmee in zekere mate contingent is. De strekking van deze stelling overstijgt uiteraard het niveau van de strafrechtelijke dogmatiek. Zij impliceert namelijk dat het positieve recht in het *algemeen* geen enkele regel die tot zijn inhoud behoort volkomen kan rechtvaardigen, aangezien ieder daarvan zijn oorsprong vindt in een wils-act of ingreep die in logische zin nu juist aan dat positieve recht *voorafgaat*. Wij stuiten hier op een zere plek die door Bert van Roermund is aangeduid als de ‘Achilleshiel in de rechtsorde’: een fundamentele kwetsbaarheid die is gegeven met de *politieke* oorsprong van iedere positiefrechtelijke ordening. Geen recht ‘is’, vooraleer het *gesteld* is. Hieruit volgt dat iedere gegeven rechtsorde *ultimo* is gegrond in een per definitie *niet* door die rechtsorde gelegitimeerde wils-act:

26 Immers: ondanks het bewijs van opzet of culpa kan de verwijtbaarheid ontbreken; en ten aanzien van de delicten in de wettelijke omschrijving waarvan een schuldbestanddeel niet voorkomt (overtredingen dus), is schuld enkel in de hoedanigheid van het element verwijtbaarheid een voorwaarde voor strafbaarheid. Vgl. HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, p. 681 (Melk en water), waarin de Hoge Raad onder aanroeping van “het rechtsgevoel” spreekt van “het – ook in ons strafrecht gehuldigde – beginsel ‘geen straf zonder schuld’ (...)”

27 Althans voor zover wordt uitgegaan van een retributivistische grondslag. Zie R.A. Duff, *Punishment, communication, and community*, Oxford: Oxford University Press 2001; Kelk/De Jong 2019, p. 20-22.

“voorzover zij een gestelde, een positieve rechtsorde is, komt zij voort uit een machtsdaad.”<sup>28</sup>

En ook aan ieder afzonderlijk voorschrift van een gegeven rechtsorde ligt uiteindelijk één of andere vorm van politiek decisionisme ten grondslag.<sup>29</sup> De geweldsdaad waaruit het recht geboren is – en die aan al zijn voorschriften ten grondslag ligt – wordt echter in zekere mate gemaskeerd doordat het positieve recht zijn verschillende geboden en verboden presenteert, ja móet presenteren, als categorische, dus onvoorwaardelijk geldende normen. Toch wordt die politieke oorsprong niet compleet uitgewist; als een soort traumatische herinnering blijft die oorsprong sluimerend deel uitmaken van het ‘kwade geweten’ van het recht. Hierdoor kan het recht bij tijd en wijle worden herinnerd aan zijn voornaamste opdracht, te weten de opdracht om dat waaraan het zelf ontsproten is – politieke macht – te beteugelen. Recht, zo stelt Van Roermund dan ook, “is niets anders dan een politiek die haar ongerechtvaardigde oorsprong in de macht erkent door haar via allerlei instituties af te dempen.”<sup>30</sup> Als bekend is ten aanzien van het strafrecht precies hetzelfde beweerd, zij het in andere woorden, door Toon Peters: zijn *rechtsgehalte* ontleent dit rechtsgebied uitsluitend aan zijn machtskritische, rechtsbeschermende functie, meende hij, en dus niet aan zijn instrumentele ordeningsfunctie. De eerste wordt echter gemakkelijk door de laatste overvleugeld en moet daarop bijgevolg voortdurend worden bevochten.<sup>31</sup> Bij uitstek geldt dit voor de strafrechtelijke beginselen. Zoals in de inleidende paragraaf al werd opgemerkt, geven zij in de kern uitdrukking aan ‘regulatieve idealen’, dat wil zeggen idealen waaraan in de werkelijkheid nooit volledig en concreet kan worden voldaan, maar op de verwezenlijking waarvan in ons denken en doen wel wordt *geanticipeerd*. Hieraan ontleen strafrechtelijke beginselen hun richtinggevende functie, die door Andrew Ashworth en Jeremy Horder als volgt wordt omschreven:

“The role of principles is to provide a guide to making, and a critical standard for judging, the shape and character of rules and standards in the rest of criminal law.”<sup>32</sup>

Vanwege hun heuristische aard worden strafrechtelijke beginselen noodzakelijkerwijs gekenmerkt door een zekere abstractie en leegte: ze wijzen of duwen in een richting maar zeggen niet, kunnen niet zeggen, naar welke concrete uitkomst de gewezen richting voert. Die relatieve onbepaaldheid verleent beginselen een zekere robuustheid, aangezien zij hierdoor tred kunnen houden met nieuwe ontwikkelingen. Maar diezelfde onbepaaldheid maakt ze ook kwetsbaar.

Het is een feit waarop al vaak is gewezen: beginselen kunnen voor verschillende karren worden gespannen, karren die in uiteenlopende richtingen kunnen gaan al naargelang de

28 G.C.G.J. van Roermund, ‘Omtrent Raskolnikov’, *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* (intussen: *Netherlands Journal for Legal Philosophy*) 2004 (1), p. 1-8, p. 7.

29 Zie over decisionisme en contingentie P.W. Kahn, *Political theology. Four new chapters on the concept of sovereignty*, New York: Columbia University Press 2011, p. 46-54 en 73-86. Vgl. P. Ricoeur, *The just* (oorspr. *Le juste I*, 1995), Chicago: University of Chicago Press 2000, p. 129-130.

30 Van Roermund 2004, p. 7. Zie ook G.C.G.J. van Roermund, ‘Dualisme en dualisme is twee’, in: G.C.G.J. van Roermund, M.S. Groenhuijsen & W.J. Witteveen (red.), *Symposium strafrecht. Vervolg van een grondslagendebat*, Arnhem,: Gouda Quint 1993, p. 265-289.

31 A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht* (oratie Utrecht), Deventer, Kluwer 1972.

32 J. Horder, *Ashworth's Principles of criminal law*, 8e druk, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 65.

ideologie waardoor zij worden gemend.<sup>33</sup> De richtingwijzende betekenis van het materieel-strafrechtelijke schuldbeginsel hangt daardoor mede af van heersende ideologische opvattingen en overtuigingen.<sup>34</sup> Dit betekent dat ook het strafrechtelijke schuldbeginsel blootstaat aan het gevaar te worden gekoloniseerd door heersende ideologische opvattingen en aldus dienstbaar te worden gemaakt aan instrumentele doelen die daarin besloten liggen. Met de hieronder volgende aantekeningen wordt niet beoogd enig *bewijs* te leveren van de verwerkelijking van dit gevaar. Wél wordt in het onderstaande uitgegaan van het vermoeden dat de normatieve invulling van het strafrechtelijke schuldbeginsel en het overwegend externe perspectief op schuld dat in de materieelstrafrechtelijke dogmatiek verankerd is, aansluiten bij een bepaalde politieke ideologie en aldus bijdragen aan de verwezenlijking van de daaruit voortvloeiende instrumentele doelen. Dit vermoeden kan hier niet anders dan op beknopte wijze en op basis van een gedeeltelijk speculatieve en karikaturale schets worden toegelicht.

