

Tilburg University

Empathie en strafrecht

Herlé, A.F.; Oei, T.I.

Published in:
Nederlands Juristenblad

Publication date:
2005

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Herlé, A. F., & Oei, T. I. (2005). Empathie en strafrecht. *Nederlands Juristenblad*, 80(21), 1083-1091.

General rights

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

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

Take down policy

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

Empathie en strafrecht

*A.F.Herlé** en *T.I.Oei***

Empathiemeting wordt in dit artikel als een belangrijk oordeelsinstrument voor het 'bad' en 'mad' gehalte van deviant gedrag geïntroduceerd. Er wordt daarbij een indeling voorgesteld, die voor de rechter gedifferentieerde oordelen mogelijk maakt. De strafmaat, maar vooral ook de strafmaatregelen, worden geënt op de intenties en motivaties van de dader, waardoor het daderstrafrecht meer inhoud krijgt. Gevoelens in het rechtsdenken krijgen expliciet aandacht. Daarbij wordt ook wraak, als vervat in retributie en als reactie op boosaardigheid, een plaats gegeven. Een schema van empathiegebreken brengt structuur in aansprakelijkheid. Ten slotte volgt een voorstel voor een methode voor het objectief meten van empathie en empathiegebreken, onder verschillende omstandigheden.

Inleiding

Dit artikel gaat over gevoelens in het recht. Laten wij daarom beginnen met het verhaal van Lucius Veratius, een vrolijke Romein, die er plezier in had, willekeurige voorbijgangers een oorvijs te geven¹. Een slaaf die achter hem liep, regelde ogenblikkelijk de vergoeding, die op dat ogenblik nog steeds 25 as was.² Door inflatie was de boete op dit delict onwaarschijnlijk laag geworden, - een koopje dus.

Om dit voorval goed te kunnen plaatsen moeten wij ons eerst bezinnen op de ontwikkeling van het sanctiebeleid. In die tijd was de talio, het oog om oog, tand om tand, reeds lang verlaten. Deze maatschappelijk en economisch gezien zinloze, maar wel spiegelende rechtvaardigheid, had plaats gemaakt voor afkoop, weergeld, zoals dat bij ons in het oud-vaderlands recht heette. De meeste rechtssystemen volgen een vergelijkbare ontwikkeling. Het begint met de talio, die dan in een latere ontwikkeling ook afgekocht kan worden. Aanvankelijk is deze afkoop (compositie heette dat in ons oud-vaderlands recht) vrijwillig. Later, toen de gemeenschap de vaak escalerende en vete oproepende fysieke wraak geheel wilde uitbannen, ontstond de verplichte compositie.³

Deze laatste overgang is uiterst belangrijk, omdat wij voor het eerst met een rationalisatie te maken krijgen. Vaste boetebedragen betekenen een objectivering, en voor een individuele benadering is daarom nauwelijks plaats. Er is dan geen sprake van een directe dader-slachtoffer verhouding, maar voornamelijk van een dader-gemeenschap relatie. Eén van de gevolgen van die vaste boetebedragen was, dat de betaalde 25 as in geen verhouding meer stond tot het aangebrachte leed en van spiegelende rechtvaardigheid kon zodoende geen sprake zijn. De slachtoffers van Veratius staan met vrijwel lege handen en die handen zijn nog leger dan op het eerste gezicht lijkt. Niet alleen is de waarde van 25 as inflatoir uitgehold, maar het toegebrachte leed is ook groter dan dat waar die 25 as oorspronkelijk voor stond. Wij zullen dat verklaren.

Als iemand u een klap in uw gezicht geeft, dan is dat omdat hij woedend is. Zijn emoties ontnemen hem zijn normale terughoudendheid. Dat kunnen wij begrijpen en tot op zekere

¹ Kaser & Wubbe 1971, p.249.

² Een koperen Romeinse munt.

³ Monté-Verloren & Spruit 1972, p.47-49.

hoogte rechtvaardigen, maar Veratius haalde bewust iemands persoonlijkheid naar beneden. Hij deed dat uit een soort wreed genoegen en schiep daarmee een vernederende situatie.⁴ Dat roept eerst recht agressie op.⁵ Die wraakgevoelens zijn duurzamer en van vergeving, zoals na een emotionele uitval, kan voorlopig geen sprake zijn.

In dit voorval is de essentie van dit artikel verrat. Het gaat er om dat wij willen vergelden (van geld!), en voor zover dat wraak betekent hangt die vergeldingsdrang af van de mate waarin onze eigenwaarde is aangetast. Vernedering roept agressie op. Het gebrek aan respect heeft ons zelfbeeld ernstig beschadigd. Dat zelfbeeld wordt toch vooral door anderen bepaald. De boosaardigheid van de dader en zijn intenties doen er dus toe.

Het achterhalen van die intenties en motivaties is vaak moeilijk en verderop zal blijken dat er ook nog weer intenties achter intenties steken. De intentie om een oorvijg te geven was duidelijk en direct af te leiden uit het gevolg. De achterliggende intentie om dat uitsluitend te doen om het slachtoffer te vernederen is in dit geval ook gemakkelijk te achterhalen, maar daarin ligt wel de boosaardigheid van het handelen, het 'bad'.

In de navolgende uitwerking van deviant gedrag zullen wij het begrip 'empathie' oproepen om dat schadelijk handelen terug te voeren op een nalaten zich met een ander te identificeren. Er zal dan blijken dat het mogelijk wordt om de begrippen 'bad' en 'mad' op de aard van een empathiegebrek te herleiden. Het empathiebegrip zelf wordt toegesneden op dat doel en in een empathieschema kunnen dan redelijk overzichtelijk de verschillende groepen intenties worden achterhaald.

Nagegaan wordt vervolgens of het huidige sanctiebeleid nog wel voldoet en in hoeverre de rechter gevoed zou kunnen worden met diepgaander informatie over de boosaardigheid van delinquente gedragingen. Omdat wij hier te maken hebben met gevoelens, waarbij causale verbanden zo gecompliceerd zijn dat het achterhalen daarvan over het algemeen heel moeilijk is, moet worden omgezien naar methoden die, naast het rationeel deduceren, die gevoelens toch voldoende in kaart kunnen brengen⁶. Er wordt daarmee dan meer 'recht' gedaan aan de complete mens.

Er zal vervolgens blijken dat een verdere psychiatrisering en psychologisering van het recht geaccepteerd zouden moeten worden om tot een betere aansluiting bij ons rechtsgevoel te komen.⁷

Ten slotte zal een vrijwel objectieve methode voor het meten van empathie worden voorgesteld.⁸

Methodologie en plaatsbepaling

Allereerst willen wij het gebied, waarbinnen de overwegingen van dit artikel zich afspelen, verder afbakenen.

⁴ Het Romeinse recht kende vijf strafbare handelingen: ontvreemding, zaakbeschadiging, kwetsing, roof alsmede dwang en bedrog.

⁵ Gilligan, 2003.

⁶ Elke gedachte kent in feite zijn affectieve complement, omdat gevoelens als arousal slechts een prepareren van het lichaam op een komende actie betekenen. Zie ook Frijda 1999.

⁷ In de USA is deze ontwikkeling gaande door 'therapeutic jurisprudence' en 'restorative justice', binnen de figuur van de 'Problem Solving Courts'. Zie daarvoor: Nolan 2003, Winick 2003, Bader 2003, Fagan & Malkin 2003, McCoy 2003.

⁸ Tijdens de voordracht 'Empathie en psychopathie' op het voorjaarscongres van de Nederlandse Vereniging voor Psychiatrie, op 2 april 2004 in Maastricht, werd door de schrijvers van dit artikel steun gezocht voor het ontwikkelen van deze meetmethode.

Het gehele terrein van het strafrecht wordt gedragen door de antwoorden op twee principiële vragen:

- Wat is het doel van het strafrecht in kwalitatieve zin?
- Hoe wordt dit doel gekwantificeerd?

Bij de eerste vraag hebben wij het over de taakstelling, bij de tweede vraag over de relatie daarvan met de strafmaat. Bij de beantwoording zullen wij zien dat er enkele belangrijke tegenstellingen zijn, die een cruciale rol spelen, als daar zijn:

- de tegenstelling cognitief en affectief, ofwel de rationele benadering tegenover de gevoelsmatige;
- de benadering vanuit een individueel perspectief of die vanuit een collectief belang;
- de nadruk die wordt gelegd op de dader dan wel op het slachtoffer.

Wij moeten ons dan wel realiseren dat deze tegenstellingen slechts dienen om ons begrip te vergroten, niet omdat deze begrippen geen samenhang zouden vertonen.

Het antwoord op de eerste vraag laat ons die tegenstelling al direct zien, omdat wij het doel van het strafrecht kunnen verdelen in een rationele en een affectieve richting.

