
BEROEPSMISDAAD EN STRAFVERGELDING IN 'T LICHT DER WETSIDEE

EEN BIJDRAGE TOT DE DOGMATIEK VAN DE BEROEPS-
MISDAAD DE LEGE FERENDA

DOOR

PROF. DR. H. DOOYEWEERD.

I.

Niemand, die zich ook maar eenigszins dieper met de geweldige vragen van het strafrecht heeft beziggehouden, heeft zich kunnen onttrekken aan den indruk van het innig verband, waarin vooral deze tak der rechtswetenschap staat met de wijsbegeerte des rechts. Wel heeft de positivistische wetenschapsrichting ook op dit domein de vaan der neutraliteit ontplooid en gepoogd allen invloed der levens- en wereldbeschouwing uit te schakelen met de zoo verlokkenleuze: wetenschap binnen de grenzen der ervaring! Doch zie, wat overigens over de geheele linie scheen te gelukken, sloeg fiasco op het gebied van het strafrecht: de strijd over de grondslagen van het strafrecht golfde aan alle zijden over de grenzen der positieve wetenschap heen, bleef de dogmatiek machtig beroeren en liet zelfs den meest nuchteren practischen jurist geen rust. Vervallen verklaard van kroon en troon op het gebied van het positieve burgerlijk recht, het staatsrecht en zelfs het volkenrecht, naar men meende om hals gebracht door den modernen geest van het exact wetenschappelijk onderzoek, wreekte de wijsbegeerte zich door de rol van het cauchemar der strafrechtswetenschap op zich te nemen en een principiëelen scholenstrijd op dit gebied te ontketenen, gelijk op andere terreinen der rechtswetenschap niet aanschouwd was.

Het mag op het eerste gezicht wel verwonderlijk schijnen, dat juist het moderne strafrecht het tooneel van zoo verbitterden beginselstrijd kon worden. De codificatiegedachte, kind van den Aufklärungstijd, had van meet af nergens beter kansen, om de positieve rechtsorde af te schutten van het doornig gebied der „Glaubenssachen” dan juist in het strafrecht.

De ervaringen, in de 17e en de 18e eeuw opgedaan, hadden toch op dit gebied ook de meest uiteenlopende partijen vereenigd in het program van

pijnlijk-nauwkeurige waarborgen voor de rechtszekerheid van het individu!

Die eisch van rechtszekerheid als een „*cri de conscience*” opklinkend uit den wirwar van geestesrichtingen, die ieder individueel het gemis aan dit kostbaar rechtsgoed nergens duldeloozer dan op het gebied van het strafrecht hadden ondervonden, moest tenslotte toch zelfs den scholensrijd, die over de eischen der *gerechtigheid* woedde, het zwijgen kunnen opleggen?

Heeft niet GUSTAV RADBRUCH, die het conflict tusschen wetenschaps- en persoonlijkheidsideaal in de humanistische levens- en wereldbeschouwing, feller dan menig ander humanist doorleefd heeft, in het postulaat der *rechtszekerheid* tenslotte het plechtanker meenen te vinden, om de positieve rechtsorde aan den kamp tusschen de z. i. wetenschappelijk relatief gelijkgerechtigde levens- en wereldbeschouwingen te onttrekken?

De Aufklärung had het codificatieprogram in dezen geest in theorie en in verschillende strafwetboeken uitgewerkt.¹⁾ De geschreven wet inderdaad naar v. LISZT's woord de magna charta van den misdadiger! Uitsluiting van alle rechtelijke willekeur! De daad moest zich zelve straffen volgens mathematisch-wettelijken maatstaf; nauwkeurige delictsomschrijvingen, precies omlijnde strafposities, uitsluiting van alle analogische wetstoepassing buiten de wettelijk omschreven gevallen en bovenal het beroemde drieledig postulaat, dat door FEUERBACH geformuleerd, sindsdien als het alpha en omega van alle strafrechtelijke wijsheid zou gelden en inderdaad een groote kultureele winst van den modernen tijd mag worden genoemd: Nulla poena sine lege. Nulla poene sine crimine. Nullum crimeen sine poena legali! Intusschen dit geheele program was zelve in zijn kern en uitwerking ten nauwste verbonden met een levens- en wereldbeschouwing, t. w. die van het *humanisme* in het type der verlichtingswijsbegeerte! En daarmee valt ook de grond voor onze aanvankelijke verwondering, dat ondanks de codificatiegedachte, juist het strafrecht het schouwtooneel voor zoo verbitterden beginselstrijd kon worden. De tegenstrijdige factoren der humanistische wetsidee: wetenschaps- en persoonlijkheidsideaal schenen voorshands — althans op het gebied der humanistische strafrechtswetenschap — verzoend. De afgetrokken, isoleerende en mathematiseerende wetenschapsbeschouwing kon bevrediging vinden in een opvatting van straf en misdaad, die beide in een abstracte, mathematische betrekking stelde, die de daad a. h. w. als een uitwendige grootheid fixeerte en isoleerde uit den irrationeelen levenssamenhang om ze in de Schablone der starre wettelijke omschrijving te wringen. En anderzijds, aan het persoonlijkheidsideaal werd bij den toenmaligen stand der humaniteitsgedachte het volle pond toegewogen door de strenge waarborgen, waarmee de natuurlijke mensenrechten omringd werden zij 't al, dat deze waarborgen weer illusoir dreigden te worden door een *preventief beveiligingsrecht in den trant van den politiestaat*, waarmee de Aufklärung, reeds geheel in de lijn van den modernen tijd, de grondige gebreken harer strafrechtelijke beschouwing wilde compenseeren!

Het crimineel-politisch vergelijk tusschen klassieken en modernen in 't licht der wetsidee.

De z.g. klassieke school nam deze erfenis der Verlichtingswijsbegeerte over en onder de gunst der tijden, kon zij zich wijden aan een verdieping van de wijsgeerige grondslagen der overgeleverde strafrechtsleer. De nog onder FEUERBACH's auspiciën overwegende utilistische theorie werd door de Deutsche idealistische wijsbegeerte gewogen en te licht bevonden.

De klassieke school behoefde steviger fundeering voor haar strafrechtsopvatting. Steunende op KANT werd in het klassieke kamp de absolute *vergeldingstheorie* tot eenig houdbare basis van het strafrecht verheven en waar Kant zelve nog de vergelding in de taliogedachte van het oog om oog, tand om tand vatte en het recht als een bloot *uitwendige* orde scherp van de gezindheidsmoraal scheidde, zette hier de moraliseerende richting in, om het humaniteitsideaal thans ook nog in den *aard* en *toemeting* der straffen door hun aanpassing aan den individueelen schuldgraad, tot verdere doorbraak te brengen.

HEGEL's school werkte in deze richting van vermoraliseering en humaniseering van het strafrecht, door den blik van de uitwendige, in de zinnenwereld ingrijpende zijde van het vergrijp te doen doordringen tot zijn geestelijken *zin*, de in de daad belichaamde uiting van een onzedelijken wil. Zoo werd voor de straftoemeting het zwaartepunt van de causaliteits- en onrechtmatigheidsvraag geleidelijk verlegd naar de *schuld*vraag, naar de z.g. „innerlijke zijde” van het vergrijp en in het adagium „straf naar schuld” belichaamde zich in praegnanten zin het moderne humaniteitsideaal, waarbij dat der „Verlichting” nog ruw en primitief moest schijnen.

Het humanistisch persoonlijkheidsideaal, dat sinds Kant immer sterker het primaat boven het wetenschapsideaal ging opeischen, had dit op den voorgrond stellen van het strafrechtelijk schuldbeginsel in de klassieke school gestimuleerd en tegelijk daarmee in de strafrechtsdogmatiek een grondige *antinomie*, een principiële tegenstrijdigheid blootgelegd, die vóórdien, bij de overweging van het oorzakelijkheids- en onrechtmatigheidsbeginsel grootendeels verborgen was gebleven.

Een antinomie, die, gelijk ik reeds zoo herhaaldelijk in ander verband betoogde, geenszins toevallig zich openbaarde en evenmin aan het strafrecht als zoodanig inhaerent is, doch die veeleer haar oorsprong vond in de oer-antinomie der wetsidee, welke ook aan de humanistische strafrechtstheorie ten grondslag ligt.

De „moraliseering” van het strafrecht in dien eigenaardig humanistischen zin ging nl. weder langs den weg van het humanistisch *continuïteits-beginsel*, langs den weg van *verflauwing der grenzen*; strafrechtelijke en zedelijke schuld gingen zoo in elkander overvloeien ondanks alle handhaving van de objectieve delictstypen. Het strafrechtelijk schuldbegrip, in 't centrum der wetenschappelijke belangstelling geplaatst, werd door psychologie en ethiek aan elkander toegekaatst. Het gelukte niet dit begrip in een juist organisch verband tot de strafrechtelijke begrippen van

oorzakelijkheid en onrechtmatigheid te stellen en van stonde aan kwamen daardoor deze begrippen onderling in een onverzoenlijke tegenstelling tegenover elkander te staan. Deze antinomie tusschen de grondbegrippen des strafrechts werd nog verscherpt door de in de dogmatiek heerschende abstracte en formalistische opvatting der onrechtmatigheid (erfenis der Aufklärung!) en door het gemis aan een juridisch oorzakelijkheidsbegrip, dat toch mede den zin der vergelding tot uitdrukking moest brengen.

Het deels ethisch, deels psychologisch gevat schuldbeginzel ondermijnde de grondslagen der formeele onrechtmatigheidsleer, want bij een objectief zwaar vergrijp, zeg moord, kon toch toepassing van een alleen naar de gezindheid des daders individualiseerend schuldbeginzel in concrete gevallen die objectieve zwaarte weer goeddeels neutraliseeren. Wat baatten dan zelfs speciale minima in de strafposities, wanneer men toch weer door een stelsel van verzachtende omstandigheden onder die grenzen kon gaan?

Oorzakelijkheid, onrechtmatigheid en schuld, zie daar de trits van strafrechtelijke grondbegrippen, welke in de klassieke strafrechtsdogmatiek een latenten onderlingen kamp voerden en ook de klassieke opvatting van de straf als vergelding in een onverzoenlijk dualisme verscheurden.

Ja, die klassieke vergeldingsleer deelde in alle zwakheid en innerlijke tegenstrijdigheid van de genoemde grondbegrippen. Alle straf is vergelding met verdiend leed²⁾ van schuldig vergrijp tegen het recht! Wat baat me deze geheele formule, wanneer iedere term daarin een hol vat is, dat ik, al naar gelang van mijn specifieke dogmatische beschouwing, een anderen inhoud kan geven? En al naar gelang juist van dien inhoud wordt de zin der strafrechtelijke vergelding anders gevat!

De klassieke strafrechtsopvatting *kon* van meetaf geen homogeen karakter bezitten, doch werd door een innerlijke polariteit noodwendig in de meest uiteenlopende richtingen gedreven, slechts onderling verbonden door het formeele vergeldingsbeginzel en door het vasthouden aan den eisch, geïnspireerd door het humanistisch persoonlijkheidsideaal: de straf, vindt haar rechtsgrond alleen in het objectief vergrijp: *Nulla poena sine crimine*! een eisch, die in de theorie een uitgewerkte strafrechtsdogmatiek, en positiefrechtelijk een nauwkeurig uitgewerkte codex van delictomschrijvingen en strafposities onderstelde. Het was een vulcanische bodem, waarop de klassieke school haar strafrechtsdogmatiek moest bouwen!

De z.g. moderne richting in het strafrecht, van natuur-wetenschappelijke huize, greep de klassieke school aan in haar zwakste punt: haar abstraherend karakter.

De klassieke school had het *levensverband* der misdaad uit 't oog verloren. Hoe kon zij dan den *zin* van de misdaad verstaan? Welke houdbare beteekenis kon een abstracte en formalistische onrechtmatigheidsleer en een moraliseerende schuldbeschouwing voor het practisch rechtsleven hebben? Straffen kan de moderne staat nog slechts, als hij zulks doelbewust doet. Welnu, de klassieke vergeldingstheorie miskende het teleologisch karakter der straf, die wel in de eerste plaats beoogt beveiliging der maatschappij.

Haar geheele dogmatiek moest daardoor ontaarden in wat reeds RUDOLPH V. JHERING met bijtende spot „Begriffs-jurisprudenz” had genoemd. „Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts”. Het was dit motto van een van v. Jhering's hoofdwerken, dat v. LISZT, den bekwamen leider der moderne richting in Duitschland inspireerde tot het stellen van de anti-these „Vergeltungsstrafe und Zweckstrafe”,³⁾ een anti-these, die door de neo-klassieke richting, die het *absoluut* vergeldingsstandpunt heeft prijsgegeven, met zoo groote beslistheid van de hand wordt gewezen.