Ons strafrecht is op kantiaanse leest geschoeid. Alleen iemand die persoonlijk schuld draagt voor een strafbaar feit kan daarvoor worden gestraft. Bestrafing is daarmee enkel mogelijk indien die schuld *moreel* kan worden *toegerekend*. En die toerekening is alleen mogelijk indien en voor zover het strafbare feit in vrijheid is begaan: “*Zurechnung* (imputatio) in moralischer Bedeutung ist das *Urteil*, wodurch jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung, die alsdann *Tat* (factum) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird (...)”, zegt Kant.<sup>35</sup> Menselijke vrijheid veronderstelt dat de mens beschikt over bepaalde mentale capaciteiten die hem of haar vatbaar maken voor de toerekening van schuld. Hierbij gaat het bij Kant om de intellectuele vermogens van de praktische rede. H.L.A. Hart omschrijft deze vermogens als “those of understanding, reasoning and control of conduct: the ability to understand what conduct legal rules or morality require, to deliberate and reach decisions concerning these requirements, and to conform to decisions when made.”<sup>36</sup> Volgens Hart hebben deze “most important criteria of moral liability-responsibility” in de meeste strafrechtelijke stelsels echter slechts gedeeltelijk erkenning gevonden.<sup>37</sup> Dat wil zeggen:

33 Zie bijvoorbeeld Peters 1972; A.A.G. Peters, ‘Recht als vals bewustzijn’, in: C. Kelk e.a. (red.), *Recht, macht en manipulatie*, Utrecht/Antwerpen: Het Spectrum 1976, p. 189-220. In een eerder redactioneel omschreef ik, onder verwijzing naar Louis Althusser, ideologie als “een *wereldbeeld*, opgetrokken uit een samenstel van ideeën over bijvoorbeeld de aard van de mens en van menselijke relaties; ideologie kleurt daarmee het menselijke beeld van de werkelijkheid en markeert de grenzen van onze epistemologische zekerheden.” Zie F. de Jong, ‘Straf, schuld en ideologie, of: de toekomst van de twintigste-eeuwse strafrechtsgeschiedenis in Nederland’, *DD* 2018/1, p. 1-11, p. 2; en zie Th.W. Adorno, *Beitrag zur Ideologienlehre*, in: *Gesammelte Schriften. Band 8: Soziologische Schriften I*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1990.

34 Zie A. Norrie 2014, p. 20-22 en 346-347; A. Norrie, “Simulacra of morality?” Beyond the actual/ideal antinomies of criminal justice’, in: R.A. Duff (red.), *Philosophy and the criminal law. Principle and critique*, Cambridge: Cambridge University Press 1998, p. 101-155; Norrie 2017, p. 25-44; R.A. Duff, *Answering for crime. Responsibility and liability in the criminal law*, Oxford: Hart Publishing 2007, p. 191-193; N. Lacey, ‘Principles, policies, and politics of criminal law’, in: L. Zedner & J.V. Roberts (red.), *Principles and values in criminal law and criminal justice. Essays in honour of Andrew Ashworth*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 19-35; en, in dezelfde bundle, J. Gardner, ‘Ashworth on Principles’, p. 12-14.

35 I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), in: *Akademieausgabe. Band VI*, Berlijn: De Gruyter 1968, p. 223 (online: <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/verzeichnisse-gesamt.html>). See further A. Aichele, ‘Grüße von Sam. Zum Verhältnis von Zurechnungsfähigkeit und Menschheitsbegriff am Paradigma der Rechtsphilosophie Kants’, in: M. Kaufmann & J. Renzikowski (red.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2004, p. 247-262; J. Hruschka, ‘Imputation’, *Brigham Young University Law Review* 1986 (3), p. 669; F. de Jong, *Symbolische en diabolische krachten in het strafrecht* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 3-12.

36 H.L.A. Hart, *Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law*, 2e druk, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 227. Zie ook A.W.M. Mooij, *Toerekeningsvatbaarheid. Over handelingsvrijheid*, Amsterdam: Boom 2004, p. 109-158; Mooij 2010, p. 305-08.

37 Hart 2008, p. 227.



het recht *veronderstelt* dat mensen in het algemeen beschikken over de vermogens die nodig zijn om te voldoen aan de eisen van de zuivere praktische rede, maar bekommert zich doorgaans weinig om de vraag of individuele justitiabelen ook echt (voldoende) met die vermogens zijn begiftigd.

Dit geldt in ieder geval voor het strafrecht in de nadagen van de Klassieke Richting. In de nogal metafysische traditie van de Klassieke Richting, die sterk is beïnvloed door de moraalfilosofie van Kant, geldt als streng uitgangspunt dat mensen in het algemeen in vrijheid handelen en dus ook dat een strafbaar feit in het algemeen wordt verondersteld te berusten op een volstrekt vrijelijk genomen keuze van de delinquent. Individuele schuld en de daaraan ten grondslag liggende *freie Willkür* vormen weliswaar noodzakelijke voorwaarden voor de toerekening van strafrechtelijke aansprakelijkheid, maar deze voorwaarden worden in de regel dus koudweg verondersteld te zijn vervuld en verder niet geproblematiseerd.<sup>38</sup> Zoals Pompe in zijn Utrechtse oratie uit 1928 heeft laten zien, sluit deze benadering van de schuld in het strafrecht naadloos aan bij de *abstracte* mensbeschouwing die overheerste binnen de politieke ideologie van na de Franse revolutie.<sup>39</sup> Het mensbeeld van de sterk liberalistische en individualistische politieke ideologie van de negentiende eeuw was geënt op de gemiddelde mens die de lakens uitdeelde: de zelfbewuste, economisch zelfstandige en op (haar maar toen meestal) zijn individuele vrijheid beluste individu.<sup>40</sup>

Dit is de mens die schoorvoetend had ingestemd met de voorwaarden van het 'sociaal contract', het rousseauïaanse model waarin alle burgers een klein deel, een zo klein mogelijk deel, van hun individuele vrijheid opgeven om die te investeren in een publieke hoegrootheid: de staat. Die staat, eigenlijk een noodzakelijk kwaad, staat in ruil daarvoor borg voor de overgebleven delen individuele vrijheid. Deze vrijheid werd gezien als vanzelfsprekend, en als iets dat daarom ook binnen een strafrechtelijke context voorwerp van een veronderstelling mocht zijn. Het abstracte, wat elitaire mensbeeld van de Verlichting werd vrijwel onverkort geprojecteerd op de misdadige mens, die dus in beginsel volledig verantwoordelijk werd geacht voor het misdadige 'eigen werk'. Deze normatieve en 'formele' benadering van strafrechtelijke schuld neemt niet weg dat er in het strafrecht van de Klassieke Richting ook een uitgesproken opvatting bestond over de wijze waarop de schuldig bevonden delinquent zijn of haar schuld diende uit te boeten. De straf moest leiden tot de innerlijke ommekeer en morele verbetering van de delinquent. Eenzame opsluiting werd daartoe het meest geschikte middel geacht. Vanaf midden negentiende eeuw werden de gevangenen dan ook ingericht overeenkomstig het principe van strikte cellulaire afzondering. In dit beleid "werd als ideaaltype van de gedetineerde het beeld vooropgesteld van de berouwvolle, in zijn kale cel neergebogen zondaar."<sup>41</sup>

38 Zie Norrie 2014, p. 26-29; N. Lacey, *In search of criminal responsibility. Ideas, interests, and institutions*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 117-134.

39 W.P.J. Pompe, *De persoon des daders in het strafrecht* (oratie Utrecht), Utrecht/Nijmegen: Dekker en Van de Vegt/J.W van Leeuwen 1928; ook opgenomen in C. Kelk (red), *Gedachten van Willem Pompe over de mens in het strafrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2008, p. 9-24. Zie ook W.H. Nagel, *Het strafrecht en de onmens* (oratie Leiden, 1956), in: Y. Buruma (red.), *Honderd jaar strafrecht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999, p. 59-81.

40 Pompe (1928) spreekt in dit verband van het menstype van de *citoyen*, trots op zijn autonomie, en dat van de utilitaristisch ingestelde, calculerende *bourgeois*, "vertegenwoordiger van de derde stand".

41 A. Neys, 'Over de "herstelgerichtheid" van het gevangenispastoraat', in: T. Daems, P. De Witte & G. Zuijdwegt (red.), *De gekooide mens. Gevangenisstraf als doorleefde realiteit*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2016, p. 148-180, p. 152. Zie over de disciplinerende werking die werd verwacht van de 'panoptische' strafinrichtingen van de negentiende eeuw het beroemde werk van Michel Foucault: *Discipline, toezicht en straf. De geboorte van de gevangenis* (oorspr. *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, 1975), Groningen: Historische Uitgeverij 2018.

