

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/74180>

Please be advised that this information was generated on 2021-06-17 and may be subject to change.

## Over biologie, technologie en strafrecht

Y. Buruma\*

Zou het waar zijn dat toepassingen van biotechnologie en cognitieve technologie ons leven in de komende vijftig jaar minstens zoveel beïnvloeden als de toepassingen van computertechnologie dat de afgelopen vijftig jaar deden? Freeman Dyson deed deze voorspelling in verband met het gebruik van biotechnologie in de landbouwsector. We kunnen natuurlijk ook denken aan de nieuwste generaties farmaceutica. En de biotechnologie komt ook al onze huiskamer binnen als we via bedrijven als *23and me*, *DeCode Genetics* en *Navigenes* voor circa \$ 1000 en wat spuug ons eigen genoom kunnen bezien. Dan kunt u voor uw plezier of uit bezorgdheid opzoeken voor welke ziekten uw hoogstpersoonlijke genen u extra gevoelig maken; welke temperamentkenmerken u van vaders kant heeft; en waarom u niet van melk houdt. Via *Ancestry.com* kunt u bovendien uw genetische verwanten opsporen.

Ook voor strafjuristen wordt de groeiende kennis over hersenen, genen en al dan niet aangeboren afwijkingen in de nabije toekomst van belang. Moeten zij er bijvoorbeeld rekening mee houden als een verdachte van mishandeling een aangeboren lage angstdrempel heeft? Of moet de strafrechter die in 2017 een verdachte van mishandeling voor zich heeft er rekening mee houden dat de consultatiebureauarts van 2007 wel wist dat een kind ADHD had, maar daar toen verder geen gevolgen aan heeft verbonden? Ik kom daar dadelijk op terug. Deze bijdrage is een bewerking van een voordracht die ik hield in antwoord op een lezing van de neurowetenschapper Michael Gazzaniga. De auteur van *The ethical brain* – zie de boekbespreking in dit nummer – ging uitgebreid in op de mogelijkheden en (zeker ook de) onmogelijkheden van fMRI-scans en andere technieken om de werking van het brein te begrijpen. Dergelijke scans worden op dit moment reeds in strafprocedures in de VS ter tafel

\* Prof. mr. Ybo Buruma is als hoogleraar strafrecht en strafprocesrecht verbonden aan de Radboud Universiteit te Nijmegen.

gelegd (Jelicic en Merckelbach). Meer dan op de ontwikkelingen in de genetica zal ik in het navolgende ingaan op cognitiewetenschappelijke inzichten, maar ik beperk me daar niet toe.

Gazzaniga stelde de vraag wat de gevolgen voor het strafrecht zullen zijn als juristen op de hoogte raken van hetgeen wetenschappelijk bekend is over de werking van ons brein. Eigenlijk is de thematiek 'biologie en strafrecht' te omvangrijk om die vraag degelijk te bespreken. Ik beperk me hier tot een tour d'horizon. Ik volg daarbij niet de horizon van de technologie, maar die van het strafproces: de fasen van opsporing, vervolging, bewijs en bestraffing.