Welnu, „Zweckstrafe”, doelmatige reactie, kon de straf eerst zijn, wanneer men de oorzaken kende, die tot de misdaad voerden.

Uit de natuurwetenschappelijke denkrichting gesproten, wierp de moderne richting zich het eerst vooral op de biotische substraatzijde der misdaad. In de nog ietwat onbesuisde sfeer van de jongelingsjaren dezer richting werd LOMBROSO's ontdekking van het physiologisch „type criminel”, den „uomo delinquente”, den geboren misdadiger, als de dageraad van een nieuwe criminologisch gerichte strafrechtelijke aera verheerlijkt.

Doch ook toen deze theorie door een onweerlegbare critiek was ontakeld, en het zwaartepunt der criminologie naar het gebied der psychiatrie en der sociologie was overgebracht, bleef de natuurwetenschappelijke denkrichting in het moderne kamp overheerschen.

De erfelijkheidsfactoren, de psycho-pathische afwijkingen, de invloeden van het crimineel maatschappelijk milieu en vooral van de economische factoren op de misdaad werden „natuurwetenschappelijk” onderzocht en op de resultaten van dit onderzoek werden verschillende klassificaties van de misdadigers gebouwd.

De psychiatrie bracht de groote gradatie in 't begrip der z.g. verminderde toerekeningsvatbaarheid aan het licht, waarmede een bres werd geslagen in de afgetrokken schuldleer der klassieke school. De vooral door v. Liszt naar voren gebrachte onderscheiding der delinquenten in chronische en acute misdadigers deed de afgetrokken, formeele onrechtmatigheidsleer der klassieke school, die in wezen op het gelegenheidsvergriep was toegespitst, op haar voetstuk wankelen en wierp een schel licht op de onhoudbaarheid van haar eenvormig straffenstelsel en haar stelsel van straftoemeting.

Een golfstroom van natuurwetenschappelijk determinisme overspoelde de klassieke, op de zedelijke gezindheid toegespitste schuldleer, die zich grondde op het dogma der z.g. wilsvrijheid. De klassieke vergeldingstheorie zag haar fundamenten wankelen. De symptomatische opvatting van het vergriep, de omzetting van het klassiek schuldconcept in het moderne begrip van anti-sociale gezindheid en gevaarlijkheid, ze betekenden de volledige omwenteling in het eerwaardig rijk der strafrechtsdogmatiek. De terugdringing van de klassieke vergeldingsgedachte bij de bestraffing van jeugdige delinquenten, voor die van verbetering en opvoeding; de aanvaarding van eene afzonderlijke strafrechtelijke en de maatschappij beveiligende behandeling van psychopathen van het instituut der voorwaar-

delijke veroordeeling, ze beteekenden even zoovele capitulaties van de zijde der klassieken. En dreigend naderde de meest extreme programmeisch van het modernisme: het instituut der onbepaalde strafvonnissen, dat in het weinig theoretiseerend Amerika reeds geruimen tijd was ingevoerd en in FERRI'S bekende Italiaansche voorontwerp het geheele stelsel van „afzonderingsmaatregelen” beheerschte, haar verwezenlijking.

In de oorspronkelijke scherpe antithese tusschen klassieke en moderne richting vinden we de grond-tegenstrijdigheid der humanistische wets-idee, die tusschen wetenschaps- en persoonlijkheidsideaal in een ware „Reinkultur” belichaamd.

Het classicisme, logicistisch ingesteld, liet toch immer het persoonlijkheidsideaal overwegen. Op zijn bodem bloeide het humanistisch dogma der wilsvrijheid, het personalistisch schuldbeginzel, de afgetrokken, z.g. „absolute” vergeldingsgedachte. De reeds zoo vaak getrokken parallellie met de klassieke school in de economie en de staatkunde⁴⁾ heeft dieper grond dan in een vernuftig combinatievermogen. Uit één wortel sproot het classicisme, op welk gebied het zich openbaarde. De afgetrokken „homo economicus” vond zijn waardig strafrechtelijk pendant in de abstracte opvatting van de misdaad, in de isoleerende en mathematiseerende vergeldingsopvatting (Kant c. s.); het staatkundig program der oud-liberale school: de staatsonthouding, wees denzelfden individualistischen, ter laatste instantie personalistischen oorsprong aan als de individualistische opvatting van misdaad en straf met haar grond in de rechten van den mensch.

In een logicistisch en (trans)personalistisch type openbaarde zich de humanistische wetsidee in 't kamp der klassieken.

Bij overweging van het logicistisch type moest het op de zedelijke gezindheid toegespitst individualiseerend schuldbeginzel worden teruggedrongen en in het afgetrokken onrechtmatigheidsbegrip (Kelsen e. a.) of dat der wilscausaliteit (MERKEL, BINDING c. s.) worden geabsorbeerd. Bij overweging van het personalistisch of transpersonalistisch type moest het abstracte onrechts- en oorzakelijkheidsbegrip worden teruggedrongen en zich een „moraliseering” laten welgevalen (ABEGG, V. BAR, HÄLSCHNER, V. CALKER e. a.); dan viel het zwaartepunt op de bestraffing van de in de daad zich openbarende onzedelijke gezindheid van den dader en kon zelfs de symptomatische delictsupvatting, zij 't al in geheel anderen zin dan bij de modernen, voet krijgen.

In de moderne richting anderzijds openbaarde de humanistische wets-idee zich in haar naturalistische typen. Biologie, en natuurwetenschappelijk ontzielde psychologie en sociologie vermeesterden het heilige land der strafrechtsdogmatiek. Het continuïteitsbeginzel van het naturalistisch wetenschapsideaal, verflauwing aller wetsgrenzen met doorvoering van de causale methode der „exacte” wetenschappen gluurde open en bloot door de beroemde uitspraak van den overigens geenszins radicalen Von Liszt: „Die begriffliche Scheidewand zwischen Verbrechen und Wahnsinn weicht und fällt”.

Waarlijk, de leer der wetsidee, die in staat is, ons zulk een scherp inzicht te geven in de geestelijke ligging der elkander eertijds zoo fanatiek bekampende scholen, berust op meer dan een vernuftige constructie. Zij verklaart ons ook het merkwaardig verschijnsel van den jongsten tijd: de geleidelijke toenadering tusschen beide richtingen over de brug, door MERKEL's z.g. „derde school” geslagen.

Die toenadering ware nimmer mogelijk geweest, wanneer, gelijk de klassieken in de hitte des strijds niet ophielden te verzekeren, een onoverbrugbare kloof van levens- en wereldbeschouwing beide scholen zou hebben gescheiden.

Idealisme en naturalisme, we betoogden het reeds in onze studie „De beteekenis der Wetsidee voor Rechtswetenschap en Rechtsphilosophie”, zijn geenszins volstreckte antithesen in de humanistische levens- en wereldbeschouwing en het doet hem, die de grondslagen der humanistische wetsidee eenmaal doorschouwd heeft, immer ietwat komisch aan, wanneer deze beide grondrichtingen in het humanisme, natuurlijk te goeder trouw, hare onderlinge verschillen als shibboleth voor ieder type van levens- en wereldbeschouwing beproeven uit te geven. Geen volstreckte antithese, doch veeleer uiterst-polaire spanningen binnen hetzelfde veld van levens- en wereldbeschouwing hebben we in haar te zien. De heftige ontladingsverschijnselen, de zware electrische vonken, die van pool tot pool overslaan, kunnen slechts den oppervlakkigen toeschouwer doen vergeten, dat de polen in het nauwste onderling contact staan!

Wanneer het echter juist is gezien, dat klassieke en moderne richting in het strafrecht polaire tegenstellingen in de grondstructuur der humanistische wetsidee tot uitdrukking brengen en dat hare tegenstelling rust op een tegenstrijdigheid in die grondstructuur zelve, dan kan het ook niet mogelijk zijn, dat in de moderne compromissen en toenaderingsverschijnselen die fundamenteele antinomie zou zijn opgeheven.

Een kern van waarheid schuilt zoowel in het klassieke, als in het moderne standpunt. Slechts wanneer een inderdaad *organische* verzoening tusschen beide mogelijk ware, zou de grondtegenstrijdigheid zijn op te lossen.

Doch wat leert ons de geschiedenis der laatste decennien? Niet de organische verzoening, doch het *compromis*, een geven- en nemenpolitiek, bleek de brug, waarover klassieken en modernen elkander de hand reikten.

VON LISZT toóide zijn volstreckt relativistische „Zweckstrafe” met het etiket, dat zij de ware, de eenig mogelijke vergeldingsstraf zou zijn. Hij was bereid de geheele klassieke strafrechtsdogmatiek met de klassieke vergeldingsstraf te aanvaarden voor de „bestrijding” der acute, der gelegenheidsmisdadigheid. Mits slechts de chronische misdadigheid naar het modernistisch recept zou worden behandeld. Ja, in 1909 verklaarde hij den scholenstrijd „überlebt” (Münchener neueste Nachrichten 16 Nov. 1909 No. 536). Het radicale, onder MUSSOLINI's regime weer haastig begraven Italiaansche voorontwerp, waarin ENRICO FERRI zijn

denkbeelden belichaamde, kon slechts de *uiterste*, doch geenszins de gematigde groep onder de modernen teekenen. De klassieke school anderszits toonde in haar nieuwere evoluties van neo-classicisme niet minder groot compromis-vermogen. De oude starre vergeldingsleer werd meer en meer tot een verwereldlijkte theorie der generale preventie verzwakt, gelijk zulks openlijk bij RICHARD SCHMIDT bleek. LIEPMANN, eens een steunpilaar van MERKEL's neo-klassieke school, ging reeds met pak en zak naar het kamp der modernen over.

In den strijd tusschen beide scholen naar aanleiding van de strafrechtshervorming in Duitschland verklaarde BELING, doelend op het voor de klassieke school toch vrij radicale ambtelijk ontwerp 1925:

„Ein Gegensatz in den Grundfragen besteht zwischen den Neuklassikern und der innerhalb der modernen Richtung sichtlich überwiegenden Gruppe, die den Verband von Schuld und Strafe nicht gelockert wissen will, überhaupt nicht mehr... Ich bin so optimistisch, zu glauben, dasz ein „Frieden ohne Sieger und Besiegte“ noch heute erzielbar ist“.

Ja, steunend op zijn neo-klassieke vergeldingsleer kwam Beling er zelfs toe aan den wetgever een eisch te stellen, die, zooals GRAF ZU DOHNA terecht opmerkte, „immer als die letzte und fortschrittlichste Konsequenz des Modernismus angesprochen wurde“: het onbepaalde strafvonnis!

Ietwat railleerend schrijft Dohna naar aanleiding van deze verbazingwekkende toenadering: „Es ist das genau der gleiche Weg, auf dem zu seinerzeit den Klassikern ermöglicht wurde, den Widerstand gegen die bedingte Verurteilung aufzugeben. Ihre Unverträglichkeit mit dem Dogma, dasz alle Schuld ihre Sühne in der Strafe finden müsse, galt so lange als unüberwindliches Hindernis, bis OETKER herausfand, das der Straferlass als Folge der Bewährung nichts anderes sei als Vergeltung: recompensatio in bonam partem. Damit war der Bann gebrochen. Uns aber, denen es allein um die Sache zu tun ist, liegt nichts ferner, als der Konstruktion derartiger Gewissensbrücken Störungen zu bereiten“⁵⁾.

En Prof. R. v. HIPPEL schrijft in zijn eenige jaren geleden verschenen standaardwerk: „Deutsches Strafrecht“ Bd. I (Allgemeine Grundlagen): „Unter dem Titel eines *kriminal-politischen Kompromisses* hat man sich so zum guten Teil tatsächlich auf dem Bodem des *Vereinigung* von Vergeltung und Prävention zusammengefunden, derart, dasz es bei manchen Autoren zweifelhaft ist, ob man sie noch als „klassisch“, bzw. „modern“ bezeichnen darf. Einzelne Unentwegten (bedoeld worden vooral BIRKMEYER en BINDING) hielten an ihrer Einseitigkeit fest“⁶⁾.

Dit vergelijk nu werd minder gesloten ten aanzien van voorwaardelijke veroordeeling e. d. moderne, reeds in zoo vele landen verwezenlijkte programeischen — hier was veeleer van een openlijken terugtocht der klassieke vergeldingstheorie sprake — doch in de aanvaarding door de klassieke school van een geheel stelsel van speciale preventie „sichernde Masznamen“ of beveiligingsmaatregelen naast de eigenlijke straffen, *een weg, welken, naar we vroeger zagen, reeds de „Aufklärung“ had ingeslagen.*

Nadat Prof. STOOZ in het Zwitsersch voorontwerp, trouwens niet geheel oorspronkelijk, de trouvaille van de samenkoppeling van straffen en beveiligingsmaatregelen gedaan had en daarmede, om zoo te zeggen de preliminairen voor een uiteindelijk vredesverdrag tusschen klassieke en moderne richting, althans ten aanzien van den practisch wetgevenden arbeid, had aangegeven, werd schier overal, waar de strafrechtshervorming ter hand werd genomen, dit voorbeeld gretig gevolgd. In het door de Deutsche Regeering in 1927 gepubliceerd „Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung” wordt een hoogst belangwekkend overzicht over den stand der strafrechtshervorming op dit punt gegeven ⁷⁾.