Allengs trad echter steeds duidelijker aan de oppervlakte dat de delinquenten gemiddeld genomen niet beantwoordden aan de ideaalbeelden die het strafrecht van de Klassieke Richting op hen projecteerde. In werkelijkheid bleken zij veel minder vrij, autonoom of economisch onafhankelijk dan lange tijd was aangenomen. Bovendien drongen de nefaste gevolgen van het beleid van cellulaire afzondering aan het licht. Deze bestonden onder meer uit een hoge prevalentie van pathologie onder gedetineerden, veel gevallen van (pogingen tot) suïcide en schrikbarend toegenomen recidivecijfers.<sup>42</sup> Als overbekend liggen onder meer deze feiten ten grondslag aan de opkomst van de zogenoemde Moderne Richting die met name vanaf het einde van de negentiende eeuw grote invloed kreeg binnen het strafrecht.

De Moderne Richting brak met de abstracte, filosofische mensbeschouwing van de Klassieke Richting en richtte de aandacht op de oorzaken van crimineel gedrag op algemeen maar vooral op *individueel* niveau.<sup>43</sup> Vanwege deze hoofdzakelijk etiologische belangstelling hadden de adepten van de Moderne Richting ook aanmerkelijk meer aandacht voor de situatie van *onvrijheid* waarin de delinquent zijn of haar misdaad bedreven had.<sup>44</sup> Dit leidde enerzijds tot een meer genuanceerde benadering van de strafrechtelijke schuld; de opvatting won veld dat schuld een gradueel begrip is en dus niet een fenomeen dat alleen maar óf geheel aanwezig óf geheel afwezig kan zijn. De aandacht voor de individuele, psychische en sociale oorzaken van crimineel gedrag leidde anderzijds tot een sterke preoccupatie met het gevaar dat van de delinquent heette uit te gaan en waartegen de samenleving diende te worden beveiligd.<sup>45</sup> Deze geprononceerde focusverschuiving (van daad naar dader, van boetedoening naar beveiliging) had verstrekkende gevolgen voor de inhoud en de praktijk van het strafrecht.

Toch heeft de invloed van de Moderne Richting niet bewerkstelligd dat afscheid is genomen van het normatieve strafrechtelijke schuldbegrip en van het overwegend externe perspectief daarop. Het tegendeel is eerder waar. Het 'schuld en boete-syndroom' van de Klassieke Richting werd weliswaar afgezworen,<sup>46</sup> maar onder invloed van de eind vorige eeuw dominant geworden politieke ideologie van het neoliberalisme, is de nadruk op de bij mensen in het algemeen veronderstelde vrijheid en verantwoordelijkheid alleen maar sterker geworden.<sup>47</sup> Veel meer dan ten tijde van de verzorgingsstaat, worden burgers nu beschouwd als zelfredzame individuen die zelf verantwoordelijk zijn voor hun eigen levenslot. Burgers zijn autonome individuen die worden verondersteld in staat te zijn om op eigen kracht aan talloze ethische normen van goed burgerschap te gehoorzamen. Aan deze geïdealiseerde en normatieve voorstelling wordt door de overheid, op het krampachtige

42 Zie Neys 2016, p. 152; Pompe 1928; H. Franke, *Twee eeuwen gevangen. Misdaad en straf in Nederland* (diss. Amsterdam, UvA), Utrecht: Het Spectrum 1990; A.G. Bosch, *De ontwikkeling van het strafrecht in Nederland van 1795 tot heden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

43 Zie M.S. Groenhuijsen & D. van der Landen (red.), *De Moderne Richting in het strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990; C. Fijnaut, *Criminology and the criminal justice system. A historical and transatlantic introduction*, Cambridge/Antwerpen: Intersentia 2017; J.R. Lilly, F.T. Cullen & R.A. Ball, *Criminological theory. Context and consequences*, 7e druk, Los Angeles: Sage Publications 2019, p. 18-30.

44 Zie Mooij 2010, p. 338-340.

45 Zie M. Foucault, 'About the concept of the "dangerous individual" in 19th century legal psychiatry', *International Journal of Law and Psychiatry* 1978 (1-1), p. 1.

46 Zie Neys 2016, p. 151-152.

47 Zie F. de Jong, 'Responsabilisering in het Nederlandse straf-, sanctie- en detentierecht', *AA* 2017, p. 640-652; D. Garland, *The culture of control*, Chicago: University of Chicago Press 2001; N. Rose, 'Government and control', *The British Journal of Criminology* 40 (2000) 4, p. 321-339; Norrie 2017, p. 25-44; S. Veitch, *Law and irresponsibility. On the legitimization of human suffering*, Londen: Routledge 2007, p. 34-52 en 103-104; V. Chiao, *Criminal law in the age of the administrative state*, Oxford: Oxford University Press 2019.

af,<sup>48</sup> vastgehouden, in weerwil van de wetenschap dat veel mensen aan die voorstelling niet helemaal of helemaal niet kunnen beantwoorden. Dit doet denken aan een bewering die Sigmund Freud – wiens naam hieronder, ik waarschuw alvast, nog vaker zal vallen – optekende in zijn beroemde verhandeling *Het onbehagen in de cultuur*:

“Precies zulke bezwaren kunnen wij maken tegen de ethische eisen van het Boven-Ik der cultuur. Ook dit bekommert zich te weinig om de feiten van de menselijke psychische constitutie, het vaardigt een verbod uit zonder zich af te vragen of de mens in staat is eraan te gehoorzamen. Veeleer veronderstelt het dat voor het Ik van de mens alles wat men het opdraagt psychologisch mogelijk is (...). Dat is een misvatting, zelfs bij zogenaamd normale mensen (...).”<sup>49</sup>

Dit opstel verscheen in 1930, dus ver vóór de opkomst en doorbraak van de neoliberale ideologie en de daarin besloten liggende gerichtheid op ‘responsabilisering’. Maar wat Freud toen beweerde, lijkt wél duidelijk óók op te gaan voor de laatmoderne, neoliberalistische vorm van staatsdwingelandij. De nadruk op veronderstelde autonomie en verantwoordelijkheid klinkt bovendien door in de invulling van het strafrechtelijke schuldbeginsel. In de vorige paragraaf bleek dat de ‘kern’ van dit beginsel – de individuele verwijtbaarheid – in feite een ‘lege’ veronderstelling is, die zich alleen in uitzonderlijke gevallen laat ontzenuwen. Tegelijk zien we dat het strafrecht vanaf, grofweg, de tachtiger jaren van de vorige eeuw een hoger punitief, autoritair en moralistisch gehalte heeft gekregen en in navenante mate de schuld en verantwoordelijkheid van justitiabelen sterker is gaan markeren. Neoliberalisme is daarmee hand in hand gegaan met ‘neo-vergelding’:<sup>50</sup> het laatmoderne strafrecht getuigt van een “increasing emphasis on the retributive understanding of criminal behaviour, which is seen in the stress upon the responsibility of individuals for their actions.”<sup>51</sup> In het externe perspectief op schuld ligt de nadruk op de aan mensen toegedachte individuele rationele vermogens tot uitoefening van *controle* over hun doen en laten (‘anders kunnen handelen’, ‘vrije zelfbepaling’). Dit sluit aan bij het eerder genoemde neoliberalistische ideaalbeeld van de mens; in zoverre staat het normatieve en externe perspectief op schuld in het strafrecht ook ten dienste van de instrumentele ambities die met die politieke ideologie gegeven zijn: sociale controle en bescherming van, vooral, de middenklasse.<sup>52</sup> Het strafrechtelijke schuldbegrip vervreemdt daardoor van de eigenlijke, vóór-juridische betekenis van schuld en wordt in zoverre – wat op het zelfde neerkomt – een *juridische fictie*.<sup>53</sup>

48 Tekenend in dit verband is een uitspraak in een televisieprogramma van Minister van Economische Zaken Eric Wiebes over zpp'ers korte tijd na het begin van de wereldwijde 'Corona-pandemie': "Het zal voor heel veel zpp'ers een teruggang in inkomsten betekenen. Daar hebben zij ook een beetje zelf voor gekozen." (Bericht van 15 maart 2020 op nu.nl.)