### **Opsporing**

Naar mijn stellige overtuiging zullen technologische ontwikkelingen bijdragen aan een verdere verandering van het opsporingsonderzoek. Velen hebben nog als beeld van opsporing datgene wat de televisieserie *Baantjer* (of een roman van Agatha Christie) ons toont: er wordt een lijk gevonden en de politie zoekt uit wie het heeft gedaan. Sinds het midden van de jaren tachtig behoeft dat beeld bijstelling. Vanaf 1985 kennen alle Nederlandse politiekorpsen criminele inlichtingendiensten. De diensten (tegenwoordig noemen we ze eenheden: CIE's) werken juist andersom. Er is een bepaalde persoon of groep die men op de korrel heeft en men gaat bij de persoon een misdaad zoeken. Men weet bijvoorbeeld dat Groep Delta zich met drugs-handel bezighoudt en luistert de deelnemers net zo lang af tot ze op heterdaad met een kilo heroïne kunnen worden betrapt. Sinds 2001 is de impuls om aldus te werken nog groter geworden vanwege het grote belang om terroristen al voordat ze een delict hebben gepleegd te kunnen arresteren. Min of meer gelijktijdig wordt wetenschappelijk onderzoek gedaan naar risico-indicatoren en buffers: factoren die juist de kans verkleinen dat iemand een delict zal plegen. We weten dat de mate van binding in een wijk, de vraag of een vader is veroordeeld, maar ook een biologische factor of iemand ADHD heeft, de kans groter maakt dat hij strafbare feiten zal plegen. Voortschrijdend inzicht in onze biologische kenmerken zal bijdragen aan een voortzetting van deze tendens. Zodra cognitiedeskundigen ons kunnen vertellen dat de kleine amygdala en storingen in het limbisch systeem van invloed zijn op seksuele drives, rijst de vraag of iemand met zo'n kleine amygdala extra in de gaten moet

worden gehouden. Natuurlijk is de kans nihil dat binnenkort de amygdala van iedereen wordt gezien, maar het is niet uitgesloten dat biologische determinanten die bekend zijn geworden bij de GGD of na een rapportage van het Pieter Baan Centrum een rol spelen bij de vraag wie enige tijd later tot een groep verdachten moet worden gerekend. We kennen dat verschijnsel reeds als het gaat om zedendelinquenten. Er worden robuuste correlaties verondersteld tussen de mate waarin een zedendelict op perverse wijze is gepleegd of niet en de kans op recidive van de dader. Het is niet meer dan logisch dat men dan na een gepleegd zedendelict eens gaat kijken bij een 'bekende' van de politie. Met de kans dat een eerder veroordeelde te gemakkelijk wordt aangemerkt als verdachte van het nieuwe feit. Naarmate risicoanalyses een grotere rol gaan spelen bij het opsporingsonderzoek kunnen ook biologische gegevens een grotere rol spelen. Het zal nog wel even duren eer niet de daad maar het risico en in het bijzonder het biologische risico de doorslag geeft om al dan niet strafrechtelijke preëemptieve maatregelen te nemen. Ik doel daarmee op maatregelen om het mensen onmogelijk te maken de risico's die in hun biologie verborgen zitten te laten verwerkelijken. De ernst van de te verwachten strafbare feiten en de kans dat ze zich zullen voordoen zijn daarvoor te ongewis. De kracht van de indicatie en de urgentie dat er iets zal gebeuren, zijn vanwege het biologische karakter van de aanwijzingen te klein en de persoonlijke impact van strafrechtelijk optreden is al snel te groot. Niettemin wordt steeds meer gedacht dat we gevaarlijke mensen kunnen onderscheiden van anderen. Welke consequenties kunnen biologische inzichten daaromtrent dan wel hebben?

## **Vervolging**

Opsluiting om de samenleving te beschermen tegen voorspelde, maar nog niet gepleegde delicten is vervuld van het gevaar van overdrijving, zei de US Supreme Court Justice Robert Jackson naar aanleiding van de preëemptieve opsluiting van Japanse Amerikanen in de Tweede Wereldoorlog. Waar het toen ging om de inschatting dat de Japanse Amerikanen als een vijfde colonne een gevaar voor Amerika zouden zijn, kan men natuurlijk ook menen dat mensen met bepaalde biologische kenmerken een gevaar voor de samen-

leving zijn. En ook die mensen kunnen natuurlijk niet ‘zomaar’ het gevang indraaien.

Het is echter kortzichtig om te menen dat in dit verband louter inzichten uit het strafrecht relevant zijn. De World Health Organisation bracht in 2002 een rapport uit waarin werd gepleit voor een *public health approach to violence*. Dat is op zich een interessante en voor ons thema bijzonder relevante gedachte. Waarom zouden wij inderdaad geweldsdelicten niet als symptomen van een ziekte kunnen opvatten? Het probleem wordt gevormd door geweldsmisdrijven. We identificeren risicofactoren en beschermende factoren – bijvoorbeeld neurobiologisch van aard. We ontwikkelen op basis daarvan preventieve strategieën, waarbij wetenschappelijk wordt bezien wat werkt. Uiteindelijk passen we effectieve beleidsprogramma’s in volle maatschappelijke breedte toe.