Te onzent heeft Minister DONNER in het bekende wetsontwerp, houdende nadere voorzieningen betreffende beroeps- en gewoontemisdadigers in aansluiting aan de Engelsche Prevention of Crime Act 1908 (*zelve een gewijzigde navolging van de Habitual Criminals Act van New Soud Wales 1905*) ten aanzien van de genoemde kategorie van delinquenten een zelfden weg ingeslagen, in afwijking van het advies van het Centraal College voor de Reclasseering, dat geen onderscheiding van straf en beveiligingsmaatregel wenschte, doch den bewaringsmaatregel als bijkomende straf wilde zien uitgesproken.

Het wetsontwerp-Donner, houdende nadere voorzieningen betreffende beroeps- en gewoontemisdadigers.

Volgens dit ontwerp ⁸⁾ zullen na artikel 43 van het Wetboek van Strafrecht de volgende artikelen worden ingelascht:

Artikel 43 bis.

Bij veroordeeling tot eene gevangenisstraf van drie jaren of meer van een persoon, die ingevolge vroegere veroordeelingen, tenminste drie, tot gevangenisstraffen van tenminste zes maanden, reeds te zamen vier jaren gevangenisstraf heeft ondergaan,

of bij veroordeeling tot eene gevangenisstraf van twee jaren of meer van een persoon, die ingevolge vroegere veroordeelingen, als voormeld, reeds te zamen zes jaren gevangenisstraf heeft ondergaan,

of bij veroordeeling tot eene gevangenisstraf van een jaar of meer van een persoon, die ingevolge vroegere veroordeelingen, als voormeld, reeds tezamen acht jaren gevangenisstraf heeft ondergaan,

kan de rechter, indien het belang der openbare orde dit bepaaldelijk vordert, bovendien bevelen, dat de veroordeelde na het ondergaan der hem opgelegde gevangenisstraf in bewaring zal worden gehouden. In dit geval is ten aanzien dier gevangenisstraf eene voorwaardelijke invrijheidstelling uitgesloten.

Artikel 43 ter.

De bewaring wordt bevolen voor een door den rechter te bepalen termijn van ten minste vijf en ten hoogste tien jaren.

Bepalingen tot regeling van de wijze van verpleging in de bewaringsgestichten en omtrent het voorwaardelijk of onvoorwaardelijk eindigen van de bewaring worden, naar beginselen bij de wet te stellen, vastgesteld bij algemeenen maatregel van bestuur.

Voorts worden in de wet van 14 April 1886 (Stbl. No. 62) tot vaststelling der beginselen van het gevangeniswezen, verschillende wijzigingen voorgesteld, beoogende de instelling van bijzondere bewaringsgestichten. Ten aanzien van de wijze van verpleging in deze gestichten bepaalt het ontwerp, dat zij, zooveel mogelijk wordt geregeld op den voet der wijze van verpleging in de Rijkswerkinrichtingen, met dien verstande, dat de behandeling enkel op onschadelijkmaking en verbetering mag zijn gerecht en dat de verpleegden van elkander mogen worden afgezonderd, voorzooer dit door het doel hunner behandeling of door het belang der orde wordt gevorderd.

Een bijzondere regeling wordt voorgesteld ten aanzien van het voorwaardelijk ontslag der in de bewaringsgestichten gedetineerde misdadigers. Te dien aanzien bepaalt het ontwerp:

„Na elk verblijfsjaar doet het gestichtsbestuur ten aanzien van elken verpleegde aan Onzen Minister van Justitie toekomen of een voorstel tot voorwaardelijk of onvoorwaardelijk ontslag of bericht houdende de gronden, waarop het bestuur zoodanig ontslag niet of nog niet geraden acht. Onze Minister van Justitie stelt die stukken om bericht en raad in handen van het Centraal College voor de Reclasseering.

De beschikkingen inzake voorwaardelijk of onvoorwaardelijk ontslag gaan uit van Onzen Minister van Justitie, het Centraal College voor de Reclasseering gehoord.

Het voorwaardelijk ontslag is te allen tijde herroepbaar ingeval de ontslagene zich slecht gedraagt, blijken geeft gevaar op te leveren voor de openbare orde, dan wel de bij zijn ontslag gestelde voorwaarden niet nakomt. Op gelijke gronden kan het voorwaardelijk ontslag worden geschorst.

Art. 41, derde en vierde lid, is toepasselijk.”

In de Memorie van Toelichting wordt als „rechtsgrond voor dezen zeer ingrijpenden maatregel der bewaring” het volgende aangegeven: „De rechter krijgt niet zelden voor zich delinquenten, die reeds herhaaldelijk langdurige gevangenisstraffen hebben ondergaan en daarop negatief reageerden, in dien zin, dat zij toch telkens weder tot misdrijf zijn hervallen.

Dergelijke delinquenten kunnen blijkens de door hen begane misdrijven en in verband met hun persoonlijkheid en levensomstandigheden een voortdurend en ernstig gevaar voor de rechtsorde opleveren. Het wordt hun hoe langer hoe moeilijker zichzelf te reclasseeren, zoodat hun schuld aan het misdrijf, waarvoor zij opnieuw terecht staan, betrekkelijk niet grooter behoeft te zijn dan die van andere personen, die zich aan het-

zelfde delict schuldig maakten. De gevangenisstraf, welke in dergelijke gevallen kan worden opgelegd, is dus beperkt en men heeft vrijwel de zekerheid, dat dergelijke aanrandingen van anderer lijf, eerbaarheid of goed, niet uit zullen blijven. Tegenover zulke delinquenten komt een maatregel, bestemd om hen voor langdurigen termijn uit de maatschappij te elimineeren, alleszins noodig voor.

Uit dien hoofde schijnt het gerechtvaardigd, dat men hen in aansluiting aan de verdiende straf daarenboven nog aan een andere behandeling onderwerpt, een behandeling, aan welke dan intusschen het strafelement vreemd moet zijn."

Van groot belang, om de nadere strekking van het ontwerp te leeren kennen is de slotpassage uit de Memorie van Toelichting, luidende:

„Tenslotte wenscht de ondergeteekende er nog op te wijzen, dat de maatregel der bewaring van ernstige beroeps- en gewoontemisdadigers zal komen te staan naast de bij de z.g. psychopathenwetten ingevoerde ter beschikkingstelling van misdadige psychopathen en zal bevorderen, dat deze laatste maatregel, die een geheel ander en in het bijzonder meer geneeskundig karakter draagt, alleen tot de daarvoor bestemde gevallen zal worden beperkt”.

Gelijk men uit dit korte résumé van inhoud en strekking van het ontwerp ziet, bewandelt het geheel den weg van het compromis, dat in de buitenlandsche ontwerpen tot strafrechtsherziening slechts op veel ruimer schaal is belichaamd.

Nu is het merkwaardig te zien, hoe met name in ons nabuurland Deutschland, waar de scholenstrijd tusschen klassieke en moderne richting wel het scherpst heeft gewoed, zoowel in het klassieke als in het moderne kamp consequente geesten het onbevredigende, ja innerlijk tegenstrijdige van het compromis hebben ingezien.

In het klassieke kamp sprak nog eenige maanden geleden FINGER in het tijdschrift „Der Gerichtssaal” zich onomwonden tegen het hervormingsprogram uit, dat den beveiligingsmaatregel aan de straf vastkoppelt, en schier angstig vraagt hij: „wird nicht ein Gesetz, wie der Entwurf (bedoeld is het Deutsche ontwerp 1927), die mächtigste Säule des Staatsbaus, die Rechtspflege noch mehr ins Wanken bringen als es destruktiver Parteifanatismus bisher getan hat?”

Nog steeds klinkt ons in de ooren de eerlijke uitspraak van BIRKMEYER, tegen het door VON LISZT voorgestelde compromis van samenkoppeling van straffen en beveiligingsmaatregelen: „Kompromisse sind Halbheiten. Sie bedeuten ja schon begrifflich... ein teilweises Aufgeben jedes von zwei entgegengesetzten Standpunkten, so dasz keiner ganz zur Geltung gelangt. Halbheiten aber sind möglichst zu vermeiden, nicht nur in der Wissenschaft sondern auch im praktischen Leben, und darum auch in der Gesetzgebung”⁹⁾.

En treffend schreef APPELIUS naar aanleiding van het compromis: „Hier gibt es nur ein Entweder-oder, keine Halbheit. Letztere ist unter

einem andern Deckmantel im Grunde genomen stets doch nur die Anhängerschap für die eine oder die andere Seite" ¹⁰).

De moderne richting anderzijds was evenmin geheel voldaan met het compromis. Haar opvatting van de straf als speciaal preventief middel bracht met zich, dat met de scherpe onderscheiding van straf en beveiligingsmaatregel moest worden gebroken en dat aanstonds met name op de chronische delinquenten, op de z.g. beroeps- en gewoontemisdadigers, die maatregelen konden worden toegepast, die het best aan het doel, de beveiliging der maatschappij, dienstbaar waren: onschadelijkmaking door levenslange opsluiting met mogelijkheid van voorwaardelijke invrijheidstelling.

VON LISZT heeft zich op dit punt klaar en duidelijk uitgesproken. Hij verwierp radicaal de grenslijn tusschen onverbeterlijke chronische misdadigers en tusschen krankzinnigen: „Auf die Zurechnungsfähigkeit", aldus onze schrijver „kann sie sich nicht stützen, denn der unverbesserliche Verbrecher ist nicht zurechnungsfähig". De toerekeningsvatbaarheid immers is voor von Liszt niets anders dan „normale Bestimmbarkeit durch Motive" en met haar de ontvankelijkheid van den dader voor inwerking op zijn zieleleven door middel van de straf. Welnu, hiervan kan bij den onverbeterlijken gewoontemisdadiger geen sprake zijn en zoo komt von Liszt *wetenschappelijk* tot de conclusie: „Die Unterscheidung zwischen der Sicherungsstrafe gegen unverbesserliche Verbrecher und der Verwahrung gemeingefährlicher Geisteskranker ist nicht nur praktisch im wesentlichen undurchführbar, sie ist auch grundsätzlich zu verwerfen" ¹¹).

Ja, nog scherper liet hij zich tegen de *wetenschappelijke* onhoudbaarheid van het vergelijk uit: „Man miszverstehe mich nicht. Von meinem grundsätzlichen Standpunkte aus ist und bleibt diese Verquickung einer kurzen und eindruckslosen „Strafe" mit einer langdauernden und einschneidenden „korrektionalen Nachhaft" ein lächerlicher Widersinn. Aber wir verlangen eine Umgestaltung des Gesetzgebung und die ist ohne Kompromisz nicht zu erzielen". En even te voren met bijtenden spot: „Dabei soll es uns auf den *Namen* nicht ankommen, den man dem Kinde geben will. Das ist ja die liebenswürdigste Seite in dem Verhalten unserer Gegner, dasz sie zufrieden sind, wenn die altherrwürdigen Etiketten geschont werden. In der „*Bestrafung* des Gewohnheitsverbrechers darf das „Gleichmasz" zwischen Schuld und Sühne" nicht überschritten werden; aber gegen lebenslange oder doch sehr langwierige „*Sicherheitsmaszregeln*" nach verbüszter Strafe haben die Gegner nichts einzuwenden. Zwei Jahre *Gefängnis* gegen den unverbessenen Landstreicher gestattet die „vergeltende" Gerechtigkeit nicht; aber fünf Jahre des wesentlich empfindlicheren *Arbeitshauses* würden uns die Gegner wohl zugestehen. Laszt es uns also Sicherungsmaszregel und Arbeitshaus nennen; laszt uns nehmen, was wir bekommen können" ¹²).

Scherper kan eigenlijk het compromis niet worden veroordeeld! Von

Liszt achtte het een „belachelijke tegenstrijdigheid” (!), die toch hoe eer hoe liever zou moeten worden opgegeven.

En anderzijds schreef onlangs nog GRAF ZU DOHNA: „Ich sehe auch nicht ein, wieso der Vergeltungsgedanke solchen Widersinn fordern sollte... Der Berufsverbrecher (aber) hat lebenslänglich Haft verwirkt, und es bedeutet schon eine Milderung dieser gerechten Strafe, wenn ihm vorzeitige Entlassung nach Maszgabe seines Verhaltens in Aussicht gestellt wird” ¹³).