De rationele richting noemen wij utilitarisch, omdat daarmee de maatschappij meetbaar verbeterd wordt. Wij denken daarbij aan:

- straffen om te voorkomen dat de dader weer in dezelfde fout vervalt: de speciale preventie;
- straffen om de gemeenschap af te schrikken eenzelfde handelen of nalaten na te streven: de generale preventie.

Het affectieve doel vormt:

- de retributie, waarbij de vergeldingscomponent daarvan duidelijk affectief van aard is. De vergoedingscomponent, als verevening, kent zowel rationele als affectieve kanten.

Momenteel vindt er in het strafrecht een verschuiving plaats van een accent op retributie, het *just deserts*, naar een vernieuwde poging tot resocialisatie van de dader. In feite gaat die heling buiten het strafrecht om, omdat (voorwaardelijk) van een proces wordt afgezien. De rechter speelt wel een prominente rol in dit opvoedingsproces. Hij houdt de regie. Daarbij zal de dreiging van een alsnog vervolgen de medewerking van de dader afdwingen.

Bij het beantwoorden van de vraag hoe de doelstellingen te realiseren zijn, gaat het uiteraard om de strafmaat. Hoe zwaar moet men straffen om het beoogde doel te bereiken.⁹ Wij kunnen dan vier invalshoeken onderscheiden.

- Het *Erfolgshaftungs (Wrongdoing)* – perspectief; het effect van het kwaad bepaalt de strafmaat;
- Het signalerings – perspectief; de strafmaat wordt gerelateerd aan de gewenste kracht van het ontmoedigingssignaal;
- Het anti – discriminatoire perspectief beoogt gelijk crimineel leed voor alle rechtsgenoten en gebruikt de strafmaat om dat te sturen;
- Het verwijtbaarheidperspectief hanteert de mate van schuld als criterium voor de strafmaat.

⁹ Hurd & Moore 2004.

Bij het *Erfolgshaftungs* – perspectief wordt de strafmaat gerelateerd aan het gevolg van de gewraakte handeling. Hoe schadelijker de uitwerking, hoe groter de tegenkracht. Actie is reactie en er is sprake van een spiegelende rechtvaardigheid.

Uit het verhaal van de Romein Veratius is wel gebleken dat de individuele verhoudingen in deze benadering een collectieve correctie kreeg met de vrijwillige en later verplichte compositie, een boetebedrag. Essentieel is dat er schade is veroorzaakt en dat men nagaat wie daarvoor de eerstverantwoordelijke is. De schade moet dan door de veroorzaker worden vergoed.¹⁰

Het signaleringsperspectief is er niet in de eerste plaats op uit om de dader leed toe te voegen, maar om de gemeenschap te laten zien dat dit soort daden niet getolereerd worden. Het versterkt de norm door de zich bepaalde vrijheden ontzeggende en oppassende burger te bevestigen in zijn (ont)houding. Bij dit perspectief ligt de nadruk dus geheel op het collectieve belang. Een zware straf als signaal kan wel door de individuele dader als onrechtvaardig worden ervaren.

Het antidiscriminatoire perspectief of gelijkheidsperspectief gaat er vanuit dat de kans op slachtofferleed voor veel groepen in de samenleving verschillend kan uitpakken. Te denken valt aan minderheden, vrouwen, sociale verhoudingen en leeftijden. Omdat dit een eerste en basisonrechtvaardigheid is, dient het strafrecht daders met deze discriminatoire motivaties strenger te straffen. Zij maakten misbruik van onschuldige zwakheden. Ook hier zien wij het collectieve belang prevaleren. Opvallend is de nadruk op het slachtoffer, - dit in tegenstelling tot het volgende perspectief.

Het verwijtbaarheidperspectief ten slotte wordt het meest centraal gesteld. Leverde de *Erfolgshaftung* een daadstrafrecht, het verwijtbaarheids criterium richt zich geheel op de dader en mondt zodoende uit in een daderstrafrecht. Zoals wij in dit artikel zullen zien is dit momenteel nog zeker niet het geval en wellicht in zijn uiterste consequenties ook niet wenselijk. Het bezwaar van dit perspectief is dat de aandacht te veel op de dader wordt gericht en het slachtoffer onderbelicht laat. *Restorative justice*, gecombineerd met *Therapeutic jurisprudence*, kan ook hier recht doen zowel aan dader als slachtoffer.

Nogmaals moet worden beklemtoond dat de aangebrachte scheidingen perspectieven zijn, en zo dimensies van de werkelijke strafrechtstructuur. Wanneer wij dan ook uitgebreid het verwijtbaarheidperspectief bespreken, dan wil daarmee geen verwerping van de andere perspectieven gesuggereerd worden. Wel is het zo dat de individuele, één-op-één verhouding tussen mensen de grondslag vormde voor de talio en dat deze ontwikkeld is naar een geïnstitutionaliseerd strafrecht.¹¹ Het is daarom belangrijk telkens weer naar die één-op-één verhouding terug te keren. Daarbij is de empathie tussen mensen bepalend, hetgeen in de verdere uitbouw tot norm, waarde en cultuur, tot institutionalisering is gebracht. Terugblikken naar die basis kan veel duidelijk maken en de nog steeds bestaande individuele wraakgevoelens bij onrecht vinden wij dan ook in de retributie terug. De relatie slachtoffer – dader wordt daarin grotendeels door gevoelens bepaald en wij zullen zien dat empathiegebreken als verklaringsinstrument meer helderheid verschaffen. Intenties spelen dan een hoofdrol en het zijn de intenties van de dader die wij zullen ontleden. Deze zullen

¹⁰ Feenstra 1982, p.15.

¹¹ Overigens bestond ook voor de talio een collectief afkeuringsproces, dat zich uitte in de godsoordelen, maar dat is voor dit artikel minder relevant.

gerelateerd worden aan de empathiegebreken. Het 'bad'/ 'mad' - onderscheid wordt daarin gevangen.

Methodologie en empathie

Om het gebied van de gevoelens in het recht te kunnen hanteren moet ons instrumentarium van het rationeel redeneren worden uitgebreid naar een specifieke methode om gevoelens te kennen en te beoordelen. Er is namelijk een groot verschil tussen affect en feit. Gegevens, data om het modern te zeggen, kunnen door middel van taal worden overgedragen. Dat gaat niet met gevoelens en voorzover een kunstenaar daar al in slaagt, is dat te danken aan het beeld dat hij oproept en niet aan de letterlijke betekenis van zijn woorden.

Gevoelens kent men niet alleen, maar men ondergaat ze ook. Er speelt een duidelijk fysieke component.

Het instrument, om de gevoelens van een ander te leren kennen begint met aandacht voor die ander. Die aandacht heeft een kleur, want hij wordt gericht met de intentie om de ander gevoelsmatig te verstaan. Zo luidt dan ook onze definitie van empathie: *'het verlangen de ander gevoelsmatig te verstaan'*.¹² Als verduidelijkende analogie kunnen wij spreken van gevoelsmatig luisteren, de actieve vorm van horen. De elementen van het 'hoor'-proces, waarlangs die overdracht plaatsvindt, zijn: aandacht, perceptie, parallelle emotie en reactieve emotie. Het zijn de vier fasen van dat proces. In feite zijn de eerste drie samen te vatten als identificatie. Men stelt zich daarbij in de plaats van de ander. Dat mentale proces, dat empathie wordt genoemd, verloopt automatisch wanneer ik mijn aandacht op een ander richt met de intentie om de situatie vanuit zijn gezichtspunt te zien. Zonder dat ik me dat nu echt bewust ben, neem ik dan tal van non-verbale tekens waar, waarvan bijvoorbeeld de gezichtsuitdrukkingen heel belangrijk zijn. Door die non-verbale tekens en ook eventueel door verbale informatie, wordt een beeld opgeroepen dat overeenkomt met het beeld, het neurale patroon, van de waargenomene. Voorwaarde is wel dat er sprake is van isomorfie tussen de waarnemer en degene die waargenomen wordt. Dat begrip zullen wij wat verder uitwerken.

Empathie tussen mens en dier is nauwelijks mogelijk ten gevolge van de verschillen in hersenstructuur. Ik kan wel denken dat ik precies weet hoe mijn kat zich voelt, maar zodra ik zie hoe dat dier met zijn prooi speelt, weet ik onmiddellijk weer dat wij verschillend zijn. Zelf tussen mensen kan empathie worden bemoeilijkt, omdat cultuurverschillen overeenkomstige beeldvorming in de weg staat.

De waarneming, die wij als perceptie zullen betitelen, is altijd subjectief gekleurd en de emotie, die wij tengevolge van het geïnduceerde beeld verkrijgen, zal daarom nooit volledig identiek zijn. Waarschijnlijk is dat bij eenige tweelingen, met een overeenkomstige ontwikkeling, het maximaal haalbare.