49 S. Freud, 'Het onbehagen in de cultuur' (oorspr. *Das Unbehagen in der Kultur*, 1930), in: W. Oranje (red.), *Sigmund Freud. Beschouwingen over cultuur*, Amsterdam: Boom 1999, p. 297-386, p. 383.

50 Zie Kelk/De Jong 2019, p. 43-47.

51 Dixit Alan Norrie (2017, p. 26) ten aanzien van vooral het Engelse strafrecht. Hij vervolgt met: "This involves a decline of rehabilitation as a significant ideology of punishment, an emphasis on notions of moral right and wrong particularly in the recognition of the victim in the system, and an increasing reliance on imprisonment as a mode of punishment, even if it does no good."

52 Zie Norrie 2014, p. 24-35; Norrie 2017, p. 34-39; vgl. N. Lacey, 'Institutionalising responsibility: implications for jurisprudence', *Jurisprudence* 2013 (4), p. 1-19, p. 6: "Responsibility in law is shaped not only by that institutional framework but by the practical and normative tasks which it performs."

53 Zie A. Norrie, 'Animals who think and love: law, identification and the moral psychology of guilt', *Criminal Law and Philosophy* 2019 (13), p. 515-544; Norrie 2014, p. 26-38; Norrie 2017, p. 28.

#### 4. Schuld van binnen: enige psychologische inzichten aangaande genese, ontwikkeling en subjectieve ervaring van schuld

In de tweede paragraaf is gezien dat het strafrecht uitgaat van een overwegend extern en normatief perspectief op schuld. Dit perspectief komt onder meer tot uiting in het feit dat in de materieelstrafrechtelijke dogmatiek de betekenis van het schuldbeginsel in hoge mate wordt bepaald door normatieve veronderstellingen. De schuld als subjectieve beleevingswerkelijkheid komt er op *strafrechtsdogmatisch* niveau wat bekaaid vanaf.<sup>54</sup> De derde paragraaf stond vervolgens in het teken van het vermoeden dat het normatieve gehalte van het schuldbeginsel in ons strafrecht ten minste voor een deel zijn verklaring vindt in de invloed van veelal uit de negentiende eeuw stammende politiek-ideologische opvattingen over de verhouding tussen burger en staat. Betoogd werd dat een normatieve invulling van het schuldbeginsel dienstig is voor bepaalde politieke ordeningsdoeleinden. En hoe meer het strafrechtelijk schuldbeginsel inhoudelijk wordt bepaald door normatieve veronderstellingen, des te groter raakt de afstand tot de individueel-psychische inhoud en betekenis van schuld op empirisch niveau.

Met het bovenstaande heb ik beweerd noch willen beweren dat het schuldbegrip in ons strafrecht intussen geheel vervreemd is geraakt van de schuld in vóór-juridische of alledaagse zin. Wél wil ik stellen dat de betrekkelijk geringe aandacht in het strafrecht voor de psychische binnenkant van de schuld en voor schuldbeleving uit een oogpunt van legitimiteit problematisch is. In een artikel uit 1989 betoogde Hans Nijboer dat het strafrecht in belangrijke mate *via* zijn schuldbegrip in de samenleving ‘geënt’ is; in de verbinding tussen strafrecht en samenleving is dat schuldbegrip een ‘levende vezel’.<sup>55</sup> Om deze vezel ook in leven te houden, is het nodig dat het strafrechtelijke schuldbegrip voldoende voeding ontvangt in de vorm van informatie over de inhoud van schuld in feitelijke of empirische zin. Het dogmatische strafrecht moet nu eenmaal af en toe aan de feitelijke werkelijkheid worden herinnerd.<sup>56</sup> Daartoe wordt in deze paragraaf het externe schuldperspectief van het strafrecht tijdelijk verlaten. Dit betekent dat wij eveneens tijdelijk afscheid nemen van het daaraan ten grondslag liggende, abstracte en rationalistische perspectief van de kantiaanse moraalfilosofie, waarbinnen iedere mens in beginsel wordt verondersteld te beschikken over de rationele vermogens die hem of haar tot moreel handelen in staat stellen. In plaats hiervan wordt de blik in deze paragraaf naar binnen gericht, op de innerlijke kwaliteit van schuld op individueel-psychisch niveau: vanaf hier treedt Freud op als gids.

Bij Freud, anders dan bij Kant, heeft moraliteit een individuele ontstaansgeschiedenis. Kant beschouwde de moraliteit (en ook het strafrecht als uitdrukking daarvan) vanuit het standpunt van universele geldigheid, als een soort absolute, emergente orde zonder wordingsgeschiedenis.<sup>57</sup> Bij Freud is het perspectief precies omgekeerd, te weten: individueel en genealogisch. Volgens Freud heeft moraliteit – en daarmee schuld – een emotionele ontstaansgrond in de psychologische wordingsgeschiedenis van de individuele identiteit en van

54 Dit laat natuurlijk geheel onverlet dat in de praktijk van de strafrechtspleging, bijvoorbeeld op de terechtzitting, door rechters of andere functionarissen aan de subjectieve schuldbeleving van een delinquent wel degelijk op gepaste wijze aandacht wordt of kan worden besteed.

55 J.F. Nijboer, ‘Schuldbegrip en schuldbeginsel als oriëntatiepunten in het strafrecht’, *Recht & Kritiek* 1989 (4), p. 363-383, p. 374. Het schuldbegrip wordt door Nijboer (op p. 371) daarom onder meer als ‘grensbegrip’ aangeduid; het begrip is namelijk “niet alleen maar of zelfs nauwelijks juridisch-technisch van aard, maar het verwijst mede naar vóór-juridische notities.”

56 Vgl. het tweede motto boven deze bijdrage.

57 Zie Longuenesse 2019; B. Longuenesse, ‘Kant’s “I” in “I ought to” and Freud’s superego’, *Proceedings of the Aristotelian Society. Suppl. vol. LXXXVI* 2012, p. 19-39; Kahn 2011, p. 126-127; J. Derrida, ‘Before the Law’, in: D. Attridge (red.), *Jacques Derrida. Acts of literature*, Londen: Routledge, p. 186-223.

het individuele geweten als onderdeel daarvan. De individuele identiteit van een persoon duidt Freud aan met de term ‘het Ik’ (*das Ich*). Of preciezer: het Ik is dat deel van onszelf dat door middel van bewuste perceptie verantwoordelijk is voor de mentale verwerking van indrukken uit de externe werkelijkheid. Als “representant van de reële buitenwereld in het psychische” onderwerpt het Ik onze anonieme impulsen en driften (‘het Es’, *das Es*)<sup>58</sup> aan allerlei beperkingen.<sup>59</sup> Het Ik stelt ons ertoe in staat die driften en impulsen – die binnen het Es, krachtens het zogenaamde ‘lustprincipe’, onmiddellijke bevrediging verlangen – op te schorten en in toom te houden door deze aan het regime van het zogenaamde ‘realiteitsprincipe’ te onderwerpen.

Het is duidelijk dat het Ik hiertoe niet van de één op de andere dag in staat is. Bovendien is duidelijk dat het Ik dit vermogen niet *vanzelf* ontwikkelt. Daartoe heeft het voorbeelden nodig. Persoonlijke identiteit is het nooit definitieve resultaat van processen die in de allervroegste jeugd beginnen. In dat prille stadium is eigenlijk van een Ik nog helemaal geen sprake; het kind is dan nog onbeperkt uitgeleverd aan de werking van het lustprincipe en dus nog volledig in de ban van zijn primaire verlangens en driften die voortdurend een onmiddellijke bevrediging eisen. Voor die bevrediging kan het jonge kind in al z’n hulpeloosheid natuurlijk zelf niet zorgen; het is daarvoor volstrekt afhankelijk van anderen, dat wil (meestal) zeggen de ouders. De *liefde* van het kind voor zijn ouders is volgens Freud gegrond in de omstandigheid dat de ouders in hun liefdevolle zorg, hulp en bescherming verlangens van het kind vervullen. Maar tegelijk blijven zeer veel verlangens uiteraard ook onvervuld. Bovendien leggen de ouders in toenemende mate restricties op aan de impulsen, driften en verlangens van het kind. Als externe autoriteiten verbieden zij van alles en onthouden zij het kind de bevrediging van veel van zijn verlangens. Daarbij ervaart het kind dat ingaan tegen de imperatieven van de ouders onplezierige consequenties heeft; het kind ontwikkelt zo ook een *angst* voor de *woede* of zelfs *agressie* waarmee het door zijn ouders wordt geconfronteerd als reactie op ‘stout gedrag’.