Nu gaat deze benadering aan één aspect voorbij. ‘Gezondheid’ is sociaal genormeerd. Er is niet zoiets als objectieve gezondheid. Bij die normering staat de vraag voorop of betrokkene ziek is – ‘niet gezond’. Ziekte kan worden gedefinieerd als afwijking van een door de betrokkene gedefinieerde ideaaltoestand of als afwijking van een statistisch gemiddelde. Lange tijd was de beoordeling van de patiënt haast doorslaggevend: de patiënt vroeg de dokter om zorg en deze hielp een lijdende mens die hem vertrouwen schonk. In de loop van de twintigste eeuw werd het steeds vanzelfsprekender dat niet de vragende patiënt maar de dokter bepaalde of de patiënt ziek was (Ricoeur, 2007, p. 187-212). Als de dokter iets afwijkends waarneemt, kan hij geacht zijn op te treden ook als de patiënt niet het gevoel heeft ergens aan te lijden. Die beoordeling is ingewikkelder als het gaat om geestesziekten (die ten dele worden gekenmerkt door het feit dat de patiënt geen ziekte-inzicht heeft) en om sociaal gedefinieerde kwesties als misdaad en geweld. De afwijking van het gemiddelde is dan niet alleen relevant met het oog op risico’s voor de patiënt zelf, maar ook voor de samenleving en dat heeft een belangrijke perspectiefwisseling tot gevolg. Daarom stelt de Franse filosoof Paul Ricoeur – in het voetspoor van George Canguilhem en Kurt Goldstein – een derde definitie van gezondheid voor: ‘gezondheid is het aan beperkingen onderhevige vermogen om om te gaan met bedreigingen, gevaren en disfuncties, inclusief ziekten en handicaps’ (Ricoeur, 2007, p. 190).

Wat betekent dit nu als we bijvoorbeeld vernemen dat ADHD een belangrijke voorspeller is van criminaliteit en dat voor een afwij-

kende cortisolhuishouding wellicht hetzelfde geldt? We komen dan voor de keus tussen enerzijds een *Brave New World*-achtige situatie waarin gezondheid primair extern wordt gedefinieerd aan de hand van (vooral maatschappelijke) risico's en kosten en anderzijds de mogelijkheid dat afwijkingen worden onderkend en aanvaard zolang de betrokkene in staat is te voldoen aan de eisen van zijn omgeving en adequaat te reageren op nieuwe omstandigheden. Met de Amsterdamse jeugdpsychiater prof. Theo Doreleijers denk ik dat er veel is te zeggen voor de stelling dat kinderen die veel risico lopen om crimineel te worden, welhaast recht hebben op behandeling om te voorkomen dat ze afglijden en in de criminaliteit terechtkomen. Als ik hem goed begrijp en uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat intensivering van gezinstherapie als beschermende factor kan werken om eventueel aanwezige biologische risico's te 'bufferen', dan is het irrationeel om die kennis niet breder te implementeren dan nu het geval is.

Maar de aldus gekozen preventieve strategie moet natuurlijk wel in juiste verhouding blijven staan tot de impact op de betrokkenen (de jongere en diens gezin) en de urgentie van het risico. De medische of biologische claim van wat een abnormale omvang van de prefrontale schors of de amygdala is, of wat een abnormale hormonale huishouding inhoudt, is niet louter te begrijpen als een tekort ten opzichte van een verondersteld ideaal van normaliteit. Men zal de mogelijkheid moeten blijven onderkennen dat de betrokkene het vermogen heeft op adequate wijze om te gaan met de in hem sluimerende risico's en deze zelfs ten bate van het nut van het algemeen op voortreffelijke wijze weet om te zetten. Levende wezens (inclusief mensen) moeten immers niet alleen worden gezien vanuit het perspectief door welke biologische en milieuv variabelen ze worden beïnvloed, maar ook vanuit het perspectief van hun vermogen hun omgeving te selecteren gegeven hun eigen mogelijkheden en beperkingen.