Het werkelijk bijzondere van empathie is niet die derde fase, waarbij uit de perceptie de parallelle emotie volgt, maar het feit dat wij die emotie kunnen onderscheiden als zijnde van de waargenomene. Wij hebben dus tegelijkertijd twee identiteiten, hetgeen minder bevreemdend is wanneer wij ons realiseren dat wij ons vaak presenteren als 'ik' naar buiten, terwijl wij weten dat ons echte 'ik' anders is. Men spreekt dan van het 'I' en het 'me'.

Bovendien weten wij maar al te goed dat wij onszelf kunnen vermannen (aanmoedigend spreken tegen onszelf) en zo kunnen wij ook de empathisch opgewekte parallelle emotie waarnemen. Als reactieve emotie kunnen wij vervolgens medelijden voor de ander gaan voelen, maar ook bijvoorbeeld kwaadheid. Die situatie kan ontstaan wanneer de

¹² Dat verlangen komt voort uit de verbondenheid met anderen, die bepalend is voor mijn identiteit. Zie ook: Forgas 2001, p.335, over de 'Need to belong'.

waargenomene zichzelf in die moeilijke situatie heeft gemanoeuvreerd. ‘Dat ezelsveulen ook’, denken wij dan.

Samengevat is empathie ‘het verlangen de ander gevoelsmatig te verstaan’, hetgeen zich manifesteert als een proces. Aandacht voor de ander, met de intentie hem gevoelsmatig te verstaan leidt tot een perceptie die een parallelle emotie opwekt. Op die emotie volgt een reactieve emotie, die bezorgdheid, medelijden, vreugde of kwaadheid kan zijn.¹³

Waarom is empathie nu zo belangrijk?

Wanneer wij spreken over daderstrafrecht, dan moeten wij ons realiseren dat het tot dusver de rechter is, die in de persoonlijke benadering van de dader diens bedoelingen en de verwijtbaarheid daarvan moet achterhalen.¹⁴ Deze taak en bevoegdheid van de rechter laat hem ruimte om, naar de mate van schuld, de delinquent te straffen. Het is nu niet moeilijk in te zien dat empathie, als instrument voor het achterhalen van intenties en motieven, onontbeerlijk is. Daarmee kan immers worden doorvoeld wat de ander drijft. Rechters dienen dus over een grote mate van dispositionele empathie te beschikken om de gevoelens van de verdachte te leren kennen.¹⁵

Het wijzen op het belang van empathie voor de rechterlijke magistraten is eigenlijk al voldoende rechtvaardiging voor een artikel, maar er is meer en dat is wellicht nog belangrijker. Wanneer wij empathisch zijn met iemand, dan kunnen wij die ander per definitie niet als object zien. Anders gezegd, wij kunnen die ander dan geen kwaad doen.¹⁶ Nu is empathie de normale situatie. Wij hebben aandacht voor de ander, omdat die belangrijk voor ons is. Wij willen met hem communiceren en communicatie betekent in dit geval ook gevoelsoverdracht.

De vraag waarom het dan toch zo vaak mis gaat, waarom wij geen empathie hebben, waarom wij de ander als middel gebruiken, dient zich dan onmiddellijk aan. In het antwoord op die vraag ligt ook de motivatie van delinquent gedrag besloten en de aard van die verstoring geeft ons uitzicht op het al of niet kwaadaardige karakter van die motivatie.

Om die vraag enigszins te beantwoorden moeten wij eerst nog benadrukken dat de empathie tussen mensen geleid heeft tot normen en waarden. Het is als het ware de vastgelegde en collectieve empathie, die de mate van mijn vrijheid tegenover de vrijheid van mijn cultuurgenoten heeft vastgelegd. Het gaat daarbij om het handelen en in hoeverre men daarin beperkt is. Ons wederzijds invoelen heeft dit evenwicht tot stand gebracht, veel meer dan een rationeel verdelen.¹⁷

Een deviant gedrag dat de grenzen van de normen overschrijdt, moet dan wel een duidelijk gebrek aan empathie vertegenwoordigen. Wij zullen in de volgende paragraaf nagaan wat die empathieverstoring bewerkstelligt en in hoeverre daarvoor een excuus is aan te voeren.

Empathiegebreken

Wij hebben gezien dat het empathieproces verloopt via aandacht naar perceptie, waardoor een parallelle emotie ontstaat die door evaluatie leidt tot een reactieve emotie. Emotie is dan een voorbereiding van het lichaam op een actie.¹⁸

¹³ Davis 1994, p.13.

¹⁴ In dit geval staat daderrecht tegenover daadrecht, het verantwoordelijk stellen op grond van de uitkomst van het handelen.

¹⁵ Evenals overigens andere hulpverlenende professies als medici, therapeuten en verzorgende beroepen.

¹⁶ Ook de straffende empathische rechter doet de verdachte geen kwaad; hij bepaalt alleen hoe de schuld verevend moet worden en verevening is een recht van de dader.

¹⁷ Hoffman 2000.

¹⁸ Volgens Frijda (2001) is een emotie een actiebereidheid van het lichaam.

De aandacht die wij eraan schenken heeft een kleur. Deze aandacht wordt gedreven door een verlangen om de ander gevoelsmatig te verstaan. Laten wij daar allereerst even bij stilstaan. Wanneer die aandacht er wel zou zijn, maar niet om die ander gevoelsmatig te verstaan, dan is er dus ook geen empathie. Die situatie doet zich zeker voor en wij noemen hier drie groepen waarbij dat het geval is, ieder met hun eigen specifieke achtergrond:

De gefrustreerden

De motivatie om elkaar te verstaan wordt door het gevoel van verbondenheid ingegeven. Wanneer nu die verbondenheid niet wordt gevoeld, wanneer er eerder een afkeer is, wat dan? Kinderen die in hun jeugd misbruikt zijn, kinderen die geen hechting hebben gekend, kinderen die een fundamentele angst hebben ontwikkeld en een grondig wantrouwen door mishandeling, bij die kinderen kan dat leiden tot een negatieve grondhouding ten opzichte van anderen, een houding die na een bepaalde leeftijd onomkeerbaar wordt. Ook nadien kan door negatieve sociale ervaringen zich een dergelijke achterdocht ontwikkelen. Het is dan niet onbegrijpelijk dat er in die situatie de empathie niet tot ontwikkeling komt en voorzover die er wel zou zijn, is er een reactieve emotie van ‘net goed’, contrair aan een normaal gezond mentaal reageren.¹⁹

De afwerenden

Deze groep wil een normaal empathisch invoelen met een daarbij behorend begrip voor de ander niet over zich afroepen. Dit gebeurt eenvoudig omdat begrip en medeleven dan niet stroken met de door hen gestelde doelen. Wanneer wij denken aan delinquent gedrag, dan is bijvoorbeeld de dief, in welke vorm dan ook, onderhevig aan ‘prooidenken’ en de ander is daarbij een object. Acceptabel objectdenken bestaat echter ook. Wanneer de arts of verpleegster zich inleeft in de situatie van een patiënt, die een pijnlijke ingreep moet ondergaan, dan wordt het werk onmogelijk gemaakt. Dat invoelen moet dus wel afgeweerd worden. In nog sterkere mate geldt dit voor de bestraffende ouder, die heel veel moeite moet doen om niet empathisch te zijn.

De primitieven

Wanneer een mens zich ontwikkelt van kind naar volwassene, dan verandert ook het zuiver egocentrisch denken naar begrip voor de medemens. Het is dus niet verwonderlijk dat ook de moraliteitsontwikkeling daaraan parallel loopt.²⁰ Aan aandacht, perceptie en emoties mankeert niets, maar aandacht met de intentie van identificatie kan nog niet bestaan. Boosheid van de moeder wordt emotioneel wel geregistreerd, maar van het zelf voelen van een terechte boosheid kan nog geen sprake zijn. Overigens moeten wij constateren dat ook veel fysiek volwassenen nooit geheel mentaal volwassen worden. Zij blijven in hun eigen ego steken.²¹ Ook zijn er graduele verschillen. De dispositionele empathie is bij de één groter dan bij de ander en zonder dat empirisch te onderbouwen is de uitspraak, dat oudere mensen over meer dispositionele empathie beschikken, niet al te speculatief.

In veel gevallen, waarbij er sprake is van een niet empathisch willen zijn moeten wij spreken over ‘bad’ gedrag. Zodra wij de oorzaak van het niet willen ook duidelijk achterhaald hebben,

¹⁹ Wij kunnen dat betitelen als wreedheid: een plezier in het zien lijden van anderen als agressie-uiting bij een respectmanco. Zie ook: Gilligan 2003.

²⁰ Kohlberg 1963.

²¹ Brand 2001.

kunnen wij daarover een duidelijke uitspraak doen en daaruit ook een verwachting voor toekomstig handelen afleiden.

Bij de *gefrustreerden* kan een normaal reactiepatroon niet worden verwacht en het in onze ogen ongevoelig ageren zal een blijvend karakter hebben.