Dit verklaart waarom het kind, naast liefde, ook gevoelens van *woede* jegens de verbiedende autoriteit koestert. Het kind is niet in staat om zelf met die gevoelens van woede iets uit te richten, of om de angstrelatie om te draaien. Het bevindt zich zogezegd in een chantabele toestand: het kind wil niet de liefde en bescherming van zijn ouders op het spel zetten.<sup>60</sup> In dit alles is de oorsprong van het zogeheten Oedipuscomplex gelegen: de enige manier voor het kind om zijn gevoelens van angst voor en woede jegens de externe autoriteit (‘de vader’)<sup>61</sup> te ontladen, is door die gevoelens *naar binnen* te keren, dat wil zeggen op *zichzelf* te richten. In die zin *identificeert* het kind zich dus met de ouder, niet in de zin dat het de ouder of gedrag van de ouder imiteert (wat het natuurlijk óók doet), maar in een radicale en bijna letterlijke zin:

58 ‘Het Es’ is natuurlijk geen Nederlands; ‘het Het’ is dat wel, maar is gedrochtelijk. In het Engels wordt *das Es* doorgaans vertaald als *the Id*. In deze bijdrage wordt echter de in de Nederlandstalige edities van Freuds werk gehanteerde terminologie gevolgd.

59 S. Freud, ‘Het Ik en het Es’ (oorspr. *Das Ich und das Es*, 1923), in: W. Oranje (red.), *Sigmund Freud. Het onbewuste*, Amsterdam: Boom 2009, p. 297-386, p. 420.

60 Freud 1999, p. 364-365: “Het kwaad is dus in oorsprong datgene waarvoor men met liefdesverlies wordt bedreigd; uit angst voor dit verlies moet men dit vermijden.”

61 Freud en de psychoanalyse stammen uit een conservatieve tijd (waarmee niet gezegd is dat Freud zelf conservatief was). Agressie en woede worden primair geassocieerd met ‘de vader’, de door het kind ervaren zorg, liefde en bescherming, daarentegen, met ‘de moeder’. Het gaat in dit verband echter om functies die door zowel de (al dan niet biologische) vader(s) als de (al dan niet biologische) moeder(s) van het kind worden vervuld. Zie Longueness 2019, p. 44; Norrie 2019, p. 538.

“The scenario played out by the child is: you are me, I am you, so I cannot lose you! I am afraid of you and angry at you, but if you are in me you do not threaten me, nor are you threatened by me: it all happens within me. The whole drama is played within one and the same person, the baby struggling to cope with love and loss.”<sup>62</sup>

Het externe gezag dat door de ouder wordt gerepresenteerd, wordt aldus verinnerlijkt. En precies hier voltrekt zich een splitsing in de zich vormende identiteit, het Ik, van het kind. Indien een in oorsprong externe gezagsinstantie wordt geïnternaliseerd, dus in de psyche van het kind wordt opgenomen, dan moet er namelijk voor die instantie – om daadwerkelijk als gezagsinstantie te blijven bestaan – in dat innerlijk een aparte afdeling worden ingericht. Gezag veronderstelt per definitie een relatie tussen een gezagsdrager en een gezagsonderhorige. Als het Ik het externe gezag van de ouders verinnerlijkt, dan moet zich van dat Ik iets afscheiden dat het gezag vervolgens van binnenuit *over* het Ik uitoefent. Dit iets dat zich van het Ik afscheidt, noemt Freud het ‘Boven-Ik’ (*das Über-Ich*) of ook ‘geweten’:

“Zijn agressie wordt geïntrojecteerd, verinnerlijkt, maar eigenlijk teruggestuurd naar haar plaats van oorsprong, dus tegen het eigen Ik gericht. Daar wordt ze overgenomen door een bestanddeel van het Ik, dat zich als Boven-Ik tegenover de rest stelt en nu als ‘geweten’ tegenover het Ik dezelfde strenge bereidheid tot agressie betracht die het Ik graag aan andere, vreemde individuen bevredigd zou hebben.”<sup>63</sup>

Net als de externe autoriteit eerder, stelt het Boven-Ik een verbod in op de instant-ervulling van impulsen en verlangens uit het Es. Daartoe vaardigt het allerhande onvoorwaardelijke verboden en plichten, dus *categorische imperatieven*,<sup>64</sup> uit. Daarbij gaat het bovendien om *morele* normen, die de wijze waarop het Ik *praktisch redeneert*, beïnvloeden. Volgens Freud namelijk, schrijft Béatrice Longuenesse, is het zo dat “in all human societies the human infant’s development includes the internalization of norms that trump any particular self-interested rules for prudential and instrumental agency.”<sup>65</sup> Dit is meteen de voornaamste maatschappelijke functie van het geweten of het Boven-Ik: iedere samenleving eist van haar leden dat zij agressieve en libidineuze neigingen en verlangens in toom houden. De voorschriften worden strikt en consequent gehandhaafd: iedere keer dat het Ik één van die voorschriften niet naleeft, wordt het door het geweten gestraft. Het geweten straft het Ik door het te beladen met *schuldgevoel*. Freud definieert schuldgevoel als de “spanning tus-

62 Longuenesse 2019, p. 45.

63 Freud 1999, p. 363-364. Zie ook Freud 2009, p. 427-429.

64 Zie Longuenesse 2019, p. 62, noot 21: “The emotional attachment to the parent and the need to see this attachment returned serves as the hypothetical antecedent to the moral command, for example: “If I want my mother to continue loving me, then I ought to X.” If that’s so, then Freud’s assertion that “Kant’s categorical imperative is the direct heir of the Oedipus complex” entails that what Kant took to be a categorical imperative is actually a set of hypothetical imperatives that just have especially strong force. But actually, Freud’s point, I submit, is this. Kant’s categorical imperative is not a particular rule or law set for our actions. Rather, it is a general discriminating structure under which particular rules come to be endorsed or rejected. Similarly, the Oedipus complex and its resolution provide for the human infant’s will a general unconditional structure within which particular rules find their determination. The structure, in this case, is not the structure provided by reason and its universal principle. It is the structure of the parental (or original nurturing figures’) interdictions: you shall renounce the exclusive love of your parent; and you shall refrain from the desperate yelling, screaming, and kicking, in short the aggressive drive by which you naturally respond to your loss. The child’s response to that initial structure of interdiction and renunciation is the internalization of the parental figure, together with all the particular rules the figure of the parent carries with it and which she will perhaps eventually be able to understand and assess. But the original structure remains. If we follow Freud’s account, that structure is the context for what is originally *categorical* in the norms of behavior the child has to learn.”