Het is derhalve onjuist om zodanig in onze voorspellende vermogens te geloven dat we de geestelijke gezondheidszorg eigenlijk gebruiken als een verkapte manier van preëemptief strafrechtelijk optreden. Juist in het overleg in multidisciplinaire teams, dat tegenwoordig (terecht) een grote vlucht neemt, dreigt het reële gevaar dat overwegingen van public health neerkomen op verkapte vervolging. Dat is onjuist, maar ook onwenselijk, niet alleen vanuit het perspectief van de betrokkene maar ook vanuit het perspectief

van de samenleving die daardoor bijvoorbeeld iedereen met een te lage angstdrempel zodanig probeert te veranderen dat we geen testpiloten en brandweerlieden meer overhouden.

## Bewijs

In het strafrecht wordt wel onderscheid gemaakt tussen het bewijs van de gedraging (de feiten) en het bewijs van het opzet van de dader. In verband met het bewijs van de gedraging kunnen nieuwe biotechnologische mogelijkheden op den duur van belang blijken. Te denken is aan de mogelijkheden van leugendetectie via *brain scans* en aan de (overigens ruimschoots voorhanden) inzichten in de werking van het brein om getuigenbewijs op waarde te schatten. Tot zover wil ik de mogelijkheden van de toekomst met belangstelling aanzien.

Technologische ontwikkelingen moeten echter ook weer niet met een lichtzinnig optimisme worden gezien. Als we ons eens een klein gedachte-experiment veroorloven, zien we dadelijk hoe verleidelijk dat kan zijn. Ik stel me voor dat een vrouw terechtstaat wegens het vermoorden van haar (eerst verdwenen en later dood aangetroffen) kind en dat er behoudens de medische diagnose dat het kind door verstikking is omgekomen geen ander bewijs is dan dat mevrouw voorafgaand aan het overlijden hardvochtige dingen over het kind heeft gezegd en dat zij de dag na het verdwijnen van het kind erg geagiteerd was. Dat is niet veel bewijs en een vrijspraak zal vermoedelijk volgen. Blijft dat zo als het OM een deskundigenverklaring presenteert en een hersenscan en daaruit blijkt dat de vrouw een kleine tumor in haar frontale lob heeft? Zo'n tumor kan naar het oordeel van geraadpleegde deskundigen van belangrijke invloed zijn op de werking van haar gewetensfunctie. Ik denk dat het geen verschil hoort te maken, maar of het niet zal gebeuren weet ik niet. Dat brengt me op het bewijs van het opzet. Gazzaniga zei tijdens het congres *Justitie en cognitie*: 'We feel free, yet brains are automatic.' In het voetspoor van onderzoek van Benjamin Libet (2004) wordt door veel hersenwetenschappers gesteld dat bewustzijn pas plaatsvindt als we onze beslissing hebben genomen. In die opvatting doet bewustzijn er niet erg toe, behalve dat het de wereld en ons handelen begrijpelijk maakt en er zin aan geeft: de *executive cognitive function* in ons brein interpreteert als het ware wat wij doen.

Nu zijn er diverse psychologen die dit beeld relativeren. Zij maken onderscheid tussen automatische processen en gecontroleerde processen. Beslissingen starten dan wel als automatische reactie, maar de meeste menselijke handelingen zijn zo complex dat het controleproces dat enkele milliseconden na de automatische impuls plaatsvindt (als de impuls als het ware wordt vergeleken met datgene wat reeds in het geheugen is opgeslagen) ons in staat stelt de impuls af te stoppen. De impuls is wellicht op te vatten als de automatische (uit reeds in het brein opgeslagen vroegere en geanticiperde intenties ingegeven) reactie op de omgeving of de gelegenheid die zich aandient, maar de controle (oftewel de neurale procedure die leidt tot bewustzijn) vindt via de zingevende vergelijking met wat reeds is opgeslagen ook plaats: 'freedom = opportunity x procedure', schreef Amartya Sen (2002) in een andere context.