De fundamentele wrok jegens de gemeenschap blijft. Het voelen van een algemene verbondenheid met anderen is onmogelijk; daarvoor is het wantrouwen te groot.

De *afwerenden* kunnen wel anders. Met de specifieke doelstelling verandert de blokkade van empathie. De dief kan een sympathiek meevoelend persoon worden, die best aan een babysit kan worden toevertrouwd. En wat de bestraffing door ouders betreft, na de terechtwijzing volgt weer het grote vertroetelen. Verder is ook de meelevendheid van de arts, na die gemene ingreep, hartverwarmend.

De *primitieven* kunnen niet anders, maar er is geen boosaardigheid in hen en voor zover zij de wet overtreden zullen wraakgevoelens bij de rechtsgenoten vaak achterwege blijven. Dat is overigens niet hetzelfde als het accepteren van hun daden, en sancties worden dan ook niet uitgesloten.

De ‘mad’-component zit voornamelijk in het niet empathisch kunnen zijn en dat komt met name voor bij een verstoring van de procesvariabelen: aandacht, perceptie en emotie.

Als u woedend bent, bent u ‘mad’, omdat woede blind maakt. Uw normale reacties zijn gestoord.

De psychopaat kent bepaalde emoties niet, en hij kan die emoties dus ook onmogelijk navoelen.

Vermoeide mensen hebben een tekort aan aandachtscapaciteit, en empathie komt derhalve gemakkelijk in de verdrukking.

Ook hierbij kunnen sancties niet achterwege blijven en zeker niet wanneer men zichzelf onnodig in die situatie heeft gebracht.²²

Waar het echter om gaat is: wat is het doel van het straffen en hoe efficiënt wordt dat toegepast. Wij komen nu tot de kern van ons betoog, en wij zullen trachten, aan de hand van deze eenvoudige vragen het ‘bad’ en ‘mad’ denken in een juridisch kader te voegen.

De plaats van gevoelens in het huidige recht

‘Indien de moeder onder werking van vrees voor de ontdekking van haar bevalling haar kind kort na de geboorte te vondeling legt of, met het oogmerk er zich van te ontdoen, verlaat, wordt de in de artikelen 256 en 257 vermelde gevangenisstraffen tot de helft verminderd en wordt de in artikel 257 vermelde geldboete tot de vierde categorie teruggebracht.’

Bovenstaand art. 259 Sr wordt genoemd als één van de weinige, waarin de wet rekening houdt met gevoelens.

Aan het feit dat het kind te vondeling werd gelegd kunnen wij vaststellen dat de vrouw verwijtbaarheid treft, eenvoudigweg omdat zij de verboden handeling heeft gepleegd. Bij ‘Erfolgshaftung’ is dat tevens het eindpunt, maar met het daderstrafrecht gaan wij nog een stapje verder. Wij zijn nu genoodzaakt om na die ‘Erfolgshaftung’ de schuldvraag te stellen. In dit geval is het duidelijk dat de vrouw de te vondeling legging ook wilde. Wij zeggen dan dat zij de daad ‘willens’ (door gevoelens = motivatie) en ‘wetens’ (cognitief = kennen van de norm) heeft begaan.

²² Het z.g. *culpa in causa* verontschuldigt de dader niet.

Motivatie is het nastreven van een doelstelling.²³ Die actiebereidheid uit zich in een fysieke dispositie. Het lichaam bereidt zich voor op die actie en wij noemen dat emotie.²⁴ In dit geval kunnen wij ons voorstellen dat de vrouw enerzijds het kind graag had willen koesteren, maar anderzijds de vernedering en de verwachte onheuse bejegening van haar omgeving niet aankon. Door dit laatste ontstaat een soort vluchtbereidheid, die wij als angst benoemen. Deze emotie is zo sterk, dat het de aandacht volkomen opsloopt en daardoor geen plaats meer biedt voor het empathisch koesteren. Zich inlevend in die toestand heeft de wetgever destijds deze situatie in een strafverminderinggrond verdisconteerd, de bevoegdheid van de rechter daarmee naar twee kanten beperkend.

Even weer terug naar Lucius Veratius. Als het goed was dan hadden er destijds in Rome twee artikelen moeten gelden, waarvan één luidende:

- *hij, die een ander een oorvijs geeft is aan het slachtoffer 25 as verschuldigd.*

Daarnaast zou het andere artikel, als verbijzondering, moeten zeggen:

- *hij, die een ander een oorvijs geeft met het uitsluitende doel hem te vernederen, is het slachtoffer een bedrag van 250 as verschuldigd.*²⁵

Het is echter begrijpelijk dat de wetgever niet in alle variaties kan voorzien en de wetsteksten zouden zo ingewikkeld worden, dat er niets meer te bewijzen viel.

Het is gewoonlijk aan de rechter om, binnen de ruimte die de wet hem laat, de achterliggende intenties te verdisconteren. Voor het uitzonderlijk geval van art. 259 Sr heeft de wetgever dit al gedaan, maar tegelijkertijd het OM opgezadeld met het aannemelijk maken van de angst voor ontdekking.²⁶

Overigens, waar komt die angst voor ontdekking van de bevalling vandaan en hangt dat ook niet samen met de persoonlijkheidsstructuur van dat meisje? Wij kunnen heel ver doorredeneren en dan op één punt uitkomen: de jonge moeder kon niet anders, ze was nu eenmaal zo geschapen. Maar dat geldt voor al het handelen, van iedereen. Uiteindelijk komen wij dus terecht op een deterministisch doodlopende weg.

Wetsteksten beschrijven daden, die maatschappelijk ongewenst zijn. Dat was vroeger dan ook het eindpunt. Aan het gevolg kon je zien dat de daad was gepleegd en de dader moest daarvoor boeten. We hebben dit al eerder daadschuld genoemd, in de veronderstelling dat Mooij dat bedoelde, toen hij oorzaakschuld onderscheidde van faalschuld en vereveningsschuld.²⁷ Wanneer wij echter naar de dader in een sociale context kijken, dan komt de term vereveningsschuld (door Mooij genoemd) beter tot zijn recht. Verevening is de term die ook Hugo de Groot gebruikte, waarmee, zoals wij gezien hebben, de vergelding en vergoeding werd bedoeld.²⁸

Laten wij ons eens dieper buigen over die verevening. Het is duidelijk dat daarin toch de grondslag ligt voor het sanctiebeleid.

Over de vergoeding kunnen wij kort zijn. De vaststelling daarvan is een zuiver rationele aangelegenheid, die veel te maken heeft met de *Erfolgshaftung*. Er is schade en wie moet die schade dragen? Degene, die de schade heeft veroorzaakt; dat is redelijk. Daar komen geen gevoelens aan te pas.

²³ Er is altijd sprake van een hiërarchie van doelstellingen, uiteindelijk uitmondend in een hoogste doelstelling. Zie ook Carver & Scheier 2000, p.391, betreffende de piramide van Maslow.

²⁴ Bekend is bijvoorbeeld de productie van adrenaline. Wij registreren die lichaamssituatie en benoemen die bijvoorbeeld, onder invloed van de omstandigheden, als angst. Zie: Frijda 1999.

²⁵ De redactie is juridisch zeer aanvechtbaar, het gaat hier echter om de strekking.

²⁶ Hier zien we een probleem met gevoelens in het recht. Zijn die te bewijzen?

²⁷ Mooij 1998, p.57, Hugo de Groot, *Inleidinge tot de Hollandse Rechtsgeleerdheid* 3,32,3-10.

²⁸ Het is vaak niet gemakkelijk de poenale component van de reïpersequoïre te scheiden.

De vergelding is een andere zaak. Onze wraakgevoelens hangen echter samen met de boosaardigheid van de dader, de 'bad' kwalificatie.²⁹

Een voorbeeld. U rijdt met uw auto in een file en een medeweggebruiker van links dringt zich voor u. Hij snijdt. Ervaren als u bent, voorkomt u erger. Op het ogenblik zelf denkt u, in woede: 'lelijke voordringer', maar even later erkent u bij uzelf, dat u ook wel eens, stom genoeg, pas op het laatste ogenblik ziet dat u op de rechterbaan moet zijn. U vergeet het voorval.

In de tweede situatie krijgt u te maken met hetzelfde ongemak, dat u dus ook weer oplost. Nu is het echter anders, want de veroorzaker had u gesneden om er zelf beter van te worden. Hij boekte tijdwinst door zo lang mogelijk links te blijven rijden, uw problemen daarbij aan zijn laars lappend. Nu gieren wraakgevoelens door u heen. U zou het hem 'betaald' willen zetten. Ook later, wanneer u aan het voorval denkt, kunt u weer kwaad worden.