Ook in de Duitse landsgroep der „Internationale Kriminalistische Vereinigung” werd in de laatste jaren de samenkoppeling van straffen en beveiligingsmaatregelen verworpen.

In haar vergadering van 1922 aanvaardde zij met 24 tegen 26 stemmen de volgende conclusies:

1. „Gemeingefährliche Gewohnheitsverbrecher, welche schon viele Straftaten begangen haben, sind zu einer Freiheitsstrafe zu verurteilen, bei welcher der Richter nur Höchst- und Mindestmasz festsetzt.

2. Der Sicherungszweck ist gegenüber solchen Verbrechern nicht durch eine besondere Sicherungsverwahrung, sondern innerhalb des Strafvollzugs zu verfolgen”.

KOHLRAUSCH zegt hiervan in zijn referaat op de 22e vergadering der Duitse landsgroep te Karlsruhe gehouden van 11—13 September 1927: „Es war ein Bekenntnis gegen den Dualismus von Strafen und Sicherungsmasznahmen und für das relativ unbestimmte Urteil” ¹⁴).

Doch op dit punt hield de meerderheid in de klassieke school voet bij stuk. Straf- en beveiligingsmaatregel moesten scherp onderscheiden blijven. Eerst moest aan de eischen der vergelding worden voldaan, vóór in crimineel-politischen zin maatregelen konden worden toegepast, ter beveiliging van de maatschappij. Zelfs van een „vicarieering”, een eventueel in de plaats treden van den maatregel voor de straf, wilde zij niets weten.

Formalistische klassieken, gelijk OETKER, FINGER en BELING ¹⁵) wenschten zelfs een algeheele losmaking van het beveiligingsrecht van het strafrecht en onderbrenging van het eerste onder het administratief recht.

Daar wij de beroepsmisdaad en de strafvergelding tot onderwerp van ons onderzoek kozen, willen wij hier de antinomie, die voor de klassieke richting in het bedoelde compromis ligt opgesloten, slechts ten aanzien van dezen vorm der misdadigheid in het licht stellen. Zij opent ons tegelijk het inzicht in den verre van schitterenden toestand, waarin onze heerschende strafrechtsdogmatiek zich door haar bewuste of onbewuste metaphysische fundeering in de humanistische wetsidee bevindt.

De klassieke dogmatiek is geheel een dogmatiek van het „gelegenheidsvergreep”.

Strafwetgeving en strafrechtstheorie beide zijn in wezen nog immer toegespitst op het *abstracte delictsbegrip*.

Uitgangspunt is daarbij het gelegenheidsvergriep, los van zijn maatschappelijken en economischen onderbouw. Herhaling geldt òf, gelijk in het Fransche wetboek, als absolute grond voor strafverzwaring, waarbij zelfs geen enkel verband tusschen het nieuwe en het oude feit wordt gelegd, nòch eenige gelijksoortigheid wordt vereischt, òf, gelijk in het Duitsche en Nederlandsche wetboek, als een relatieve grond voor strafverzwaring, waarbij zulks wel het geval is en bovendien tusschen het laatste en het voorafgaande feit een bepaald maximum van tijdsduur wordt geëischt. Te onzent is bovendien de recidive slechts strafverzwaringsgrond ten aanzien van bepaald aangewezen delicten of groepen daarvan.

Gaat men ons strafwetboek na op het stuk van de z.g. chronische misdaad, dan vinden we i. h. a. het beroeps- of bedrijfs- en het gewoontedelict slechts in den vorm van het gequalificeerde gelegenheidsdelict. Slechts bij hooge uitzondering is het beroeps- of bedrijfsdelict geheel zelfstandig omschreven (niet o. i. de slavenhandel van art. 274 W. v. S., of de vrouwenhandel, art. 250 ter; wel b.v. het misdrijf van art. 254 bis) en deze omschrijving draagt nog immer, gelijk we zullen zien, een afgetrokken verticaal karakter. Deze stand van zaken is natuurlijk van 't uiterst practisch gewicht in verband met de strafposities.

Is de chronische misdaad hoogstens een gequalificeerde vorm van het gelegenheidsvergriep, dan kan ook in de strafpositie slechts een *gradueel* verschil tot uiting komen. Dan moet voorts, b.v. waar zelfs het beroepsgewijze uitoefenen geen gequalificeerde vorm van het vergriep oplevert, de beroepsdief of beroeps-inbreker, die een reeks van grootere en kleinere diefstallen, inbraken en oplichtingen pleegt, worden gestraft als een gewone gelegenheidsdelinquent, behoudens een noodwendig relatief geringe strafverzwaring voor herhaling, voorzooover daartoe de wettelijke vereichten aanwezig zijn. Op deze wijze wordt nu echter uit 't oog verloren, dat het beroepsmisdrijf naar zijn zin een totaal andere figuur vertoont dan het afgetrokken gelegenheidsvergriep, dat hier *niet* een *gradueel*, doch veeleer een *qualitatief* verschil bestaat, dat zeker niet van minder, doch, gezien de belangrijkheid van dit crimineel verschijnsel, veeleer van grooter gewicht moet worden geacht dan het positiefrechtelijk verschil in de delictsomschrijving van b.v. moord en mishandeling, den dood tengevolge hebbende.

Het verschil in de strafrechtelijke figuur van bedrijfs- of beroepsmisdrijf enerzijds, en gelegenheidsvergriep anderzijds openbaart zich reeds hierin, dat de eerste kategorie voor verreweg het grootste gedeelte *niet* een *verticaal*, doch een *horizontaal* karakter vertoont, waaronder ik dit versta, dat zij gewoonlijk over de grenzen van de abstracte delictstypen heengrijpt. Terecht merkt Mr. SUERMONDT in zijn belangwekkend naschrift bij het opstel van Mr. TRAPMAN „Eenige statistische gegevens omtrent gevaarlijke beroeps- en gewoontemisdadigers”¹⁰⁾ op, dat het bij deze kategorie van misdaad, bij gelijkheid van motieven, dikwijls van toevallige

omstandigheden kan afhangen, in welken specialen delictsvorm een strafbaar feit wordt gepleegd (b.v. diefstal of verduistering).

Heeft de klassieke strafrechtsdogmatiek in het algemeen deel zijner schuld- en onrechtmatigheidsleer met de chronische delictsvormen rekening gehouden?

Men werpe niet tegen, dat 't hier een vraag van *jus constituendum* betreft. Slechts de strafrechtswetenschap is in staat de strafrechtelijke dogmatiek der chronische delictsvormen te geven, wier sociale, economische en psychische substraten door de moderne school aan 't licht zijn gebracht. De klassieke strafrechtsdogmatiek in haar abstract-juridische instelling kon het niet; de moderne richting anderzijds in haar naturalistische instelling wenschte het niet en zoo kwam het beroemde vergelijk tusschen klassieke en moderne richting ten aanzien van de beroeps- en gewoontemisdad hierop neer, dat deze geheele fundamenteel belangrijke categorie van delictsvormen principiëel in het atomistisch kader van het gelegenheidsvergriep bleef gewrongen en dat de onverteerbare rest, waarmee men geen raad wist, in het aan de strafrechtsdogmatiek geen eischen stellende beveiligingsrecht werd ondergebracht. *Testimonium paupertatis* der klassieke dogmatiek! Zien we nu op den klassieken vergeldingseisch!

Kon zij bevredigd zijn door de oplossing van het beroepsmisdrijf in een optelsom van (hoogstens gequalificeerde) gelegenheidsvergriepen? Kan men zeggen tot den beroepsmisdadiger, die zijn laatste straf naar dezen maatstaf heeft uitgezeten en nu volgens de voorgestelde regeling nog voor ten hoogste 10 jaren in een bewaringsgesticht zal worden opgeborgen „tot nut van 't algemeen”: Uw rekening met de vergeldende gerechtigheid is vereffend?

Dat men van klassieke zijde deze vraag bevestigend beantwoordt, wijst er op, dat het met die klassieke vergeldingsopvatting niet in orde is; dat zij geworteld is in een wetsidee, welke het recht isoleert en abstraheert uit zijn levenssamenhang, gelijk zij ook den economischen kring daaruit heeft geïsoleerd.

Een wezenlijk organisch gevatte vergeldingsleer, gelijk de Calvinistische, moet de gestelde vraag m. i. onvoorwaardelijk ontkennend beantwoorden. Geen ware vergelding kan geschieden op den grondslag van een eenvormig strafrechtelijk schema voor delictsvormen, die naar hun dieperen juridischen zin *toto coelo* uiteenloopen.

In dit licht bezien, kan het compromis niets anders beteekenen dan het tekort aan strafrechtelijke vergelding compenseeren met een beveiligingsmaatregel, die juridisch slechts als een soort noodrecht zou zijn te construeeren.

In dit soort beveiligingsrecht in zijn vastkoppeling aan de straf, gelijk men het voor de chronische misdadigers bedoelt, schuilt een wonderlijke innerlijke tegenspraak.

De opsluiting van 5—10 jaar, in aansluiting aan de ondergane ge-

vangenisstraf, gelijk ze thans naar Britsch voorbeeld ook ten onzent wordt voorgesteld, zal moeten geschieden ter beveiliging van de maatschappij tegen de gevaren van beroeps- en gewoontemisdad.

Wij vragen: is het hier door den delinquent in de rechtsgemeenschap gerealiseerd specifiek gevaar niet formeel toerekenbare, onrechtmatige en aan schuld te wijten oorzakelijkheid?

Voor de moderne richting kan het antwoord op deze vraag reeds hierom niet anders dan ontkennend luiden, wijl ze de toerekeningsvatbaarheid, althans bij de onverbeterlijke chronische misdadigers loochent. Van straf in eigenlijken zin kan hier geen sprake zijn, en zoo is van de moderne richting niets te verwachten voor de beantwoording der vraag, hoe het beroeps- of bedrijfsdelict dogmatisch moet worden geconstrueerd.

De klassieke strafrechtsdogmatiek zal onze vraag ontkennend moeten beantwoorden, wijl haar geheele schuld- en onrechtmatigheidsleer, gelijk we zagen op het afgetrokken gelegenheidsvergriep is berekend, en wijl, gelijk we in een vroegere studie aantoonde, haar juridisch oorzaakbegrip overwegend naturalistisch is gevat. Voor haar zal de reeks vergriepen, die in hun samenhang de beroeps- of bedrijfsmisdad constitueeren, slechts *kenbron*, niet *zijnsgrond* kunnen zijn van de bedoelde gevaarfactoren, m. a. w. slechts *symptoom* van anti-sociale gezindheid en modern-criminologischen zin.

De dader kan echter slechts voor zijn *daad* worden gestraft en niet naar modern program voor een anti-sociale gezindheid. En wederom, die daad is door de klassieke richting niet anders te vatten dan als afgetrokken gelegenheidsvergriep, op zijn hoogst in recidiveverband of in een gequalificeerden vorm. M. a. w. het eigenlijke beroeps- of bedrijfsdelict blijft onbestraft, ofschoon in hetzelfde vonnis toerekenbaarheid en schuld van den dader is uitgesproken. Zoo wentelen moderne en klassieke richting ieder in hun eigen vicieuze cirkel rond.

De innerlijke tegenstrijdigheid van het compromis schuilt hierin, dat hetzelfde vonnis de verantwoordelijkheid van den misdadiger tegelijk erkent en loochent; dat het den dader straf oplegt voor een gelegenheidsdelict, dat hij niet begaan heeft en hem niet verantwoordelijk verklaart voor zijn eigenlijk vergriep: de beroepsmisdad; dat het de eigenlijk verdiende straf geen straf noemt en het niet verdiende leed wel, dat het tenslotte de inderdaad schrijnende ongerechtigheid goedkeurt, onder het masker van een beveiligingsmaatregel een — naar de klassieke richting althans moet staande houden — *onverdiend* leed aan te doen, „tot nut van 't algemeen”; een leed, niet beoogd(!), maar wel opzettelijk toegebracht(!)¹⁷), dus opzettelijk, „onbeoogd” toegebracht(!) en dat veelvuldig zwaarder treft dan het „verdiende” en „beoogde” leed!

Waarlijk, het eerlijk radicalisme in het strafrecht is ons liever dan deze „geven- en nemenpolitiek”, waarbij alle waarheid in 't gedrang komt en de formule heerscht over de zaak!

Stel eens naast elkander den internationalen beroepsoplichter, die in zijn luguber bedrijf zich schuldig maakt aan het misdrijf van reispas- vervalsching, omschreven in art. 231 W. v. S. teneinde in een ander land binnen te komen, en den gelegenheidsdelinquent, wiens misdrijf formeel in dezelfde omschrijving valt.

Zijn hier, materialiter gesproken, oorzakelijkheid en onrechtmatigheid van deze delicten in een zelfde verticaal schema te vangen?