Waar ik zelf dus nog wel ruimte zie om op antropologisch niveau de vrije wil aan te nemen, is dat voor het strafrecht op zichzelf beschouwd niet nodig. Als sociaal fenomeen hebben we er genoeg aan de vrije wil als een sociaal construct te beschouwen. De vooroorlogse strafrechtstheoreticus Leo Polak wist determinisme en het toedelen van verantwoordelijkheid al met elkaar te verzoenen. Ook als iemand tot zijn gedraging is gedetermineerd, kan de samenleving hem nog verantwoordelijk stellen voor het gebeurde en zijn daad vergelden. Tijdgenoten van Polak spraken wel van karakterschuld: jij bent de auteur van je daden, zelfs als die daden de automatische reactie waren van wat jij in je brein hebt opgebouwd – maar voor die opbouw ben je zelf verantwoordelijk. Ook in de hedendaagse praktijk van het strafrechtelijk bewijs van opzet, kijkt de rechter niet als een romanschrijver wat de verdachte gedacht zal hebben (en derhalve wat zijn opzet wel zal zijn geweest), maar hij deelt opzet toe. Als iemand zegt dat hij met zijn vuurwapen schoot, hij dat deed in een vol café en daarbij iemand anders in zijn been raakte, dan kan de rechter oordelen dat de dader het oogmerk had die ander te doden. Poging tot doodslag is dan bewezen, al kende de dader het slachtoffer niet eens.<sup>1</sup> Het oogmerk (oftewel het opzet) wordt dan toegerekend.

Al deze strafrechtelijke benaderingen verdragen zich goed met de jongste hersenwetenschappelijke inzichten. Ze maken het verweer

1 HR 10 maart 200, NJ 2001, 4 m.nt. Y.B.



onschadelijk dat het menselijk opzet een neurobiologisch moeilijk te duiden notie is. Zelfs als men mij niet volgt in de gedachte dat de mens op antropologisch niveau geacht kan worden een vrije wil te hebben, dan nog kunnen wij als menselijke samenleving vrijheid erkennen. Cognitiefilosoof Daniel Dennett (2003) spreekt in dat verband van de sociale noodzaak van vrijheid. Je zou ook kunnen zeggen dat intentionaliteit kan worden beschouwd als emergentie van onze sociale organisatie.

Emergentie is een kenmerk van organisatie. Watermoleculen zijn niet vloeibaar; vloeibaarheid is een emergentie van het bij elkaar leggen van die moleculen onder bepaalde omstandigheden. Onder dictatoriale omstandigheden is intentionaliteit irrelevant, maar dat is in onze sociale organisatie anders.

## Bestrafing

Menigeen zal bij het denken over de mogelijkheden die technologische ontwikkeling biedt in verband met het strafrecht, vooral hebben gedacht aan de betekenis ervan voor tbs en dergelijke. Op een fundamenteel niveau zal men na het voorgaande de vraag kunnen stellen of er überhaupt nog wel ruimte is om te spreken van onverantwoordelijke misdadigers. Om zijn punt over de werking van het brein duidelijk te maken zei Gazzaniga: 'In neuroscientific terms, no person is more or less responsible than any other for actions.' We gaan uit van toerekening van strafbare feiten aan mensen die hun automatische impulsen via zoiets als hun *executive cognitive function* (waarom zouden we die niet hun geweten noemen?) controleren. Maar dat betekent niet dat we er niet van kunnen afzien mensen met ernstige psychiatrische disfuncties te straffen. Dat is een sociale, zo men wil juridische beslissing, waarmee recht wordt gedaan aan het gegeven dat wij mensen door abnormaliteiten in het brein niet allemaal even sterke meesters over onze lotgevallen zijn: bij de ene werkt het controleproces beter dan bij de ander. De rechter kan dan beslissen het feit niet toe te rekenen bijvoorbeeld omdat een bewustzijnsvernauwing optrad als gevolg van een van buiten komende omstandigheid ('psychische overmacht') of omdat het geestelijk functioneren van de verdachte te ver afwijkt van het normale (ontoerekeningsvatbaarheid). Naarmate wij meer weten van het brein zal de rechter vaker (een van) deze mogelijkheden