Er blijkt dus verschil te bestaan tussen beide situaties, die met *Erfolgshaftung* niet aan de orde komt. Een camera zou in beide gevallen hetzelfde geconstateerd hebben. In het eerste geval werd er echter een stukje vrijheid van u door een ander gebruikt omdat hij dat echt nodig had. Hij zat in nood. U, zichzelf verplaatsend in zijn situatie, kon die motivatie (= gevoelens) billijken. In het tweede geval voelt u zich misbruikt en vernederd. Het gebrek aan respect doet uw agressie opborrelen³⁰. Uw zelfrespect, dat voor een groot deel door anderen wordt gevestigd, is aangetast en dat kan niemand verdragen. De tweede tussendringer had er totaal geen boodschap aan hoe u zijn minachting zou aanvoelen. Het enige, wat nog verschil zou kunnen maken is of u hem moet kwalificeren als 'primitief', hij kan (nog) niet beter, of als 'afwerend', een geval van egoïsme. Hij wil zichzelf niet met u identificeren ofwel zich niet in u verplaatsen. (De 'net goed' denkwijze van een gefrustreerde en getraumatiseerde weggebruiker ligt niet zo voor de hand, maar ook dat kan heel goed.)

Nog even terug naar de eerste tussendringer; hoe was het met zijn empathie gesteld? Met een beetje fantasie kunnen wij ons voorstellen dat hij heeft aangevoeld dat degene die hij ging snijden dat als zeer vervelend zou ervaren, en dat zou uitmonden in een spijtgevoel. Door de noodzaak gedreven zou dit echter niet opwegen tegen het grote belang dat voor hem op het spel stond. Het in onmacht zijn hand opsteken is dan het non-verbale teken van zijn verontschuldiging en dus ook van zijn empathie.

Waar toe leiden ons nu deze speculaties. Wat moeten wij er mee. In hoeverre zijn ze juridisch relevant.

Laten wij allereerst vaststellen, dat ons rechtsgevoel er in ieder geval mee te maken heeft, anders zouden wij niet zo emotioneel reageren op niet-empathisch gedrag.

Laten wij verder ook vaststellen dat de wet daar maar oppervlakkig recht aan doet. Het onvermogen om in regels te anticiperen op alle situaties verplaatst het oordeel over terechte wraakgevoelens naar de rechter.

Hoe sporen wij de aard van empathie problemen op en wat heeft deze analyse dan als waarde voor het oordeels- en sanctiebeleid?

Wij beginnen met het eerste.

Volgens het canoniek recht begint het strafrechtsproces met een spijtbetuiging van de dader.

Wordt die spijt betuigd, dan ligt de weg naar vergoeding en boetedoening volledig open.

Het Japanse strafrechtstelsel is hier op gebaseerd. Zonder een schriftelijke verklaring van het slachtoffer dat 'verevening' heeft plaatsgevonden, worden zeer zware sancties opgelegd.

²⁹ Boosaardigheid roept vrees op en bij deze emotie zal de keus tussen vechten of vluchten doorgaans op de eerste vallen. Dit uit zich in agressie, de ander leed toevoegen. In dit geval heet dat wraak en het heeft in zoverre met het verleden te maken, dat daar de boosaardigheid is gebleken. De agressie 'wraak' zelf is actueel.

³⁰ Gilligan 2003.

In het moderne strafrecht zullen wij het echter moeten doen met de kwalificatie van de dader in termen van 'bad' en 'mad'. Daarbij kunnen wij de niet-spijtbetruigende dader niet verbannen of excommuniceren. Wij zullen ons dus moeten beraden hoe daarmee om te gaan.³¹

'Bad' is het niet empathisch willen zijn of contraire reacties vertonen. Ook nu weer lopen de zaken behoorlijk door elkaar heen. De afwerenden, die eigen gewin nastreven zijn duidelijk 'bad'. Bij de gefrustreerden is doorgaans een 'verknijpt' brein de oorzaak, maar daar wordt het voor de samenleving niet anders van. Ze blijven 'bad' en voor zover daar geen remedie voor is, kan alleen door een rationeel inzicht van de delinquent nog iets worden gered. Dat kan een pijnlijk proces worden, maar de samenleving zal dan zelf afwerend moeten zijn, want zachte dokters maken stinkende wonden. De primitieven moeten nog leren en wanneer dat niet via de natuurlijke weg kan, lukt dat misschien door training. Spelers die geen gevoel hebben voor de spelregels, kan dat gevoel wellicht worden bijgebracht. Net als kinderen zullen zij dat leerproces wel accepteren.

Incidenteel niet empathisch kunnen zijn, blijkt doorgaans uit een oprechte spijtbetruiging. Verevening is hier goed mogelijk.

Wij zullen nu proberen wat praktischer te zijn om het empathieschema te verduidelijken.

Voorbeeld

Nogmaals het voorbeeld van de snijdende auto. Voorbeelden gaan vaak mank, maar wij wagen het erop.

Wij zullen de situatie, waarin de automobilist zich in de file wrong dus als testcase gebruiken.

De verschillende groeperingen van empathiegebreken,

- structureel, zoals de gefrustreerden, de afwerenden (egoïsten), de primitieven en
- incidenteel, de mensen met een aandachtstekort of sterk geëmotioneerd,

zullen dan in die situatie worden gesubstitueerd.

Wij willen daarmee bereiken dat :

- het doel van het straffen nogmaals ter discussie komt en dat de bestraffing aan dat doel wordt aangepast
- er een begrip ontstaat voor gradaties in boosaardigheid;
- de strafmaat wordt gerelateerd aan de boosheid van de daad of dader;
- het inzicht wordt gevormd dat een spijtbetruiging het incidentele karakter van de daad aangeeft.

Verder moet duidelijk worden dat de boosaardigheid van de dader evenredig is met de vrees van de potentiële slachtoffers.³² Die vrees voor de dader uit zich dan in agressie, in dit geval vergelding.

Wij zullen telkens de vraag stellen: *'Waarom sneed je mij ?'*

Allereerst zullen wij ons bezighouden met de structurele empathietekorten.

De gefrustreerden

Het antwoord op de vraag *'waarom sneed je mij'* kan luiden: *'Ik word zelf zo vaak gesneden'*.

³¹ Daarbij ons realiserend dat we de foute intentie van de dader, zoals essentieel in het canonieke recht, overbelichten.

³² Boosaardigheid, anders dan drift, veronderstelt continuïteit, in het strafrecht recidivekans genoemd.

Op de opmerking dat dit dan toch geen reden is om dat dan ook te doen, kan het antwoord worden verwacht: *'Kunnen ze zelf eens nagaan hoe dat is'*.

Er is geen spijt. Er is duidelijk wrok. Waren ze, op het ogenblik van het snijden, zich bewust van de onaangenaamheid van hun daad, dan kon ze dat niets schelen (laakbaar) of ze hadden daar zelfs plezier in (laakbaarder). Herhaling kan worden verwacht.

Een dergelijke houding is bedreigend omdat deze groep, zodra zij de macht daartoe hebben (in dit geval was dat de macht van een auto) deze macht zullen gebruiken.

Heeft straffen zin om herhaling of wellicht zelfs erger te voorkomen?

Dit hangt er vanaf of de gefrustreerde deze geesteshouding in de jeugd heeft opgelopen en daardoor voor het leven beschadigd is, of dat latere sociale achterstelling tot die houding heeft geleid.

Kennen wij een oorzaak, dan zullen misschien onze wraakgevoelens omslaan in medelijden. Wij zijn zelf immers wel normaal empathisch. Er blijft echter de dreiging en dat vraagt om een antwoord. Individuele afschrikking is dan het enig mogelijke en hardere straffen of maatregelen, naarmate de boosaardigheid groter is, ligt voor de hand. Macht is immers de taal die goed wordt verstaan. Ook hier zal een gevangenispopulatie alleen maar een klankbord voor de vermeende miskenning zijn. Opsluiting is dus beslist geen optie. Normen leren als een discipline kan met discipline worden aangeleerd, een methode die in opvoedingskampen wordt toegepast.³³ Dat zou een mogelijkheid zijn. Geheel bevredigend is echter geen enkele bekende oplossing. Met het stijgen van de leeftijd vermindert wel het gevaar.

De egoïsten

Hun antwoord kan zijn: *'Ik had haast'*. Anderen zijn door deze houding geen subject maar object. Zij kunnen worden gebruikt om de eigen doeleinden te realiseren. Er is geen sprake van empathie en ook niet van spijt.

Deze rationele instelling vraagt om een rationeel antwoord. Alle schade moet worden verhaald via een civilisering van het strafrecht. Voor zover de pakkans kleiner is dan één, moet een opslag worden toegepast. Bij deze aanpak moeten gevoelens worden buitengesloten en zuiver rationeel te werk worden gegaan.

De mentaliteit van de egoïsten zal niet veranderen, maar herhaling zal toch door een straffe vordering worden tegengewerkt. Als calculators zijn ze daar gevoelig voor.