Ik vraag dus niet of de fijnere schuldgradatie bij beide zeer uiteenloopt. Dat zal wel door niemand betwist worden, maar die schuldgraad (dit is iets anders dan de schuld*vorm*, waarover later) kan geen zelfstandigen delictsvorm constitueeren.

Binnen eenzelfde wettelijke delictsomschrijving laat de onrechtmatigheid, anders dan de schuld, naar de heerschende, op ons standpunt overigens verwerpelijke, opvatting geen gradatie toe¹⁸). Primair komt dus voor de beantwoording onzer vraag alles aan op het materiele onrechtmatigheidstype van beide handelingen.

Naar mijn vaste overtuiging is hier nòch voor de moderne, nòch voor de klassieke richting, zoolang zij aan haar uitgangspunt getrouw blijven, een juist antwoord op de gestelde vraag mogelijk. De invloed der wets- idee — hoezeer men haar met zekere hooghartigheid meent te mogen kleineeren — doet zich ook hier gevoelen en ik kan niet anders, dan ook de gewichtige vraag, wat de straffende vergelding ten aanzien der beroepsmisdaad eischt, weer in 't licht mijner Calvinistische wetsidee te plaatsen.

Wij zijn van meening, dat voor een juiste dogmatische constructie van het beroeps- of bedrijfsdelict de lege ferenda de aanvaarding van een ander oorzakelijkheids- onrechtmatigheids- en schuldtype noodig is, en wel een type, dat aan de heerschende dogmatiek geheel vreemd is, gelijk onze bestaande strafwet het ook nergens kent.

Het horizontaal onrechtmatigheids- en oorzakelijkheidstype van het beroepsmisdrijf.

Allereerst, het verticale, op het gelegenheidsvergriep toegespitste onrechtmatigheidsbegrip der klassieke dogmatiek past niet op den wezenlijken bouw van het beroepsdelict. Met behulp van dit onrechtmatigheidsbegrip zal men nooit iets anders dan gelegenheidsvergriepen kunnen vatten. De onrechtmatigheid is niet een abstracte en formeele eigenschap van het vergriep, doch is slechts *materieel* te vatten en vertoont in die zakelijke, materiele gedaante een verschillend *type* bij het beroeps- en bij het gelegenheidsvergriep.

Formeele en materiële onrechtmatigheidsleer.

Tegenover het *verticale* onrechtmatigheidstype van het gelegenheidsdelict stel ik het *horizontale* van het beroepsmisdrijf.

Om den weg voor een juist begrip van dit horizontale onrechtmatig-

heidstype te effenen, moeten we een oogenblik stilstaan bij de nieuwste ontwikkeling van de onrechtmatigheidsleer in het strafrecht.

De klassieke onrechtmatigheidsleer was om zoo te zeggen van huis uit formalistisch en star. Zulks was het gevolg van de afgetrokken, schier mathematische beschouwing van het vergrijp, los van het *levensverband*, waarin het optreedt. Deze formalistische opvatting kwam het best uit in de zuiver analytische, d. w. z. niets zeggende definities der onrechtmatigheid, die men in de heerschende dogmatiek kan vinden, voorzoover men het althans noodig vond, de onrechtmatigheid als een noodwendig „element” van het vergrijp te omschrijven. „Onrechtmatig” — op deze omschrijving komen alle formalistische beschouwingen neer — „is een menselijke gedraging, die in strijd is met een rechtsnorm, d. i. een gebod of verbod des rechts”¹⁹⁾. Zelfs in de uitstekende monographie van H. A. FISCHER over de onrechtmatigheid²⁰⁾ kan men deze tautologie lezen. Het gevolg van deze formalistische opvatting was, dat de geheele leer der onrechtmatigheid uit systematisch oogpunt onontwikkeld bleef, dat het zwaartepunt van de behandeling zich richtte op de z.g. rechtvaardigingsgronden, (een term, voor het eerst door BERNER gebruikt) en hier in de meest onbevredigende casuïstiek verliep. Want daarover, dat de weinige rechtvaardigingsgronden, die ons wetboek uitdrukkelijk opsomt (overmacht, noodweer, wettelijk voorschrift en ambtelijk bevel) allerminst afdoende zijn, om de al of niet wederrechtelijkheid van een menselijke gedraging, die formeel aan de delictsomschrijving beantwoordt vast te stellen, kon geen twijfel bestaan.

En zoo werd dan een steeds aangroeiende casuïstiek gedreven met de gronden, die de onrechtmatigheid uitsluiten, een casuïstiek, die echter al spoedig de grenzen van het formalisme moest doorbreken, daar ze rechtvaardigingsgronden ging aanvaarden, die in geen enkele wetsbepaling (ook buiten de strafwet om niet) te vinden waren. BINDING's verwijzing naar het ongeschreven recht kwam inderdaad neer op een breuk met het formalisme. Kon men het medisch beroepsrecht en het tuchtigingsrecht nog op wetsbepalingen doen steunen, bij de beroemde strijdvraag inzake de toestemming van den benadeelde, raakte men geheel van den bodem van het geformuleerde recht los, bij de behandeling van de beteekenis der z.g. plichtenbotsing, liet het geschreven recht telkens in den steek en toen ZITELMANN²¹⁾ ook de „zaakwaarneming” onder de rechtvaardigingsgronden ging rangschikken, was het hek geheel van den dam. Immers Zitelmann's redeneering kwam hierop neer, dat hij, die *formeel* een verbod b.v. van zaakbeschadiging, of van het jagen op vreemden grond zonder vergunning overtreedt, toch *zakelijk* niet in strijd met dit verbod handelt, wanneer zijn handeling de belangen van den gelaedeerde diende. Dat hier het formeele onrechtsbegrip inderdaad door een materieel is vervangen, zou niemand in twijfel kunnen trekken. Dit alles was echter niet afdoende, om de heerschende leer met de formalistische opvatting te doen breken. Integendeel, in de theorie der z.g. „negativen Tat-

umstände", vooral ontwikkeld door FRANK, MIRICKA en BAUMGARTEN²²), kreeg ze nieuwen levenstoevoer.

Voor al de klassieke richting, ofschoon ze laatstgenoemde theorie i.h.a. geenszins aanvaardde, bleef met een zekere intuïtieve vasthoudendheid aan de formeele opvatting verknocht.

Daartegenover mag het reeds als een besliste vooruitgang in de moderne dogmatiek worden beschouwd, dat enkele schrijvers, waaronder met name GRAF ZU DOHNA, VON LISZT, M. E. MAYER, SAUER en TARNOWSKI zijn te noemen, de onhoudbaarheid van dit formalisme hebben ingezien en beproefd hebben aan de onrechtmatigheidsleer een *materieele* zin te geven. Dat zulks niet mogelijk is, zonder het delict in zijn *levensverband* te vatten, zal op het eerste gezicht duidelijk zijn.

Wat wil immers de materieele onrechtmatigheidsleer in onderscheiding van de formeele?

Zij legt er den nadruk op, dat de onrechtmatigheid van een gedraging als zoodanig nooit of te nimmer is vast te stellen buiten de concrete en zakelijke gegevens, die ons het leven biedt, maar dat overal een teleologische, een naar doelmatigheidsgezichtspunt geordende beschouwingswijze moet ingrijpen, daar de formeele beantwoording aan de wettelijke omschrijving van het delict op zichzelf geen enkelen waarborg biedt, dat de betrokken gedraging ook inderdaad als wederrechtelijk moet worden beschouwd.

Alleen bij een dergelijke *materieele, zakelijke opvatting* der onrechtmatigheid kan een einde komen aan de toch inderdaad moeilijk anders dan „onwetenschappelijk” te noemen casuïstiek, die de heerschende dogmatiek ontsiert. Want zij dwingt, tot het grijpen naar een systematisch beginsel, dat bij de concrete afweging van de omstandigheden, die vóór of tegen de wederrechtelijkheid pleiten, leiding kan geven.

Nu springt intusschen tevens in 't oog, dat deze materieele onrechtmatigheidsleer alleen dan op zuiveren bodem kan blijven, voorzover ze het *beginsel der souvereiniteit in eigen kring* eerbiedigt en haar leidende beginselen niet gaat zoeken in andere wetsskringen dan die van het recht.

Mayer's tegenwerping, dat men, door zijn onrechtmatigheidsbegrip alleen aan het rechtsgebied zelve te oriënteren, niet uit den ban van het formalisme zou kunnen uitkomen, kan alleen houtsnijden tegen de afgetrokken formalistische rechtsbeschouwing, die inderdaad, gelijk we in ander verband uitvoerig hebben uiteengezet, met het beginsel der souvereiniteit in eigen kring in *strijd* is. Want dit beginsel is een *organisch* beginsel en doet den souvereinen zin des rechts slechts in *levensverband* zien.

De tegenwerping van Mayer doet ons reeds vermoeden, waar onze wegen zich van de moderne materieele onrechtmatigheidsleer moeten scheiden. Het is weder het humanistisch continuïteitsbeginsel, dat die scheiding brengt. Evenals de modernistische strafrechtsbeschouwing weliswaar recht had met haar strijd tegen de abstraheeringsmethode der

klassieken, maar nu, in het andere uiterste overslaande, het strafrecht buiten den zin der vergelding ging vatten, zoo heeft de materieele onrechtmatigheidsleer, schoon op minder krasse wijze, zich van den zin der vergelding, den zin des rechts losgemaakt, om op vóór- of na-juridische normengebieden uitkomst te zoeken.

Ook hier doet de wetsidee haar invloed gelden.

DOHNA²³), die wel op het vaderschap der materieele onrechtmatigheidsleer mag aanspraak maken en zich voor deze geheele theorie inderdaad buitengewone verdiensten verworven heeft, heeft tegelijk de noodzakelijkheid ingezien, voor het opsporen van de leidende beginselen dezer leer den positivistischen ban te verbreken. Daarbij kwam hij echter niet verder dan tot het formeel beginsel, dat een menschelijke gedraging om rechtmatig te zijn moet beantwoorden aan de idee des rechts „der Maxime für richtiges Verhalten” in STAMMLER's zin. De handeling moet „das rechte Mittel zum rechtem Zweck” zijn.

In deze formule is de zin des rechts, de vergeldingsgedachte niet vertegenwoordigd. Dohna zoekt den maatstaf voor de onrechtmatigheid der handeling in de taak des rechts „das soziale Zusammenleben der Gemeinschaftsglieder zu regeln”²⁴). Dit is echter geen maatstaf, daar alle *zin*, alle inhoud er aan ontbreekt. Voorzoover naar Stammler's rechtsidee wordt verwezen, wordt geappelleerd op een formeel-humanistisch gevatte zedelijke idee: „die Gemeinschaft frei wollender Menschen”, waarin het autonomiebeginsel van het humanistisch persoonlijkheidsideaal is belichaamd.

De pogingen om boven dit inderdaad „moraliseerend” formalisme uit te komen hebben geleid tot de bekende theorieën van MAYER en SAUER; MAYER greep naar het „vorjuristische Normenkomplex” der kultuur. De kultuurnorm is volgens Mayer een verbod of gebod, waardoor een maatschappij de aan haar belang beantwoordende gedraging vordert. Wat het kultuurbegrip zelve aangaat, sluit Mayer zich aan bij de bekende opvatting der Badensche school in de neo-kantiaansche wijsbegeerte, met name bij FRITZ MÜNCH's definitie: „Kultur ist ideenbezogene Gesellschaftsgestaltung”²⁵). In dit kultuurbegrip ontbreekt uiteraard alle wezenszin in de beteekenis van het beginsel der souvereiniteit in eigen kring. Het is een typisch staaltje van begripsvorming volgens de methode van het continuïteitsprincipe „Unter diese Definition”, aldus schrijft Mayer zelf, „fallen die Normen der Religion und der Moral, die Normen des Verkehrs im örtlichen und geistigen, im wirtschaftlichen und geselligen Sinne, die Normen(!) der agrarischen, militärischen, technischen, akademischen Kultur (sic!) usw. und natürlich(!) auch die Rechtsnormen”²⁶).

M. a. w. het is weer een typisch begrip zonder zin, dat de meest heterogene elementen in een onderling tegenstrijdig logisch verband vat. En met behulp van dit begrip (!) der kultuurnorm zou nu een materieele afgrenzing tusschen rechtmatige en onrechtmatige gedraging moeten

worden verkregen: Onrechtmatig zou dan n.l. iedere gedraging zijn, die tegen een juridisch *erkende* kultuurnorm indruischt en deze erkenning zou dan haar blijvende uitdrukking vinden in de wettelijke omschrijving van het rechtsfeit (den Tatbestand). Door dit begrip van „erkenning” eener kultuurnorm door de rechtsorde, meent Mayer alle verwijten, die met name door BELING, BINDING, NAGLER en FISCHER tegen zijn „degradeering” van het recht zijn gericht, te kunnen ontzenuwen. Mayer kan dit echter alleen in ernst meenen, doordat hij begonnen is den souverainen zin der onderscheiden normenkringen uit te schakelen, teneinde een continuïteitsverband tusschen hen te kunnen leggen. En wanneer de formalistische klassieke strafrechtsdogmatiek tegen deze kultuurnormentheorie het scherpe verwijt van grensoverschrijding richt, dan is anderszijds dit verwijt geenszins te verstaan als een opkomen voor den souverainen zin des rechts, doch veeleer als een verzet van het formalistisch positivisme tegen de poging, zijn formeel-verstandelijk kader te doorbreken.