65 Longuenesse 2019, p. 56.

sen het strenge Boven-Ik en het daaraan onderworpen Ik”; en schuldgevoel “uit zich als behoefte aan straf”.<sup>66</sup> Deze behoefte laat zich niet alleen ten aanzien van handelingen, maar ook ten aanzien van gedachten, gevoelens of intenties gelden, want “voor het Boven-Ik kan niets verborgen blijven, ook gedachten niet”.<sup>67</sup> Het in toom houden of temmen van het Es door middel van categorische normen gaat dus met een zekere agressie gepaard. Naarmate de voorschriften die het Boven-Ik uitvaardigt strenger zijn, is de agressie die het op het Ik botviert groter. De mate van agressie varieert, afhankelijk van hoe de gewetensfunctie zich in de vroege jeugd en op latere leeftijd ontwikkelt. Daarbij kan het voorkomen dat het geweten zijn Ik op latere leeftijd structureel aan een irrationeel en wreed schrikbewind onderwerpt.<sup>68</sup> Longuenesse stelt in dit verband dat:

“[t]he capacity of the adult human being to integrate those norms into her rational view of the world she inhabits depends on three central factors. The first factor is the more or less terrifying ways in which the original norms have been internalized into the infant’s mental life. The less terrifying the original internalization of the categorical nature of moral commands, the more open is the mind of the individual to assess, adopt, or reject any particular historical iteration of the categorical norms. The second factor is the greater or lesser degree to which her current social context allows the expansion of her moral compass. The more open the society, the more space is left for such expansion. The third factor is the way in which her ego with its reality principle and, thus, her perception of the external world, nurtures the expansion of her moral compass.”<sup>69</sup>

Het Boven-Ik blijft zich dus voortdurend ontwikkelen en is daarbij onderhevig aan allerlei omgevingsfactoren, waarbij ook maatschappelijke structuren een niet verwaarloosbare rol spelen. Dit impliceert dat ook de maatschappelijke institutie van het strafrecht in dit verband van invloed is of kan zijn. Hierop zal in de volgende, afsluitende paragraaf nog kort worden teruggekomen. Ter afsluiting van deze paragraaf moeten eerst nog wat dingen worden opgehelderd met betrekking tot dat schuldgevoel waarmee het Boven-Ik het Ik bestraft. Allereerst is de vraag: waaruit bestaat dat gevoel, dus die spanning tussen Boven-Ik en Ik? Die bestaat volgens Freud, zoals we zagen, in een behoefte aan straf; maar hoe moet die behoefte worden verstaan? In een recent artikel betoogt Alan Norrie dat schuldgevoel bestaat in het gevoel te zijn *afgesneden*, door eigen toedoen, van een eerder bestaand verband met een ander. Deze separatie of breuk voelt als pijn en roept een behoefte op aan bestraffing. Waar die behoefte aan bestraffing wezenlijk op duidt, volgens Norrie, is het verlangen van het Ik om de emotionele verbinding met de ander te herstellen door te boeten.<sup>70</sup> Het Engels beschikt over het in dit verband zeer toepasselijke woord *atonement*; de boeteling wil weer op goede voet raken, *at one* worden, met de ander. Degene die zich schuldig voelt, wil dus de breuk met de ander, die is ontstaan door zijn of haar misdraging, ongedaan maken. Nu de misdraging zélf niet meer ongedaan kan worden gemaakt, moet de reparatie van de verbinding in de vorm van een straf plaatsvinden.

66 Freud 1999, p. 364. Zie ook Freud 2009, p. 430.

67 Freud 1999, p. 365. Vgl. op p. 367: “Zo zien wij dat het schuldgevoel een dubbele oorsprong heeft: de angst voor de autoriteit en later de angst voor het Boven-Ik. De eerste dwingt tot het afzien van driftbevredigingen, de tweede vraagt bovendien dringend om bestraffing, daar het voortbestaan van de verboden wensen het Boven-Ik niet verborgen kan blijven. Wij hebben tevens gezien hoe de strengheid van het Boven-Ik – dus de eisen van het geweten – begrepen kan worden. Deze is eenvoudig voortgezette strengheid van de externe autoriteit, die het aflost en ten dele vervangt.”

68 Zie Freud 2009, p. 427-430 en 447. Zie ook Mooij 2002, p. 135; C.M. Korsgaard, *The sources of normativity*, Cambridge: Cambridge University Press 1996, p. 158-159; en Norrie 2019.

69 Longuenesse 2019, p. 56 (bronverwijzing weggelaten, FJ).

70 Norrie 2019, p. 523, onder verwijzing naar Morris 1976.

Dit leidt tot een volgende vraag: *waarom* wil de schuldige de breuk met de ander hersteld zien? Hierboven is beschreven dat en hoe de ontstaansgrond van het geweten, en daarmee van het schuldgevoel, is gelegen in de internalisering van de eerder extern afgedwongen impulsrepressie en van angst die het Ik koestert voor de woede of de agressie van een externe autoriteit. Ik herhaal: door een identificatie met een externe autoriteit komt een Boven-Ik tot stand dat dus niets anders is dan een geïnternaliseerde versie van die externe autoriteit. Voortaan vaardigt het Boven-Ik de categorische normen uit die eerder door de externe autoriteit aan het Ik werden opgelegd. Het Boven-Ik straft het Ik in geval van overtreding van die normen met schuldgevoel, en dus met een behoefte aan bestraffing waarmee de verbroken band met de autoriteit moet worden hersteld. Maar waarom zou het Ik een eerder bestaande verbinding met een geïnternaliseerde autoriteit willen herstellen, als die verbinding uiteindelijk alleen op woede en angst was gebaseerd?

Het feit dat het door schuldgevoel geteisterde Ik de eerder aanwezige verbinding met de ander kennelijk waardevol vindt, wijst erop dat het geweten, en daarmee het schuldgevoel, nog een tweede bestaansgrond heeft, naast de repressie en internalisering van angst en woede. Volgens de door Norrie beproefde interpretatie van Freuds psychoanalytische theorie is die tweede bron niets anders dan liefde.<sup>71</sup> We zagen dat het jonge kind niet alleen angst ervaart voor de ouderlijke agressie en woede, maar ook de van de ouder afkomstige liefde, zorg en bescherming ervaart (als het goed is, tenminste). Het kind vormt zich op basis van de liefdevolle verbinding met de ouder een ideaalbeeld van wat het in die ouder bewondert. Freud duidt dit verschijnsel aan als 'het Ik-ideaal' (*das Ich-Ideal*) en gebruikt deze term in verscheidene passages ook als synoniem van 'het Boven-Ik'.<sup>72</sup> Het Boven-Ik, dat ontstaat uit een radicale identificatie ('*you are me, I am you, so I cannot lose you!*') van het kind met de ouder, is dus niet enkel op angst gebaseerd. De door het kind mee-geïnternaliseerde liefde voor de ouder maakt de oedipale worsteling voor dat kind nogal 'complex'. De vorming van het Boven-Ik betekent een belangrijke eerste stap in de ontwikkeling van individualiteit en zelfstandigheid en dus een eerste stap in het tenietdoen van de heteronome relatie tot de ouder. Identificatie mét de ouder leidt tot een separatie ván de ouder. En dit proces van afscheiding van de ouder, die het kind niet alleen vreest maar ook liefheeft, gaat gepaard met schuldgevoel:

"To 'kill' one's (psychic identification with) parents in order to be oneself is necessary, but it involves rejection at the deepest, most constitutive, psychic level of a person's being. The happiness of selfhood is thus measured against remorse at the manner of its achievement, the death inside of the fused child-parent entity. This is the basis of the guilt that accompanies the creation of the super-ego, and links the super-ego thereafter to *a residual need to atone*."<sup>73</sup>

Aan de wieg van het menselijk schuldgevoel staat dus een primordiale gevoelsambivalentie: angst én liefde bewegen het Ik tot een identificatie met en tevens een verwerping

71 Norrie 2019, p. 535-543. Norrie baseert zijn interpretatie mede op het werk van de psychoanalytici Hans Loewald en Jonathan Lear.