De primitieven

'Waarom zoveel drukte om één auto meer voor je?' Dat zou het antwoord van de jeugdige automobilist kunnen zijn. Hij heeft er nog geen idee van, dat het voordringen emotioneel meer betekent voor de gesneden automobilist dan een fractie tijdverlies. Hij heeft zich niet in diens toestand verplaatst. Dat zou blijken als je hem dwong zich als de voorgedrongene voor te stellen. Hij zou zich dan mogelijk realiseren dat de ander behoorlijk aangeslagen kan zijn. Wellicht kan daarna zelfs spijt worden betoond.

Hoe boosaardig is een dergelijk gedrag? Nauwelijks, zou je kunnen zeggen. Wij hebben dan de neiging om opvoedend te reageren, en wij weten dat empathie ook aangeleerd kan worden. In ernstige gevallen zou een eis kunnen zijn om een empathietrainingsprogramma te ondergaan.³⁴

Wanneer echter de primitieve een leeftijd heeft bereikt dat de normen al lang geïnternaliseerd zouden moeten zijn, dat het aanvoelen van de norm uit het normale natuurlijke gedrag moet blijken, dan wordt het vervelender. De volwassen samenleving mag zijn verwachtingen op een empathisch gedrag baseren en dit is voor een toch nog vrij grote groep mensen mentaal

³³ Dit heeft inderdaad een ongunstige klank, maar effectief is het wel.

³⁴ Van Outsem 2001.

niet mogelijk. Een correctie is dan zeker op zijn plaats. Erg boosaardig is het gedrag echter nog steeds niet, wel bijzonder hinderlijk.

Wij stappen nu over naar de incidentele empathietekorten, zoals gebrek aan aandacht, heftige emoties of verkeerde percepties.

Gebrek aan aandacht

De reactie op de vraag over het waarom van het snijden zou nu kunnen zijn: *'Heb ik u gesneden? Sorry hoor, maar ik zag ineens het bord en ik was daar zo op geconcentreerd, dat ik me niet gerealiseerd heb wat ik deed'*.

De spijtbetuiging is essentieel bij de incidentele empathiegebreken. De snijdende automobilist realiseert zich in dat geval onmiddellijk zijn tekortkoming. Een soort achteraf empathische reactie.

Is dit een slecht mens? Uiteraard niet, althans niet daarom. Wel blijft het een misstap en boetedoening bevrijdt hem van een schuldgevoel. Sorry is in dit geval voldoende.

Wij hebben hier de duidelijke aanpak van het canonieke recht, dat er vanuit gaat dat een misstap ook een misstap jegens God betekent. De zonde kan dan alleen worden vergeven bij berouw en boetedoening. Ook kinderen vallen onder dit regiem, maar de intentie van de kerk is dan meer een opvoedende, minder een verwijtende.

Emotionele remming

Een mogelijk antwoord is nu: *'Ik was woedend omdat alles me onderweg al tegen zat. Het kon me allemaal geen lor meer schelen'*. Geconfronteerd met de gesneden en weer terug in normale doen zal de reactie verder verontschuldiging zijn. Een gevaarlijk aandoend mens? Nee, begrip en verbondenheid na de spijtbetuiging. Het feest van de herkenning en erkenning van deze menselijke zwakheid.

Incidentele empathieverstoringen zijn er nog veel meer, maar het zou wat krampachtig worden om daar ook nog verhaaltjes bij te verzinnen. De gebruikte voorbeelden moeten de bedoeling inmiddels hebben overgebracht.

Nieuwe taak rechterlijke macht

Wanneer wij ernst willen maken met een daderstrafrecht dan zullen accenten anders moeten worden gelegd en een gedifferentieerd beleid moeten worden gekozen.

Met behulp van empathie als instrument voor het achterhalen van motieven bij delinquent gedrag, kunnen wij die differentiatievorm geven.

De taak van de rechter zal dan moeten worden uitgebreid, waarbij de hulp van en samenwerking met gedragsdeskundigen de realisatie mogelijk moet maken.

Dezen kunnen hulp bieden bij het vaststellen van de boosaardigheid en het al of niet structurele karakter daarvan (de recidivekans), alsmede ten aanzien van methoden ter heling van tekortkomingen in mentaliteit en normbesef.

Wij zullen nu deze vernieuwde rechterlijke taken bespreken, waarbij wordt verwezen naar de schematische indeling van empathiegebreken.

De volgende taken kunnen dan worden onderscheiden:

- Het bestraffen en opleggen van maatregelen aan gefrustreerde delinquenten;
- *Restorative justice* bij egoïstische delinquenten;

- *Therapeutic jurisprudence* voor delinquenten met een incidenteel empathietekort en eventueel voor de primitieven.

De tot dusver gevolgde groepsindeling in gefrustreerden, afwerenden (egoïsten), primitieven en, incidenteel, mensen met tijdelijke empathietekorten, is te simplistisch. Zo zal in veel gevallen het crimineel gedrag in meer dan één groep moeten worden ondergebracht. De terrorist bijvoorbeeld is een egoïst, die zich afweert van een empathisch meevoelen met zijn slachtoffers. Deze worden aan zijn doeleinden, als objecten, opgeofferd. Daarnaast zal deze delinquent ook vaak gefrustreerd zijn en met wrok de samenleving bekijken. Niet zelden bevinden zich zelfs tussen hen lieden die plezier ontlenen aan hun destructieve werk. Wij kwalificeerden dat als een hoge recidive- en gevarenklasse.

Met de reserve van deze te theoretisch getinte groepsstilerings dient dus het onderstaande schema te worden gelezen.

Gefrustreerde criminelen

Deze vormen een gevaar voor de samenleving en een antwoord daarop is niet eenvoudig. Ernstige gevallen, die naast het predikaat 'bad' ook het predikaat 'mad' krijgen, kunnen los van de samenleving, via TBS, worden gecorrigeerd. Nu wij geen uitstoting of verbanning meer kennen, wordt het TBS instituut met '*long stay*' voor delinquenten met een structureel empathietekort, als zodanig aangewend. Met straf als individuele preventie, maar vooral door maatregelen, die op een indringende wijze normdiscipline aanleren, kan de rechter proberen een deel van de gevaarstelling in te dammen. Gevangenisstraffen is een ultimum non-remedium en in feite een gebaar van machteloosheid. Alleen een tijdelijk onschadelijk maken wordt daarmee bereikt.

De afwerenden (egoïsten)

Restorative justice betekent niet alleen het vergoeden van de materiële schade, maar ook van de emotionele schade. Dat laatste kan vaak alleen worden bereikt door de dader in de ogen te kijken en te constateren dat angst voor de onpersoonlijke dreiging onnodig was.³⁵

In Japan riskeert de dader een zware straf wanneer hij niet met een schriftelijke verklaring, dat hij met het slachtoffer tot verevening is gekomen, bij de rechter komt. Van een echte spijtbetuinging kunnen wij uiteraard niet zeker zijn, maar de afhankelijkheid van de dader van het slachtoffer neemt al veel van de onbemoemde angst en emotionele schade bij dat slachtoffer weg.

Vaak is het bijzonder lucratief voor de crimineel om een delict te plegen, omdat de pakkans zo klein is dat het gewin ruimschoots daartegen opweegt. Dat voordeel moet worden gecompenseerd met een hogere vergoeding.³⁶

Toepassen van strafrecht is doorgaans zinloos en economisch onaantrekkelijk. Bovendien zal de opslag op de vergoeding een zekere afschrikking veroorzaken. Blijft de problematiek van de invordering van het geldbedrag. In dit geval dat dit onmogelijk is zal dwangarbeid opnieuw overwogen moeten worden en dat ondanks de vele problemen die daaraan kleven. Wel moet het te betalen bedrag menselijk blijven. Een maximatie in jaren schuldaflossing kan hier eenvoudig worden toegepast.

Wat vooral vermeden moet worden is wraak. Tegenover dit rationeel deviant handelen moeten geen gevoelens worden ingezet, slechts koele calculatie. Bij de verevening of retributie moet alleen het aspect vergoeding een rol spelen, - niet vergelding.

³⁵ Mediation is daarvoor een mogelijkheid.

³⁶ Ook in het Romeins recht kende men verhogingen van twee tot viervoud. Kaser & Wubbe 1971, p.243.

Wel moet er oog zijn voor de slachtoffers. De emotionele schade aan hen toegebracht moet worden verlicht. Dit is een gemeenschapstaak, voor zover in een één op één verhouding via confrontatie (*mediation*) geen verlichting mogelijk is.

De primitieven

Ons jeugdstrafrecht is al zeer dadergericht. Ouders brengen kinderen normen bij, maar empathisch denken moet zich ontwikkelen. Eerst zal het kind normen volgen, omdat degenen die hem veiligheid en geborgenheid bieden, dat graag willen. Uiteindelijk zullen ze echter afstand nemen van zichzelf en in staat zijn om zich in de plaats van anderen te stellen. Eerst dan worden de normen en waarden geïnternaliseerd.