De volkomen zin-loosheid van Mayer's begrip der kultuurnorm blijkt ten duidelijkste hieruit, dat hij ook het gebruik binnen een rooversbende inzake deeling van den buit als een kultuurnorm laat gelden. Duidelijker kan de volstreckte ontzieling van het begrip „sociale norm” niet worden aangetoond. De goddelijke grondslag van alle norm, zijn souvereine wezenszin, is hier juist in zijn tegendeel verkeerd!

Mayer geeft een typisch voorbeeld ten bewijze van de „bruikbaarheid” zijner theorie. Zoo vraagt hij NAGLER, waaruit anders dan uit de kultuurnorm valt vast te stellen, dat wanneer men iemand „ezel” noemt, men zich schuldig maakt aan onrechtmatige beleediging. Dit voorbeeld demonstreert echter juist de onhoudbaarheid der theorie. Immers de sociale beleefdheidsnorm, waarop Mayer hier blijkbaar het oog heeft, bezit een souverainen zin, die van den vergeldingszin des rechts toto coelo onderscheiden is. Men kan iemand in gezelschap veel sterker door onbeleefdheid krenken dan bij het gebruik van het woord „ezel”, b.v. door hem als een minderwaardig individu te negeeren. Het recht bemoeit zich daarmee niet, wijl hier de goederen der vergeldingsgemeenschap niet worden aangetast.

Waarom bemoeit het recht zich dan wel met de publieke uiting van een beleediging? Erkent de rechtsorde hier een beleefdheids- of fatsoensnorm; neemt zij zulk een norm in haar normenstelsel op? Erkent het recht m. a. w. slechts een norm, die een bepaald ruw soort onbeleefdheid verbiedt, en „erkent” ze niet de normen, die door ieder als veel ernstiger inbreuk op de sociale beleefdheid gevoelde krenkingen verbieden? Dit zou toch, ook op Mayer's standpunt, dat aan het recht de functie van critiek der kultuur toekent, volkomen onbegrijpelijk zijn.

De zin van de rechtsnorm, die openbare beleediging verbiedt, is geenszins een norm van sociaal fatsoen te sanctioneeren, want zulk een norm is uit hare samenhang niet los te maken en heeft een geheel anderen zin

en functie dan de rechtsnorm. Het recht beschermt de eer als rechtsgoed in de vergeldingsgemeenschap, doch niet de eischen van fatsoen of beleefdheid. De onrechtmatige belediging, die in het in 't openbaar gebruiken van een scheldwoord ligt opgesloten, schuilt in den materiëelen rechtszin dezer gedraging, die gericht is op aantasting van de eer van een rechtssubject en natuurlijk is deze materiële rechtszin niet te vatten buiten zijn substraten in de taal, in het historisch kultuurpeil en de sociale normen. Wanneer men echter de rechtsnormen met de normen der substraatskringen maar onder één begripsnoemer gaat brengen, brengt men geen helderheid in de leer der materiële onrechtmatigheid, doch heillooze verwarring. De materiële onrechtmatigheid der openbare belediging is nimmer buiten den zin der *vergelding* te vatten!

Op andere wijze dan Mayer heeft SAUER in zijn diep gevatte „Grundlagen des Strafrechts” (1921) beproefd, de materiële onrechtmatigheidsleer te fundeeren. Sauer erkent het gebrek aan analytische zuiverheid van Mayer's kultuurnormentheorie, al verklaart hij zich in de grondgedachte met Mayer eensgeestes²⁷⁾.

Die eensgezindheid openbaart zich trouwens reeds in den aanvang van Sauer's beschouwingen over het wezen van recht en onrecht, waar hij zich openlijk een aanhanger der humanistische wetsidee toont, van de humanistische wetsidee typisch weer in haar *vooordeel* inzake de *onbevooroordeeldheid* van het wetenschappelijk denken („Eine wissenschaftliche Herleitung hat ja so voraussetzungslos wie möglich zu sein; sie hat nur sich selbst, nur das Denken vorauszusetzen. Will man eben einen unangreifbareren Ausgangspunkt nehmen!”²⁸⁾), typisch ook in haar humanistisch continuïteitsbeginsel, dat alle waarden (d. z. de gehypostaseerde, wijl van het subject losgemaakte normbeginselen!) in een ononderbroken redelijken samenhang in elkander laat overvloeien en ze alleen formeel van elkander wil onderscheiden²⁹⁾.

Zoo neemt Sauer, evenzeer als Mayer, bij de bepaling van het begrip der onrechtmatigheid zijn uitgangspunt in het *ruimere* begrip (sic!) der „Kultur-widrigkeit”.

Daarbij neemt hij de kultuur als inbegrip der waarden en wil daarmee toch boven Mayer's begrip der kultuurnorm uitgaan. Strijdigheid met de kultuur is een *onwaarde* en iedere norm vindt haar logisch prius in de *waarde*.

Nu wil Sauer den materiëelen zin der onrechtmatigheid bepalen door een geleidelijke inperking van zijn alle waarden overspannend kultuurbegrip: „So haben sich die Rechtmäßigkeit und die Rechtswidrigkeit innerhalb des Reiches der Werte auf das engere Gebiet des Sollens zu beschränken, und auch hier hat noch eine weitere Einengung insofern statt zu finden, als das individualethisch Gute und Böse ausscheiden. Nunmehr ist ihr Bereich genügend umgrenzt; betreten ist die Sozialethik oder die normative Soziologie.

Es ist dieses der unmittelbar weitere (!) Kreis über der Rechtswissen-

schaft und es leuchtet ein, dasz, wenn wir nunmehr die Begriffe Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit vom soziologischen Standpunkte bestimmen werden, wir nur noch einen einzigen Schritt abwärts zu tun haben, um durch Einführung der rechtlich-staatlichen Normen die gesuchten juridischen Begriffe zu erhalten. Nur so kann das metajuristisch zu bestimmende Wesen der Begriffe rechtmäßig und rechtswidrig erkannt werden; nur durch eine schrittweise Verengering der Kreise, die mit dem denkbar weitesten des wissenschaftlichen Urteilens überhaupt beginnen, kann reine Arbeit — „rein“ im streng wissenschaftlichen Sinne — geleistet werden”³⁰⁾.

Het wezen der onrechtmatigheid zal hier dus langs *sociologischen* weg worden benaderd, door oriëntering aan de sociale waarden, als onderdeel der kultuur, waarbij dan gepoogd zal worden, door steeds verdere inperking van het normatief-sociologisch gezichtspunt tenslotte den materiëelen juridischen zin van het begrip te bepalen. Daarbij keert Sauer zich tegen hen, die met STAMMLER alleen de oriëntering der rechtsvragen aan een *absolute* waarde als wetenschappelijk houdbaar stempelen. De objectieve waarden, die op sociaal gebied het richtsnoer aangeven zijn slechts betrekkelijk van karakter. Gaat men boven deze betrekkelijke waarden steeds naar meer objectieve zoeken om tenslotte eerst bij een absolute waarde halt te maken, wat uit wijsgeerig oogpunt natuurlijk geboden is(!), dan overschrijdt men de grenzen zijner wetenschap³¹⁾. Ik leg hier even op deze opvatting van Sauer den nadruk, om nog eens ten overvloede vast te stellen, dat Sauer met den souverainen *zin* der normenkringen en dus ook met dien van den rechtskring, volstrekt heeft gebroken en het humanistisch continuïteitsbeginsel in al zijn scherpte *aanvaardt*, gelijk hij zulks op ondubbelzinnige wijze zelve verklaart in de uitspraak: „So lässt sich bewerten die menschliche Handlung nach dem strafgesetzlichen Tatbestand, dieser nach der allgemeinen Rechtswidrigkeit, diese nach der sozialen Schädlichkeit, diese nach der Unsittlichkeit, diese nach der Kulturwidrigkeit, diese nach der Unrichtigkeit”³²⁾. Deze opvatting is immers slechts houdbaar, wanneer rechtswet, sociale norm, zedelijkheidsnorm, historische norm etc. etc. alle onder één noemer, onder één waardeeringsmaatstaf kunnen worden gebracht, m. a. w. bij de meest volstrekte ontkenning harer sovereigniteit in eigen kring en deze ontkenning hangt weer ten nauwste samen met het humanistisch uitgangspunt „dasz der Wert das Erzeugnis des menschlichen Bewusstseins ist”³³⁾. Geheel in overeenstemming hiermede is Sauer's „zin”looze definitie van het recht als „das Werturteil der (staatlichen) Gemeinschaft über die einzelnen Wertbestrebungen innerhalb dieser Gemeinschaft”³⁴⁾.

Het gezochte materiële beginsel voor de onrechtmatigheidsleer wordt nu door Sauer gevonden in den utilistisch gevatten sozialen maatstaf, dat in strijd met de sociale waarden een gedraging is, die de gemeenschap meer nut dan schade toevoegt.

Het „sociale” begrip gemeenschap wordt nu slechts enger gevat als „staat” en zie daar dan Sauer’s materieel onrechtmatigheidsbegrip: „Rechtswidrig ist ein Verhalten, das nach seiner allgemeinen Tendenz dem Staate und seinen Gliedern mehr schadet als nützt”³⁵).

De beteekenis van deze formuleering schuilt vooral in het nauwe verband, dat hier door Sauer wordt gelegd tusschen de onrechtmatigheid en het *gevolg* der gedraging en daarbij valt dankbaar vast te stellen, dat Sauer in tegenstelling tot de formalistische onrechtmatigheidsleer, weer een poging heeft gedaan, om de fundamenteele beteekenis der causaliteit voor de onrechtmatigheid in ’t licht te stellen.

Het voorwerp der rechtelijke waardeering naar den maatstaf van rechtmatigheid of onrechtmatigheid is volgens hem n.l. immer en alleen de op een mensch als oorzaak terug te voeren verandering binnen het maatschappelijk leven: „Nur diejenigen Veränderungen interessieren aber das Recht, die ein menschliches Verhalten als Ursache haben. Das prinzipiale Wertungsobjekt ist mithin der Erfolg; denn nur für tatsächliche Aenderungen kann die Rechtsordnung Interesse zeigen”³⁶).

En daarbij mag het „gevolg” der handeling niet in naturalistischen zin als *feitelijk* gevolg worden begrepen, maar het gevolg, dat de gemeenschap bij de onderhavige gedraging als *waarschijnlijk verwacht*. „Nur der Erfolg kann in Betracht kommen, der dem Wesen einer menschlichen Verhaltungsweise, einem Verhalten von einer gewissen Art innewohnt, der der Natur derartiger Verhaltungsweisen entspricht, der ihnen „adäquat” ist, der sich als die allgemeine, die generelle Tendenz des Verhaltens darstellt”³⁷).

M. a. w. Sauer is doorgedrongen tot het inzicht in den onlosmakelijken samenhang van onrechtmatigheid en oorzakelijkheid, dit laatste begrip genomen in den zin van de theorieën der adaequate veroorzaking.

Ook bij vaststelling van de diepe kloof, die wijsgeerig, methodisch en zakelijk-wetenschappelijk mij van Sauer scheidt³⁸) wil ik toch gaarne de groote wetenschappelijke verdienste erkennen, welke Sauer zich hiermede, doorgaande op den reeds door VON JHERING c. s. ingeslagen weg, heeft verworven.

Zooals wij in ’t vervolg zullen zien, heeft alle practische uitwerking der materiele onrechtmatigheidsleer, ook voorzooverre ze zich onafhankelijk van Sauer heeft ontwikkeld, bij het verband tusschen onrechtmatigheid en oorzakelijkheid aangeknoopt.

Intusschen kan onze waardeering voor Sauer’s arbeid geen stap verder gaan. Immers, waar hij in de lijn van het continuïteitspostulaat, den soevereinen *zin* der normen in zijn betoog uitschakelt, moet de door hem gevonden maatstaf juridisch waardeloos zijn. Ieder gevoelt toch, dat het utilistisch begrip: „meer schade dan nut teweegbrengen” ons reeds daarom niets kan zeggen, wijl hier alles afhangt van de vraag, wat men onder „schade” en „nuttigheid” verstaat. Het gaat hier opnieuw over een vraag van waardeering, die een *maatstaf*, een *norm* eischt en juist

die norm, waar alles op aan komt, moet dit sociaal utilitarisme uit de school van von Jhering ons ten eenenmale onthouden.