in ogenschouw moeten nemen. Maar het is niet zo dat het oordeel over het brein alles zegt. De gespecialiseerde, penitentiaire kamer van het Arnhemse Hof heeft recent met een beroep op de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Leger benadrukt dat een vrijheidsbeneming na oplegging van tbs die geen enkel perspectief biedt op een mogelijk eind, in strijd kan komen met het recht op vrijheid (art. 5 EVRM). Als psychiaters geen bevredigend verhaal hebben over de (voortgang van de) behandeling en het einde ervan, kan dat aanleiding zijn voor de rechter om terug te vallen op een proportionaliteitstoetsing van de lengte van de opsluiting aan de ernst van de feiten<sup>2</sup> (Van Kuijck).

Verdachten met aantoonbare breingerelateerde mentale stoornissen hoeven trouwens niet van straf te worden uitgesloten. Tot op zekere hoogte mogen wij verwachten dat mensen leren om te gaan met hun tekorten, hun impulsen leren controleren (al zal de een dat zwaarder vallen dan de ander) en leren dat zijzelf verantwoordelijk kunnen worden gesteld voor het milieu waarin ze zich gaan begeven. Wij kunnen mensen strafrechtelijk aansprakelijk blijven stellen vanuit het criterium of zij anders hadden kunnen handelen.

Toch kan ik me best iets voorstellen bij het gebruik van hersenscans in de rechtszaal met het oog op extreme gevallen, bijvoorbeeld wanneer een psychiater zijn oordeel dat iemand schizofreen is nader wil staven. Meer dan een ondersteunend document voor de deskundige zou de scan niet moeten zijn en de juristen zouden niet moeten denken dat daarmee iets even eenduidigs wordt overlegd als een DNA-vergelijking. Gaat men te gemakkelijk verlangen en aanvaarden dat scans worden ingebracht in de rechtszaal, dan gaat men eraan voorbij dat er altijd wel bijzonderheden te vinden zijn in iemands biologische of sociale make-up.

Het besef daarvan dwingt tot twee conclusies. Inzicht in het brein staat niet in de weg aan het strafrechtelijk aansprakelijk stellen van daders. Maar datzelfde inzicht hoort ook bij te dragen aan het besef dat wij enige compassie moeten opbrengen met de persoon met de lage angstdrempel of de niet als zodanig geholpen ADHD'er vanuit de gedachte dat de een meer dan de ander meester is over zijn eigen lot.

2 Hof Arnhem 5 maart 2007, LJN AZ9806; EHRM 11 april 2006 (Leger).

## Literatuur

### **Dennett, D.C.**

*Freedom evolves*

New York, Penguin Books, 2003

### **Dyson, F.**

*Our biotech future*

New York Review of Books,

19 juli 2007

### **Jelicic, M., H.L.G.J. Merckel-**

### **bach**

*Hersenscans in de rechtszaal;*

*oppassen geblazen!*

Nederlands juristenblad, 2007,

p. 2794-2800

### **Jensma, F.**

*De stelling van Theo Doreleijers*

NRC Handelsblad, 8/9 december

2007

### **Kuijck, Y. van**

*De geestelijk gestoorde*

*delinquent blijvend ontheemd*

Delikt & Delinkwent, 2007,

p. 764-772

### **Libet, B.**

*The temporal factor in*

*consciousness*

Cambridge (MA), Harvard

University Press, 2004

### **Ricoeur, P.**

*Reflections on the just*

Chicago, Chicago University

Press, 2007

### **Sen, A.**

*Rationality and freedom*

Cambridge (MA), Harvard

University Press, 2002

### **World Health Organization**

*World report on violence and  
health*

Geneva, 2002