72 Zie bijvoorbeeld Freud 2009, p. 429; en zie Norrie 2019, p. 537.

73 Norrie 2019, p. 538 (cursivering toegevoegd, *FJ*), onder verwijzing naar H. Loewald, *Papers on psychoanalysis*, New Haven: Yale University Press 1980, p. 393.



van het object van deze emoties.<sup>74</sup> Eenmaal geïnstalleerd, is het Boven-Ik of geweten niet 'af'. Als eerder gezegd, is het voortdurend in ontwikkeling. Die ontwikkeling vindt plaats doordat het Ik zich na verloop van tijd ook met andere mensen identificeert met wie het relaties onderhoudt. En het derde-persoonsperspectief verbreedt zich. Het Ik leert zien dat een voor dit Ik vreemde, onbekende persoon wél voor anderen voorwerp is van liefde en identificatie, en dat de onbekende voor het Ik zelf een *potentieel* voorwerp van liefde en identificatie is.<sup>75</sup> In zoverre identificeert het Ik zich dus ook met mensen die het niet kent, met mensen die het nooit zál kennen en met mensen die het nooit gekend hééft. Eventueel identificeert het Ik zich uiteindelijk zelfs met de gehele mensheid.<sup>76</sup> En daarmee zijn we weer terug bij Kant. (Ietwat smalend merkt Freud ergens dan ook op: "Kant's categorical imperative is the direct heir of the Oedipus complex.")<sup>77</sup> Ook met een compleet onbekende persoon onderhoudt het Ik dus een relatie; en de schending van die relatie, bijvoorbeeld door een misdaad, wordt door het Boven-Ik bestraft met schuldgevoel, dat zich uit in een behoefte aan bestraffing.<sup>78</sup> Schuld, zo valt te concluderen, is niet "zomaar een gevoel, het is een categorie van intermenselijke betrokkenheid, dit wil zeggen een realiteit die verwijst naar een verhouding tussen mensen (die elkaar wel of niet kennen) die geschaad en geschonden is."<sup>79</sup>

## 5. Besluit: parallellen en implicaties

Een vraag die het niet duldt nog langer te worden uitgesteld, is: wat leveren de in het voorgaande aaneengeregen theoretische bespiegelingen over schuld ons in praktische zin precies op? Leveren ze überhaupt iets op, of is in het bovenstaande alleen maar ijdele studeerkamergeleerdheid geëtaleerd die de praktijk van het strafrecht niet raakt en daarvoor dus niet relevant is? Het enige zinvolle antwoord op die vraag *begs the question* en bestaat dus in een verkapte wedervraag: dat hangt ervan af wat men onder 'voor de praktijk relevant' verstaat. De voorgaande bespiegelingen leveren geen inzichten op waarmee in de praktijk van de strafrechtspleging onmiddellijk iets kan worden aangevangen. Maar niet uitgesloten is dat de theoretische uiteenzetting wel degelijk in meer middellijke zin, vertraagd, praktische relevantie heeft. De uiteenzetting draagt namelijk bij – naar ik hoop – aan een

74 Deze gevoelsambivalentie vinden wij ook in Freuds beschrijving van de moord op de 'oervader', gepleegd door diens zoons. Zie Freud 1999, p. 372: "[D]e zoons haatten hun vader, maar hielden eveneens van hem; nadat hun haat door hun agressie was bevredigd, kwam in het berouw over hun daad de liefde tevoorschijn, die door identificatie met de vader het Boven-Ik schiep (...). Mij dunkt dat wij nu eindelijk twee dingen in alle duidelijkheid begrijpen: het aandeel van de liefde in het ontstaan van het geweten en de noodlottige onvermijdelijkheid van het schuldgevoel." Zie over wisselingen tussen haat en liefde ook Freud 2009, p. 435.

75 Zie Norrie 2019, p. 539-541, die in dit verband spreekt van "prospective identification".

76 Zie Freud 1999, p. 353 en 373; Norrie 2019, p. 540; Longuenesse 2019, p. 51. Dit kan ook het bestaan verklaren van (op het eerste oog minder rationele) metafysische vormen van schuld, zoals 'overlevingsschuld' en 'nationale schuld'. Zie Mooij 1997; Norrie 2017, p. 117-150. Vgl. Korsgaard 1996, p. 90-130, die op basis van haar interpretatie van de kantiaanse moraalfilosofie betoogt dat wij ons niet alleen met andere mensen kunnen identificeren maar ook met andere dieren, die ons om die reden, net als andere mensen, morele plichten kunnen opleggen.

77 S. Freud, 'The economic problem of masochism' (oorspr. *Das ökonomische Problem des Masochismus*, 1924), in: *The standard edition of the complete psychological works of Sigmund Freud. Vol. XIX*, Londen: Hogarth 1953-1975, p. 159-172, p. 167. Zie ook Freud 2009, p. 427-429; Longuenesse 2019, p. 45; Norrie 2019, p. 535.

78 Zie de woorden van de hoofdpersoon uit Dostojevski's *Misdaad en straf* die dienstdoen als motto bij dit redactioneel. Frappant genoeg lijkt ook Dostojevski een hecht verband tussen schuld en noties als splitsing en separatie te hebben aangenomen, gelet op de naam die hij aan zijn hoofdpersoon heeft gegeven. De vertaler, Lourens Reedijk, stelt in zijn 'Nawoord' (Dostojevski 2020, p. 850): "De naam Raskolnikov doet denken aan *raskolnik*—scheurmaker, *raskol*—splitsing, scheuring, schisma, *raskolot*—kloven, splijten."

79 Neys 2016, p. 157.

verdieping van ons begrip van de psychische grondslag en inwendige betekenis van schuld in verhouding tot de grondslagen en functies van ons strafrecht.

Over die grondslagen: zoals in de derde paragraaf is betoogd, is ons strafrecht op kantiaanse leest geschoeid. In de kantiaanse moraalfilosofie is schuld een noodzakelijke voorwaarde voor de toerekening van morele en dus ook van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De schuld wordt in dat verband in hoofdzaak geconceptualiseerd als het logisch effect van de overtreding van een categorische norm door een gewilde, in vrijheid gestelde handeling.<sup>80</sup> Aangezien de menselijke vrijheid berust op algemeen-menselijke vermogens, wordt schuld in beginsel verondersteld, en dus makkelijk toegerekend. In de tweede paragraaf is gebleken dat dit normatieve, kantiaanse perspectief diep in onze materieelstrafrechtelijke dogmatiek geworteld is, hetgeen zich uit in een overwegend uitwendige en normatieve benadering van schuld. Die uitwendige en normatieve benadering heeft mede onder de in de derde paragraaf beschreven invloed van politiek-ideologische opvattingen over de relatie tussen burger en staat geleid tot een vergroting van de afstand tussen de betekenis van het strafrechtelijke schuldbegrip en de psychisch-inhoudelijke kwaliteit van schuld op individueel niveau.

Met andere woorden: de binnenzijde van de schuld is in het strafrecht verder uit beeld geraakt. Betoogd is dat deze vaststelling problematisch is uit een oogpunt van legitimiteit, aangezien het strafrecht in belangrijke mate via zijn schuldbegrip is gearmd in de samenleving.<sup>81</sup> Teneinde de binnenzijde van de schuld beter te leren kennen, is in de vierde paragraaf Freud te hulp geroepen. Diens genealogische schuldtheorie is ogenschijnlijk mijlenver van de kantiaanse moraalfilosofische traditie verwijderd. Bij hem geen universeel en extern, maar een individueel en intern perspectief op moraliteit en schuld; en bij hem is moraliteit niet gegrond in de 'zuivere praktische rede', maar in emoties. Anders dan bij Kant, hebben morele normen bij Freud een individueel-psychische wordingsgeschiedenis. Het feit dat de mens volgens Kant én Freud is onderworpen aan dezelfde categorische normen van moraliteit, wijst echter tegelijk op een grote verwantschap tussen beiden.

Die verwantschap is ook te zien in ons op kantiaanse leest geschoeide strafrecht. Verschillende parallellen tussen zijn grondslagen en functies enerzijds en de genealogische schuldtheorie van Freud anderzijds dringen zich aan ons op. In een zeer schematische en sterk geïdealiseerde voorstelling van zaken zien wij het volgende. Als statelijke institutie vertegenwoordigt het strafrecht voor de individu een *externe autoriteit*. De autoriteit wil dat deze en alle andere rechtsonderhorige individuen hun agressieve, destructieve en anderszins 'onmaatschappelijke' gedragsimpulsen en -neigingen in toom houden, dus onderdrukken (inclusief, op grond van het bij de staat berustende geweldsmonopolie, hun eventuele neigingen tot eigenrichting). Daartoe vaardigt de autoriteit tallozevoorschriften uit die een *categorisch verbod* instellen op het uitleven van die impulsen en neigingen. Overtreding van de voorschriften bedreigt de autoriteit met een *agressieve reactie* in de vorm van straf. De individu *vreest* de agressie en woede van de autoriteit en wil bovendien de relatie met de staat niet op het spel zetten, mede omwille van de zorg en bescherming die de staat garandeert en waarvan de individu *afhankelijk* is.