Het gevolg eener rechtmatige gedraging laat zich nu eenmaal niet natuurwetenschappelijk vaststellen, evenmin als de meer of mindere gevaarsgrootte in de rechtsgemeenschap.

De begrippen schade, gevaar etc. moeten, om rechtens bruikbaar te zijn, evenals het begrip der veroorzaking zelve in den *zin der vergelding* worden gevat. Er schuilt geen natuurlijke „neutraliteit” in deze begrippen; alles komt aan op het vaststellen van hun zakelijken juridischen *zin*. Handelt, om een bekend voorbeeld uit de rechtspraak van het Duitsche Reichsgericht te nemen, een koetsier onrechtmatig, die met een gevaarlijk paard (een z.g. leidselfanger) over den openbaren weg rijdt? Om deze vraag, die eerst gesteld moet worden alvorens de schuldvraag aan de orde kan komen, te beantwoorden, moet men toch beginnen vast te stellen, welken *zin* men in deze handeling met haar gevolgen wil vatten.

Hier moet een afweging plaatsgrijpen *naar den zin der vergelding* in organisch verband met alle substraatkringen van het recht. Het gaat hier om den maatstaf der *evenmaat* in het rechtsleven, niet om een maatstaf van economische waarde, of sociale beleefdheid, fatsoen of tact.

Dat in het rechtsleven niet een „natuurlijke” gevaarlijkheid in den objectieven *zin der waarschijnlijkheidsrekening* (VON KRIES) in aanmerking kan komen, blijkt zonneklaar uit het feit, dat dagelijks „gevaarlijke” handelingen in dezen *zin* verricht worden, welker rechtmatigheid boven bedenking verheven is (men denke slechts aan de inrichtingen, die met een hinderwetsvergunning worden geëxploiteerd, aan spoor-, tram-, scheepvaart- en vliegwezen enz. enz.). Dergelijke handelingen kunnen nimmer naar haar natuurlijke inbreuk maken op de rechtsgemeenschap, schadelijk en gevaarveroorzakend in de *rechtsgemeenschap* ingrijpen, want die rechtsgemeenschap bestaat juist in een ordening van *evenmaat*, waarin in een eindeloze reeks van wederzijdsche betrekkingen alle rechtssubjecten in plichten- en rechtenafbakening gevoegd zijn. Eerst dan wanneer de gerechtigde zijn aan zijn rechten vastgekoppelde *verplichtingen* niet nakomt, ontstaat schade of gevaar in *rechtszin*. B.v. een koeiendrijver voert een gevaarlijken stier langs een openbaren verkeersweg, zonder voldoende voorzorgen te nemen tegen het losbreken van dit dier. De vraag, of hierbij „voldoende” voorzorgen zijn getroffen, is opnieuw in materieelen *zin* gesproken een *rechtsvraag*, kan nimmer beteekenen, het in *natuurlijken zin* *onmogelijk* maken van losbreken, doch alleen het treffen van zulke voorzorgen, als in een *rechtsgemeenschap* redelijkerwijze mag worden verwacht. „In een *rechtsgemeenschap*” zeggen wij uitdrukkelijk! Want het sociale leven met zijn fatsoens- en beleefdheidsnormen stelt geheel andere eischen aan zulke „voorzorgen” dan de vergeldingsgemeenschap. Het is niet beleefd, wanneer een heer een weinig aan gevaar gewende dame, die hij tot een wandeling heeft uitgenoodigd, opzettelijk en zonder noodzaak over wegen voert, waar het

natuurlijk gevaar voor vallen en zich bezoedelen, vrij groot is, ook al neemt hij zich voor, onmiddellijk in te grijpen, waar het gevaar acuut zou worden. Maar van gevaar in *rechtszin*, in *vergeldingszin* behoeft hier geen sprake te zijn en daarom kunnen de door hem uit beleefdheidsoogpunt genomen voorzorgen ook niet naar den maatstaf van rechtmatigheid of onrechtmatigheid worden beoordeeld.

Kortom, alle pogingen om den materieelen zin der onrechtmatigheid met behulp van meta-jurische normen vast te stellen, loopen uit op een vervalsching van de vraagstelling of op een openlijken circulus vitiosus. Men raakt den zin der vergelding op het rechtsgebied nimmer kwijt, hoe men ook aan dezen keten rukt.

Het eenige, wat de besproken theorieën ons op dit punt kunnen leeren is dit, dat het positivistisch rechtsbegrip onbruikbaar is. Want alleen het inzicht, dat een positivistisch gevat rechtsbegrip overal in het rechtsleven in den steek laat, verklaart de pogingen, om in andere wetskringen de beginselen te zoeken, die men op 't gebied van het recht zelve als „natuurrecht” meent te kunnen brandmerken.

Zulks blijkt weder duidelijk, wanneer men zich verdiept in de practische uitwerking der materiele onrechtmatigheidsleer, gelijk wij die bij een modern schrijver als TARNOWSKI³⁹⁾ vinden.

Voor het algemeen beginsel, dat aan de theorie ten grondslag ligt, sluit deze scherpzinnige geleerde zich aan bij DOHNA's theorie, waarbij hij vaststelt, dat het onmogelijk is het door laatstgenoemde gegeven formeele criterium een zakelijken inhoud te geven.

In laatste instantie gaat het bij grensscheiding tusschen rechtmatige en onrechtmatige handelingen volgens hem immer om de bekende „Werturteile und Willensentscheidungen”, die geen exacten maatstaf bezitten. Zeer terecht betoogt Tarnowski, dat verschillende theoretici van de leer der adaequate veroorzaking zich tevergeefs moeite hebben gegeven, zonder inmenging van waardeeringsmaatstaven een exact criterium aan te geven voor de mate van „adaequaatheid” van het gevolg aan de oorzaak. Onze schrijver verwijst dit waardeeringsoordeel naar de leer der onrechtmatigheid, waarbij hij echter een o. i. onhoudbaar dualisme tusschen de causale en normatieve beschouwingswijze in het rechtsgebied vaststelt.

Onrechtmatig is nu volgens Tarnowski een handeling dan te noemen, wanneer zij naar den graad der adaequaatheid van het nagestreefde gevolg, den omvang der mogelijke en te verwachten bereiking van het doel en de waarde van het in de handeling nagestreefde doel, als schadelijk in socialen zin moet worden aangemerkt⁴⁰⁾.

Ook hier dus ter laatste instantie een sociologische maatstaf, die, gelijk we reeds bij de bespreking van Sauer's theorie als volstrekt waardeloos in juridischen zin moesten stempelen. Slechts oriëntering van den aan te leggen maatstaf aan den zin der vergelding levert het juiste standpunt in de materiele onrechtmatigheidsleer op. Deze maatstaf krijgt concreten zin, wanneer zij zich richt naar de materiele rechtsbeginselen, die aan

het positieve recht ten grondslag liggen, in levensverband geschouwd met de substraatkringen des rechts.

Nemen wij als voorbeeld het gequalificeerde afdrijvingsdelict, omschreven in art. 298 W. v. S., waarbij de geneeskundige de kunstbewerking verricht. Afdrijving zonder meer, kan nimmer onrechtmatig in de vergeldingsgemeenschap ingrijpen. Het rechtsbeginsel, hier in 't geding, spreekt uit, dat het leven van de ongeboren vrucht vergeldingsgoed is en dus niet zonder rechtsgrond kan worden aangetast. Hoe nu echter, wanneer de geneeskundige voor het dilemma wordt gesteld òf de ongeboren vrucht te vernietigen, òf de vrouw in levensgevaar te laten? Dan moet een afweging van de concrete rechtsgoederen plaats vinden naar vergeldingsmaatstaf. Alle omstandigheden moeten daarbij in rekening worden gesteld. De vergeldingsmaatstaf luidt concreter beschouwd, dat onder overigens gelijke omstandigheden het leven der vrouw hooger moet worden geschat, dan dat van de ongeboren vrucht. Deze maatstaf heeft, al is ze nergens *met zooveel woorden* in het positieve recht uitgedrukt, *vergeldingszin*. Nòch de sociale fatsoens- of beleefdheidsnorm, nòch de economische waarde-norm, nòch de zedelijke norm kunnen de functie van afweging der rechtsgoederen vervullen en dat de medische wetenschap hier geen norm kan aangeven, is evident.

Nu moet echter deze maatstaf nader worden geconcretiseerd door het geval in *levensverband* te beschouwen en daarbij valt onmiddellijk de doorslaande beteekenis van de juridische oorzakelijkheid in het oog.

Die oorzakelijkheid overspant hier twee gevolgen in vergeldingsverband: den dood der ongeboren vrucht en het behoud van het leven der moeder. Wie hier alleen het natuurlijk factum van den dood der ongeboren vrucht in 't oog vat, heeft den zin van de juridische oorzakelijkheid eenvoudig niet gegrepen en staat hulpeloos tegenover de materiële onrechtmatigheidsvraag.

De rechtmatigheid of onrechtmatigheid van de afdrijving hangt nu af van den concreten aard van het bedoelde vergeldingsverband tusschen de beide handelingsgevolgen. Is, naar het oordeel der medische wetenschap, de gevaaarmarge voor den dood der moeder betrekkelijk gering, dan mag de vrucht ongetwijfeld niet worden opgeofferd. Daartegenover staat als ander uiterste, dat naar het oordeel der wetenschap de met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid van den dood der moeder wordt uitgesproken, in welk geval de rechtmatigheid der afdrijving bezwaarlijk valt te betwisten.

Tusschen deze beide polen, is een groote variatie mogelijk naar gelang van den waarschijnlijkheidsgraad. De caesuur tusschen rechtmatigheid en onrechtmatigheid der afdrijving kan slechts uit vergeldingsgezichtspunt worden getroffen⁴¹⁾. Want, terwijl het oordeel der wetenschap steeds voor exacter resultaten moet wijken en in wezen naar biologische waarheid moet streven, komt voor het afwegen van het rechtmatigheids- of onrechtmatigheidsoordeel slechts in aanmerking een naar vergeldings-

maatstaf „redelijke” zorgvuldigheid bij het vaststellen van den waarschijnlijkheidsgraad.

De maatstaf der medische wetenschap is zonder meer voor het recht onbruikbaar.

Intusschen moeten wij hier waarschuwen tegen de heerschende opvatting, dat „dus” de onrechtmatigheid eener handeling geheel zou bestaan in het subjectieve onrechtmatigheidsoordeel. SAUER heeft deze opvatting kenkritisch pogen te funderen door de transcendentiaal-idealistische stelling, dat de maatstaf in kennistheoretischen zin het object eerst schept⁴²⁾. Hier is weder in 't geding de vraag of aan de rechtsverschijnselen als *zoodanig* realiteit toekomt, dan wel of de werkelijkheid is beperkt tot het zinnelijk waarneembare. En op den achtergrond staat weder de opvatting van de functies van „het ding”, dat men ten onrechte vereenzelvigt met de substantie in den verabsoluteerden zin van het humanisme.

Bij onze kennistheoretische ontleding van het „dingbegrip” in de verhandeling over het juridisch veroorzakingsprobleem, vonden wij gelegenheid terzake stelling te kiezen.

Voor ons zijn de subjectieve *rechtsverschijnselen* als *zoodanig* evenzeer functies der realiteit als de subjectieve *natuurverschijnselen*. M. a. w. aan het onrechtmatigheidsoordeel moet beantwoorden een reële stand van zaken in subjectieven *rechtszin*.

De juridische oorzakelijkheid heeft een *reële* beteekenis in de rechtswereld, een beteekenis, welke het onrechtmatigheidsoordeel pooft te benaderen en waarbij het oordeelend subject ongetwijfeld kan falen.

De onscheidbare samenhang tusschen onrechtmatigheid en juridische *oorzakelijkheid* waarborgt den reëlen zin der onrechtmatigheid.

* * *

Thans moeten wij uit onze uiteenzetting van de materiële onrechtmatigheidsleer eenige conclusies trekken, die van verstrekkende beteekenis zijn voor de juiste dogmatische opvatting der beroepsmisdaad.

1. Zoo zeker als het juridisch gevolg niet samenvalt met het natuurlijk gevolg, kan de onrechtmatigheid als eigenschap niet toekomen aan een natuurlijk werken in de buitenwereld zonder meer, ook voorzover deze activiteit van een mensch uitgaat.