Delinquent gedrag van kinderen blijft echter hinderlijk, maar in een volwassen maatschappij dienen wraakgevoelens jegens kinderen geen plaats te hebben. De ingreep die wel noodzakelijk zou kunnen zijn, zeker als de voorbeeldfunctie van opvoeders te kort schiet, is om op dit vlak ondersteuning te bieden. Dit oordeel kan gerust aan de kinderrechter worden overgelaten. Wel zou deze, in navolging van de *Problem Solving Courts*, de regie in een strenge, no-nonsense aanpak, stevig in handen moeten houden. Erikson heeft aangetoond dat de stadia, die kinderen in hun ontwikkeling doorlopen, beïnvloed kunnen worden.³⁷ Bij een zekere leeftijd zal een empathietraining zeker zinvol kunnen zijn.

Problematischer is het kindgedrag van veel ouderen. Zij zijn achtergebleven in hun normontwikkeling, wat zich ook uit in een beperkt empathisch invoelen. Ze zijn egocentrischer dan je van ouderen zou verwachten. Dat is 'mad' maar niet 'bad'. In het algemeen kunnen het vrolijke en spontane mensen zijn, maar delinquentie komt ook voor. In zijn zeer lezenswaardige dissertatie heeft Brand³⁸ een lans gebroken voor het verdisconteren van dit mentaal achterblijven bij rechterlijke uitspraken. Hoewel onderzoek nog zal moeten uitwijzen in hoeverre ook hier een stadiumverschuiving geforceerd kan worden, lijkt nu al een empathietraining heilzaam te kunnen zijn. Doorgaans zullen delinquenten uit deze groep niet tegenwerken. Op zichzelf zit in primitief gedrag geen boosaardigheid.

De incidentele oorzaak van delinquentie

Wanneer wij bekijken welke specialisaties in de USA bij de *Problem Solving Courts* voorkomen, dan blijkt aandachtstekort en emotionaliteit vaak de grondredenen van het deviant gedrag uit te maken. Er heeft geen empathische overdracht plaatsgevonden omdat de dader door emoties was 'overmand'. Ook kan het zijn dat alle aandacht door een bepaalde fixatie werd opgeslorpt. Niet zelden is delinquent gedrag aan het gebruik van alcohol of drugs te wijten. Even zovele malen is er een oprechte spijtbetuiging achteraf.

Wij kunnen daarbij denken aan de *Domestic Violence Courts* waar de mishandelende vader zelf niet begrijpt hoe hij zich zo kon vergeten. Aan zijn liefde voor vrouw en kinderen behoef je niet te twijfelen en als empathie ergens werkt, dan is het wel met de maximaal isomorfe gezinsleden.

Ook hier is het weer belangrijk te achterhalen hoe labiel de dader is en onder welke omstandigheden hij zo verandert. Verdwijnt zijn empathie onmiddellijk ten gevolge van alcohol?

Bij drugs zijn de hedonische behoeften zo groot dat deze drive alle aandacht opeist. Er blijft dan geen plaats voor een gevoelsoriëntatie op anderen. De *Drug Courts* houden zich daarmee bezig en ook hier is het belangrijk te weten hoe groot de 'mad'-component is ten opzichte van het 'bad'. Hoe normaal is de dispositionele empathie?

³⁷ Shaffer 2002, p.42.

³⁸ Brand 2001.

De *Family Courts* hebben weer een heel andere taak. Bij deze instellingen gaat het om de mishandeling en verwaarlozing van kinderen. Hier zou de empathie maximaal moeten zijn en het is dus voor zowel de rechter als de behandelaars heel belangrijk waarom deze werd verstoord. Is dit structureel of incidenteel en wat ligt daaraan ten grondslag.

Bij de *Community Courts* wordt via *reintegrative shaming* een reparatie tussen dader en slachtoffer en/of buurtgemeenschap voorgestaan. Schaamte en spijt liggen in hetzelfde vlak en spijt duidt, zoals wij hebben gezien, op een incidenteel empathiedefect. Ook hier speelt het hoe en waarom.

In de volgende paragraaf zullen wij een methode voorstellen die redelijk trefzeker de dispositionele empathie en de individuele kwetsbaarheid daarin laat zien. Het 'laten zien' moeten wij in dit geval letterlijk nemen.

Meetmethode

Empathieprocessen gaan gepaard met emoties. Het verplaatsen in de gevoelens van een ander geeft een parallelle emotie, gevolgd door de eigen reactieve emotie van de waarnemer. Emoties kunnen worden gemeten, omdat ze zich manifesteren als een fysieke voorbereiding van het lichaam op een actie. Verhoging van de bloeddruk, spierspanning, hartritme, huidgeleiding, het zijn alle fysieke grootheden, die ogenblikkelijk bepaald kunnen worden. Dit is één van de peilers van de voor te stellen empathieanalyse.

De andere peiler is geïnspireerd op de '*Thematic Apperception Test*' van Murray, die inhoudt dat aan de hand van opstellen, geschreven door de te analyseren persoon naar aanleiding van een plaatje, motieven achterhaald kunnen worden.³⁹

De combinatie van beide uitgangspunten leidt tot een methode waarbij de proefpersoon continu wordt gemeten aan één of meerdere van de bovengenoemde fysieke variabelen, - terwijl hij filmbeelden bekijkt.

Die filmbeelden kunnen een inleving oproepen en het al of niet reageren wordt geregistreerd. Via brainstorming en experimenten moeten situaties in filmscènes worden vastgelegd, die voldoende onderscheidend vermogen hebben.

In de gelijkenis van de barmhartige Samaritaan zullen de verschillende passanten angst respectievelijk onverschilligheid of medeleven hebben gevoeld. De karakteristieken van deze emoties moeten fysiek te onderscheiden zijn.

Een bibliotheek van filmfragmenten moet de onderzoeker in staat stellen om de intenties van in het verleden beleefde situaties weer bij de proefpersoon op te roepen. Op die wijze kunnen empathieverstoreningen worden opgemerkt en met andere filmfragmenten eventueel nader worden geanalyseerd.

Het is een uitdagende opdracht om via deze weg een bijdrage te leveren aan oordeelsresultaten van gedragsdeskundigen en rechters. Met deze methode wordt het nadeel van de manipuleerbaarheid van vragenlijsten voorkomen. De gevoelens worden direct zichtbaar gemaakt en het is niet ondenkbaar dat de combinatie van alle signalen als een encefalogram gelezen kan worden.

Wanneer wij nogmaals teruggaan naar het uitgangspunt, dat zegt dat empathie als onderscheidend voor moreel handelen is te beschouwen, dan kan een dergelijke meting, uitgevoerd onder tal van omstandigheden, uitsluitsel geven over het morele gehalte van de proefpersoon. 'Bad' en 'mad' componenten worden zichtbaar en recidive kan trefzekerder worden voorspeld.

³⁹ Murray 1938.

Het belangrijkste van dit onderzoek zal echter de informatie vormen voor een mogelijke behandeling, een doelstelling die in de *'Problem Solving Courts'* wordt nagestreefd en die de discretionaire bevoegdheid van de rechterlijke macht heel zinvol uitbreidt. Dat daarbij gewerkt moet worden met een team van ondersteunende gedragsdeskundigen, maakt de zorgvuldigheid van het oordeel alleen maar groter.

Samenvatting en conclusies

In dit geschrift werd een instrument geïntroduceerd dat het mogelijk maakt een verdere stap te zetten in de ontwikkeling van daadstrafrecht naar daderstrafrecht, de empathiemeting.

Met dit instrument is het mogelijk om de intenties en motivaties van delinquenten te achterhalen. Die intenties en motivaties kunnen boosaardig zijn. Het criterium van 'bad' is een gebrek aan empathie. Empathie wordt daarbij gedefinieerd als *'het verlangen de ander gevoelsmatig te verstaan'*. Het blijkt dat het gebrek aan empathie structureel kan zijn, waarbij wij dan spreken van boosaardigheid, het 'bad'. Incidentele tekorten aan empathie komen vaker voor en de achtergrond van deze gebreken wordt als procesverstoring van empathie verklaard. Deze delinquenten zijn niet echt 'bad' maar eerder tijdelijk 'mad' en de mogelijkheden voor correctie zijn volop aanwezig.

In de *Problem Solving Courts* van de USA wordt in veel van die gevallen afgezien van vervolging in ruil voor het ondergaan van training: *therapeutic jurisprudence*.

Daarnaast kan recht worden gedaan aan slachtoffers door *restorative justice*, waarbij de emotionele schade met *mediation* beperkt kan worden.