Daarom onderdrukt de individu de verboden impulsen,<sup>82</sup> wat betekent dat zijn of haar handlingsrepertoire in zoverre wordt ingeperkt. De individu kan – als individu – de afhankelijkheidsrelatie met de staat niet omkeren. Met de agressie die één en ander vervolgens bij de individu zélf opwekt, kan die individu niets uitrichten, behalve: deze tegen zichzelf

80 Zie Mooij 2004, p. 109-158.

81 Zie Nijboer 1989, p. 374.

82 Voor zover nodig, natuurlijk; het strafrecht vormt het agressieve sluitstuk van de gehele juridische ordening en is (oorspronkelijk althans) een laatste redmiddel om juist degenen die 'niet horen willen', tot de orde te roepen.

richten. De individu *internaliseert* de externe autoriteit en dus de categorische normen die daarvan afkomstig zijn. Het is het geweten dat voortaan als innerlijke handhaver het praktisch redeneren van de individu aan banden legt; dit verbiedt de individu zelfzuchtige impulsen te prioriteren boven de categorische gedragsnormen.<sup>83</sup> Voor iedere overtreding van zo'n norm wordt de individu bestraft met *schuldgevoel* dat zich uit in een behoefte aan bestraffing.<sup>84</sup> Het door het geweten opgelegde schuldgevoel vindt zijn ontstaansgrond in een *gevoelsambivalentie* bij de individu ten opzichte van de externe autoriteit. Het schuldgevoel is enerzijds gegrond in de verinnerlijkte vrees voor de agressie van de staat. Maar anderzijds is het gegrond in wat we – weliswaar in een sterk verdunde zin<sup>85</sup> – de *liefde* van de individu voor de geïnternaliseerde autoriteit kunnen noemen. De individu heeft zich immers *geïdentificeerd* met de externe autoriteit en daarmee ook met het publieke gezichtspunt van waaruit die autoriteit – het strafrecht dus – zijn gezag uitoefent over alle rechtsonderhorige individuen. Aan dat publieke gezichtspunt ligt op zijn beurt een politieke theorie ten grondslag over de inrichting en identiteit van de politieke gemeenschap. Die gemeenschap bestaat per definitie uit singuliere individuen die iets met elkaar 'gemeen hebben', namelijk dat zij onderdeel uitmaken van dezelfde politieke eenheid en van dezelfde rechtsorde die binnen deze eenheid de politieke macht beteugelt. Dit impliceert dat de individu die de externe autoriteit heeft verinnerlijkt, in zoverre tegelijk het perspectief van alle rechts- en samenlevingsgenoten heeft mee-geïnternaliseerd.

De individu heeft zich met andere woorden geïdentificeerd met *de Ander*. En door nu een misdaad te begaan, schaadt de individu niet alleen de relatie met een bepaalde, concrete ander (het slachtoffer), maar ook zijn verbondenheid met de gemeenschap. Door het geweten gestraft met schuldgevoel, ervaart de individu de pijn van het afgesneden zijn van die gemeenschap en verlangt de individu naar een herstel van de verbondenheid daarmee, dat wil zeggen: een herstel van de verbinding met de Ander, die hij liefheeft. De laatste zinnen zullen volgens velen allicht van een al te naïeve, bijna enge, poging tot *wokeness* getuigen (*I know*). Maar als gezegd: het voorgaande was bedoeld als een schematische en geïdealiseerde weergave van de parallellen tussen de grondslagen van het strafrecht en de freudiaanse theorie over ontstaan en functie van de schuld. Aan deze geïdealiseerde voorstelling zal de werkelijkheid nooit kunnen voldoen. Dit heeft die voorstelling dan gemeen met het strafrechtelijke schuldbeginnsel dat, net als elk juridisch beginnsel, in zijn essentie verwijst naar een regulatief ideaal waaraan niets in de werkelijkheid kan beantwoorden.

Voor veel delinquenten geldt misschien dat zij niet gebukt gaan onder enig schuldgevoel, laat staan onder een schuldgevoel dat voortkomt uit de liefde voor de rechtsorde en voor alle rechtsgenoten en dat zich manifesteert als een behoefte om te worden gestraft ten einde de verbondenheid met de gemeenschap te herstellen. Maar dit geldt niet voor alle delinquenten. Binnen het herstelrechtelijk discours gaat in ieder geval al sinds lang, wat

83 Vgl. vanuit kantiaans perspectief: Korsgaard 1996, p. 104: "We might say that the acting self concedes to the thinking self its right to government. And the thinking self, in turn, tries to govern as well as it can. So the reflective structure of human consciousness establishes a relation here, a relation which we have to ourselves. And it is a relation not of mere power but rather of *authority*. And *that* is the authority that is the source of obligation."

84 Vgl. Korsgaard 1996, p. 104: "Reflection does not have irresistible power over us. But when we do reflect we cannot but think that we ought to do what on reflection we conclude we have reason to do. And when we don't do that we punish ourselves, by guilt and regret and repentance and remorse."

85 Er zijn natuurlijk ook mensen die het land waarvan zij ingezetenen zijn hartstochtelijk liefhebben en die een zeer sterke, 'dikke' emotionele band ervaren (of menen te ervaren) met staatsautoriteiten. Maar tenminste een aantal van deze vaderlandslievende mensen pleegt dan weer wat selectiever te zijn ten aanzien van de mensen met wie zij zich identificeren. Los hiervan: zie over 'dunne' en 'dikke' intermenselijke relaties A. Pemberton, *Victimology with a hammer: the challenge of victimology* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2015, p. 29-35.

ook logisch is, aandacht uit naar de individuele schuldbeleving van de dader en naar diens geschade verbondenheid met de ander en met de Ander.<sup>86</sup> En met betrekking tot een traditionele strafprocedure: de berechtingsfase, waarbinnen een extern perspectief overheerst, is weliswaar weinig geschikt om (intensief) aan een schuldgevoel te appelleren, maar de fase van straftenuitvoerlegging zou dat wel moeten zijn. Vloeiend uit de pen van iemand die, zoals ik, van de werkelijkheid van de tenuitvoerlegging geen werkelijk benul heeft, zijn deze woorden tamelijk hol, reden waarom hier het laatste woord is aan Achiel Neys, wiens grote vertrouwdheid met die wereld niet kan worden ontkend:

“Binnen het berechtingsgebeuren wordt de schuldige geïdentificeerd en de schuld wordt gelokaliseerd aan de éne of aan de andere kant. Dat is geen eindpunt, geen slotsom, maar de opening van een proces naar ‘vereffening’ van het onevenwicht. Vertaald naar de detentiesituatie kunnen we stellen dat met het vonnis de schuld ondubbelzinnig is gelokaliseerd. Maar dat vonnis, en de hieraan gekoppelde aanvang van de detentie, is in de beleving van de partijen niet noodzakelijk een eindpunt, integendeel, het onevenwicht is op zijn scherpst gesteld, want geofficialiseerd. De detentie zou een zinvolle betekenis kunnen krijgen in de ‘graduele ontsluiting’ van de tussen dader en slachtoffer gestolde wederzijdse betekenisverlening.”<sup>87</sup>

---

86 Zie bijvoorbeeld C.D. Marshall, ‘Justice as care’, *International Journal of Restorative Justice* 2019 (2-2), p. 175-185.

87 Neys 2016, p. 160. Achiel Neys (overleden in 2013) was een Belgisch criminoloog en jarenlang aalmoezenier in de gevangenis te Leuven.