De structureel empathielozen vormen strafrechtelijk een veel groter probleem. Er wordt onderscheid gemaakt tussen *gefrustreerden*, *egoïsten* en *primitieven*. Voor de gefrustreerden wordt een harde hand voorgestaan die via discipline normovereenkomstig gedrag aanleert. Afschrikking door gevangenisstraffen wordt als contraproductief gezien, trainingfaciliteiten lijken een beter perspectief.

De *egoïsten* moeten rationeel worden benaderd, waarbij door vergoeding, eventueel vermeerderd met een opslag, als compensatie voor de pakkans, de lust tot herhaling wordt getemperd. Voor wraakgevoelens is hier geen plaats.

De *primitieven* kunnen worden gestraft, waarbij rekening wordt gehouden met hun onvermogen om volledig empathisch te zijn. Eventueel kan een maatregel tot het volgen van empathietraining worden opgelegd.

Om de rechter te ondersteunen bij het invullen van zijn (uitgebreide) bevoegdheden zullen gedragsdeskundigen het empathisch gehalte, alsmede intenties en motivaties van de verdachte, ten behoeve van het oordelen, moeten onderzoeken.

Er werd daarvoor een methode voorgesteld, die snel en objectief, die empathische gesteldheid, onder verschillende situaties, meet. De uitwerking van dat idee wordt aanbevolen.

* Jurist, directielid beursgenoteerde onderneming i.r.

** Hoogleraar Forensische Psychiatrie Universiteit van Tilburg, 2003/2004 gasthoogleraar Radboud Universiteit Nijmegen.

Empathie en strafrecht

Aangehaalde en geraadpleegde literatuur.

Bader 2003

C.G.Bader, "'Forgive me victim for I have sinned': why repentance and the criminal justice system do not mix – a lesson from Jewish law', *Fordham Urban Law Journal*, Nov 2003, p. 69-98.

Batson 1991

C.Daniel Batson, *The Altruism Question*, Hillsdale, N.Y.:Lawrence Erlbaum 1991.

Ben Ze'ev 2000

Aaron Ben-Ze'ev, *The Subtlety of Emotions*, Massachusetts: MIT Press 2000.

Blair 2001

R.J.R.Blair, 'Neurocognitive models of aggression, the antisocial personality disorders, and psychopathy', *Journal of Neurology, Neurosurgery and Psychiatry* Dec 2001.

Blom-Cooper 1988

L.Blom-Cooper, *The penalty of imprisonment*, London: Prison Reform Trust 1988.

Brand 2001

E.J.P.Brand, *Het persoonlijkheidsonderzoek in het strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001.

Carlson e.a. 2000

Carlson, Neil.R e.a., *Psychology, The Science of Behaviour*, Harlow: Pearson Education 2000.

Carver & Scheier 2000

C.S.Carver & M.F.Scheier, *Perspectives on personality*, Needham Heights: Allyn & Bacon 2000.

Davis 1994

Mark H.Davis, *Empathy, a Social Psychological approach*, Madison, Wis.: Brown and Benchmark 1994.

De Monté Verloren & Spruit 1972

J.Ph. De Monté Verloren & J.E.Spruit, *Hoofdlijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse omwenteling*, Deventer: Kluwer 1972.

Derksen 1993

J.J.L.Derksen, *Handboek persoonlijkheidsstoornissen*, Utrecht: De Tijdstroom 1993.
DSM-IV, International Version with ICD-10 Codes, Washington DC.: American Psychiatric Association 1995.

Fagan & Malkin 2003

J.Fagan & V.Malkin, 'Theorizing community justice through community courts', *Fordham Urban Law Journal*, March 2003, p.897-954.

Feenstra 1982

R.Feenstra, *Vergelding en vergoeding, Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1982.

Feldman 2001

R.S.Feldman, *Social psychology*, New Jersey: Prentice-Hall 2001.

Forgas (red) 2001

J.P.Forgas (red), *Feeling and Thinking, The role of affect in social Cognition*, Cambridge University Press 2001.

Frijda 1999

- N.H.Frijda, *De emoties*, Amsterdam: Bert Bakker 1999.
- Gazzaniga e.a. 1998
Gazzaniga Michael S. e.a., *Cognitive Neuroscience*, New York: Norton 1998.
- Gilligan 2003
J.Gilligan, 'Shame, guilt, and violence', *Social Research*, winter 2003, p. 1149-1182.
- Goleman 1999
Daniel Goleman, *Emotionele intelligentie*, Olympus 1999.
- Hare 1999
Robert D.Hare, *Without Conscience, The disturbing World of Psychopaths among us*, New York, The Guilford Press, 1993, 1999.
- Harris 1997
J.W.Harris, *Legal Philosophies*, London: Butterworths 1997.
- Hellwege 2003
J.Hellwege, 'Comprehensive law' makes the case for a kinder, gentler law practice', *Trial* April 2003, p.12-16.
- Hurd & Moore
H.M.Hurd & M.S.Moore, 'Punishing hatred and prejudice', *Stanford Law Review*, April 2004, p.108-174.
- Jones 2003
M.Jones, 'Overcoming the myth of free will in criminal law: the true impact of genetic revolution', *Duke Law Journal*, March 2003, p.103-126.
- Kalat 1996
J.W.Kalat, *Biological psychology*, Pacific Grove: Brooks/Cole Publishing Company 1996.
- Kaser & Wubbe
M.Kaser & F.B.J.Wubbe, *Romeins privaatrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1971.
- Kenrick e.a. (red) 2002
D.T.Kenrick e.a. (red), *Social psychology, Unravelling the mystery*, Boston: Allyn & Bacon 2002.
- Koops & Slot (red) 1998
W.Koops & W.Slot (red), *Van lastig tot misdadig, Een ontwikkelingsbenadering van lastige kinderen en adolescenten: diagnostiek, behandeling en beleid*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 1998.
- LeDoux 1999
J.LeDoux, *The emotional brain*, London: Phoenix 1999.
- Lissenberg e.a. (red) 2001
E.Lissenberg e.a. (red), *Tegen de regels IV, Een inleiding in de criminologie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001.
- McCoy 2003
C.McCoy 2003, 'The politics of problem-solving: an overview of the origins and development of therapeutic courts', *American Criminal Law Review*, Fall 2003, p.1513-1535.
- Moir & Jessel 1996
Anne Moir, David Jessel, *Geboren misdadigers*, Utrecht: Kosmos 1996.
- Mooij 1998
Antoine Mooij, *Psychiatrie, recht en de menselijke maat*, Amsterdam: Boom 1998.
- Murray 1938
H.A.Murray, *Explorations in personality*, New York: Oxford University Press 1938.
- Nadis 1995
Steve Nadis, 'Utter amorality: can psychopaths feel emotions?', *Omni* Winter 1995.
- Nolan 2003

- J.L.Nolan Jr, 'Redefining criminal courts: problem-solving and the meaning of justice', *American Criminal Law Review*, Fall 2003, p.1541-1579.
- O'Brian & Frick 1996
Bridget S.O'Brian, Paul J.Frick, 'Reward dominance: associations with anxiety, conduct problems, and psychopathy in children', *Journal of Abnormal Child Psychology* April 1996.
- Oei & Kalmthout 1997
T.I.Oei en A.M.van Kalmthout, *Psychiatrie & Justitiabelen*, Deventer: Gouda Quint 1997.
- Oei & Groenhuijsen 2000.
T.I.Oei en M.S.Groenhuijsen, *Forensische Psychiatrie anno 2000, Actuele ontwikkelingen in breed perspectief*, Deventer: Gouda Quint 2000.
- Parrott (red) 2001
W.G.Parrott, *Emotions in social psychology*, Philadelphia: Psychology Press 2001.
- Richman 2003
D.Richman, 'Professional identity: comment on Simon', *American Criminal Law Review* Fall 2003, p.1609-1616.
- Shaffer 2002
David R.Shaffer, *Developmental Psychology, Childhood and Adolescence*, Belmont, Wadsworth/Thomson Learning, 2002.
- Silk 1998
Kenneth R.Silk, *Biology of Personality Disorders*, Washington DC: American Psychiatric Press 1998.
- Van Dijk e.a.1998
J.J.M.van Dijk e.a., *Actuele criminologie*, Lelystad: Vermande 1998.
- Van Ree 1997
Frank van Ree, *Complete psychiatrie: een pleidooi: natuurwetenschap en empathie in de psychiatrie*, Lisse: Swets & Zeitlinger 1997.
- Vandereycken 1997
W.Vandereycken, *Handboek psychopathologie, ontwikkelingen*, deel 2, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 1997.
- Van Outsem
R.E.Van Outsem, 'Meevoelen voor beginners en gevorderden: empathie en Empathietraining', *Proces, tijdschrift voor berechting en reclassering*, 2001-5/6, p.76-81.
- Winick 2003
B.J.Winick, 'Therapeutic jurisprudence and problem solving courts', *Fordham Urban Law Journal*, March 2003, p.1055-1091.