Het is hier dus de plaats, scherp stelling te kiezen tegen BELING's naturalistische leer van den „Tatbestand”⁴³⁾ welke in den „Tatbestand” slechts natuurlijke feiten opneemt, waarop dan achteraf het rechtmatigheids- of onrechtmatigheidsoordeel zou moeten worden toegepast. „Eine Beziehung zur Rechtswelt” aldus BELING, „wohnt dem Erfolge eben überhaupt nicht inne. Die tatbeständlichen Erfolge als solche sind diesseits von gut und böse”⁴⁴⁾. Alsof zulk een naturalistisch begrip van het rechtsfeit, ooit in rechte beteekenis zou kunnen bezitten!

Wij sluiten ons daartegenover, althans in zooverre bij SAUER's op-

vatting aan, dat o.i. het rechtsfeit (de Tatbestand) in de wettelijke delictsomschrijving niets anders is dan een *type* van de onrechtmatige handeling in materieelen zin genomen.

2. De aard van dit onrechtmatigheidstype hangt ten nauwste samen met den aard van het juridisch oorzakelijkheidsverband, dat in het rechtsfeit tot uitdrukking komt.

Het onrechtmatigheidstype van het beroepsmisdrijf, zooals dit de lege ferenda zou moeten worden gevat, overspant in vergeldingssamenhang geschouwd, de incidenteele onrechtmatigheidstypen van verschillende gelegenheidsvergripen. Dit onrechtmatigheidstype noemen wij *horizontaal*, in tegenstelling tot het *verticale* van het gelegenheidsvergriep.

Het type rust op den eigenaardigen vergeldingssamenhang tusschen de subjectieve rechtsgevolgen, m. a. w. op een eigenaardig horizontaal veroorzakingstype.

3. Zoo zeker als de waarschijnlijkheidsgraad der juridisch-adaequate oorzakelijkheid gradaties toelaat, welke in vergeldingszin reële beteekenis hebben, zoo zeker laat ook het onrechtmatigheidstype van een vergriep graties toe. De materiële onrechtmatigheid is geen *starre* eigenschap van het vergriep⁴⁵).

Onze eerste conclusie behoeven wij hier niet verder uit te werken. Zij hangt geheel samen met de wetsidee, die aan onze wetenschappelijke methode ten grondslag ligt en *kan dus niet los van deze wetsidee worden bestreden*.

Onze tweede en derde gevolgtrekking gaan wij thans nader gebruiken bij onze dogmatische constructie van de beroepsmisdaad.

Wil men het *horizontaal* onrechtmatigheidstype van het beroepsdelict juridisch vatten, dan moet men zich losmaken van de individueele daad, waarin de beroepsmisdaad tot uiting komt, om veeleer den strafrechtelijken zin van het crimineel beroep of bedrijf zelve tot grondslag te kiezen.

Niet de anti-sociale gezindheid, noch de individueele gedraging kan een deugdelijke grondslag vormen voor een wezenlijk op de goddelijke rechtsordinantie steunende strafrechtelijke vergelding van beroeps- of bedrijfsmisdaad, doch de organisch gevatte objectieve strafrechtelijke zin van dezen gecompliceerden vorm van vergriep zelve.

In 't licht van een dergelijk strafrechtelijk beroeps- of bedrijfsbegrip moet een horizontaal onrechtmatigheids- en oorzakelijkheidsverband worden gelegd tusschen alle de rechtsgemeenschap schadelijke gedragingen, die uit den aard van het misdadig beroep of bedrijf voortvloeien.

Het dogmatisch onderscheid tusschen beroeps- en gewoonte-misdaad.

Zal een dergelijke constructie echter niet in de lucht blijven zweven, dan moet een einde komen aan de heerschende verwarring inzake het begrip beroepsmisdaad.

Deze verwarring is door de moderne criminologie zelve gekweekt en de bron dezer verwarring valt licht te ontdekken. Het ging de moderne

criminologie bij haar onderzoek van beroeps- en gewoonte-misdaad geenszins om juridische onderscheidingen. Ze richtte haar onderzoek geheel op de substraatsfactoren der chronische misdadigheid en uit dit oogpunt bezien moest ze zich juist van de strafrechtsdogmatiek afwenden. De verschillende klassificaties der misdadigers, gelijk ze door Ferri, v. Liszt, Prins, Tarde, Exner en andere gegeven zijn, richtten zich veeleer naar zielkundige gezichtspunten. Zoo kwam men er toe beroeps- en gewoontemisdadigers in één categorie te vatten, daarbij lettende alleen en uitsluitend op de constante anti-sociale gezindheid.

Typeerend voor deze niet-juridische beschouwingswijze is b.v. de omschrijving, die de beroemde v. HAMEL van de beroeps- en gewoontemisdadigers gaf. „Het zijn lieden” aldus deze schrijver, „die een leven leiden ten koste der maatschappij en deze van alle zijden aanranden. Nu eens zijn ze vagebonden, den kost nemend, waar zij dien vinden; dan eens leven ze van prostitutie; voorts stelen ze dikwijls; vinden ze makkers, dan stelen zij samen, niet zelden met inbraak of geweld of wel zij persen geld af door hunne bedreigingen; zij slaan valsche munt of begaan andere valschheden als het hun te pas komt; worden zij gevat dan trachten zij zich herhaaldelijk tegen het openbaar gezag te verzetten; zij beschimpen de wetten en de ambtenaren; voor een groot deel deinzen zij, na eenige jaren dienst, zelfs voor doodslag en moord niet terug. Zij worden beheerscht door een absolute en absoluut gevaarlijke sociale onverschilligheid”.

LASONDER gebruikt in zijn bekend proefschrift de term beroeps- en gewoontemisdadiger zonder eenige onderscheiding dooreen en beschouwt als criterium voor de geheele groep, dat de delinquent behoort tot „de zoogenaamde onverbeterlijke misdadigers, die reeds meerdere veroordeelingen achter den rug hebben”. Dat bij aanlegging van dit zuiver „beschrijvend” criterium ook de grenzen tusschen beroeps- en gelegenhedsmisdaad in elkander moeten vloeien en dat eigenlijk de geheele onderscheiding een kwestie van meer of minder gaat worden; behoeft ons niet te verwonderen: „we kunnen dus zeggen” aldus Lasonder, „dat althans voor de gewoontemisdadigers in engeren zin, meer dan ten opzichte der gelegenhedsmisdadigers, welke laatsten de meest verschillende feiten begaan, blijkt van een zeker systeem in hunne misdadige handelingen, in dien zin, dat ze, veel meer dan de anderen, dezelfde of verwante feiten plegen, en wel voornamelijk de lichtere beroepsmisdaden. Eerst na korteren of langeren tijd een zich in deze minder ernstige feiten uitend misdadig leven geleid te hebben, vervallen ze tot de zwaardere beroepsmisdaden, welke meer eigenaardig het terrein van actie der geboren misdadigers vormen en dus door dezen veelal ook reeds in het begin van hunne misdadigersloopbaan gepleegd worden”⁴⁷⁾.

Evenzeer gebruikt POMPE in zijn proefschrift „Beveiligingsmaatregelen naast straffen” de begrippen beroeps- en gewoontemisdadiger dooreen⁴⁸⁾.

En we doen hier slechts een willekeurige greep uit de literatuur.

De verwarring, ingeleid vooral door LOMBROSO en FERRI, is algemeen ofschoon, gelijk we nog zullen zien, in de moderne criminologie ook andere opvattingen zijn aan te wijzen, die wel degelijk met de onderscheiding van beroeps- en gewoontemisdadigers rekening houden.

De sociologische kenmerken van het beroepsmisdrijf.

Het was vooral de verdienste van v. LISZT, op de heerschende verwarring in het begrip „beroepsmisdadiger” te hebben gewezen en een scherpe onderscheiding van den beroepsmisdadiger zoowel van den gewonen recidivist als van den zgn. gewoontemisdadiger met overtuigende argumenten te hebben bepleit.

Tegen de ook in de Deutsche crimineele statistiek op dit punt heerschende stelselloosheid merkte hij in zijn belangrijke verhandeling over het beroepsmisdrijf op: „Und doch dürfte es klar sein, dasz es zahlreiche Fälle gibt, in denen die immer aufs neue wiederholte Begehung strafbarer Handlungen der Ausflusz eines tiefgewurzelten unausrottbar gewordenen verbrecherischen Hanges ist, *ohne* dasz dabei die für das gewerbmässige Verbrechen charakteristische Erwerbabsicht eine Rolle spielt. Ich erinnere an die verschiedenen Gewalttätigkeits- und Roheitsverbrechen, an Messerstechereien und Unzucht mit Kindern, an Widerstand gegen die Staatsgewalt, u. s. w. Es ist irreführend, hier von einem Berufsverbrechertum zu sprechen; und völlig verfehlt, diese Fälle mit dem „gewerbmässigen Verbrechen” identifizieren zu wollen. Indem der Teil für das Ganze genommen, die Untergruppe der gewerbmässigen Verbrecher mit der Gesamtgruppe der Unverbesserlichen vertauscht wird, schleicht sich in die Berechnungen der Kriminalstatistik wie in die Vorschläge der Gesetzentwürfe ein nach den verschiedensten Richtungen hin verhängnisvoller Fehler ein, an dessen Ausschaltung mir bei meinen Ausführungen sehr viel gelegen ist”⁴⁹). In „sociologischen” zin, wil v. Liszt alleen dan van beroepsmisdaad spreken, *wenn die wiederholte Begehung strafbarer Handlungen nach der Absicht des Täters die ausschliessliche oder doch überwiegende Erwerbsquelle bilden soll*⁵⁰).

Van groot belang zijn de eigenaardige sociologische kenmerken van de beroepsmisdadigheid, gezien als levensverschijnsel, welke v. Liszt in zijn genoemde studie heeft aangewezen. Daartoe rekent hij in de eerste plaats de *beroepstechniek*. Behalve de bekende *trucs*, die reeds van oudsher zijn overgeleverd en die we reeds in de bronnen der 15e eeuw geschilderd vinden, kunstgrepen, die ondanks hun menigmaal verbluffende eenvoudigheid, toch aangeleerd en geoefend moeten worden, vinden we het stelselmatige toepassen van de meest moderne uitvindingen en ontdekkingen: voor de steekvlam van den Amerikaanschen bankinbreker is op den duur geen brandkast bestand; de met kunstige volmaaktheid vervalschte antiquiteiten dringen binnen in de verzamelingen van de voorzichtigste vakkenners; de nagemaakte bankbiljetten bedriegen het oog van den meest ervaren beampte.

Met de ontwikkeling der techniek gaat de vorming van het specialisten-wezen hand in hand. In het algemeen blijft de beroepsmisdadiger het liefst bij de beproefde arbeidsmethode, die hij jarenlang heeft beoefend en waarin hij zich een meesterschap heeft verworven. Toch mag de beteekenis van dit specialistendom niet overschat worden. Bij gunstige gelegenheid schuwt de beroepsmisdadiger ook andere takken van het bedrijf niet; en de volmaakte oplichter moet zich eigenlijk op alle zadels thuis voelen.

Wij mogen hier onzerzijds aan toevoegen de vooral in onze havenplaatsen en groote steden zoo beruchte technische inrichting van verdachte huizen tot roofholten, waarin de koopman, zeeman of buitenman, die met gevulden buidel is aangekomen om de „genoegens” der groote stad te smaken, na eerst in staat van dronkenschap te zijn gebracht, een gemakkelijke prooi wordt van den souteneur met zijn handlangers.

Gewichtiger nog als sociologisch kenmerk van de moderne beroepsmisdadigheid is volgens v. LISZT de *internationale* uitoefening van het bedrijf. Hiertoe dwingt reeds het gevaar van vervolging.

Wordt den beroepsmisdadiger de grond onder de voeten te warm, dan moet hij het tooneel van zijn werkzaamheid verleggen. Daarbij komt, inzonderheid bij den bedrieger en oplichter, de treklust en de zucht naar avontuur. Vooral echter is de veilige afzet van voorwerpen van waarde, die door de misdaad verkregen zijn, van gestolen waardepapieren, van valsche banknoten, diamanten en edele metalen, zonder wijd vertakte, tot in het buitenland reikende relaties, niet mogelijk.

Tegen een al te sterk op den voorgrond schuiven van het internationaal karakter der beroepsmisdaad, heeft in den jongsten tijd ROBERT HEINDL opgemerkt, dat slechts een deel der beroepsmisdaad dit karakter draagt. Volgens hem zouden de meeste beroepsmisdadigers hun bedrijf slechts *inter-locaal* uitoefenen, d. w. z. van stad tot stad trekkend. Voor een wezenlijk *internationale* uitoefening van hun beroep zou den meesten reeds de noodige talenkennis ontbreken. Voor de *internationale* uitoefening komt dan slechts een weliswaar hoogst belangrijke, maar quantitatief betrekkelijk *geringe* groep in aanmerking.

Het is juist, dat v. Liszt over het internationaal karakter der beroepsmisdaad wat te veel *generaliseerend* spreekt, wat intusschen niets afdoet aan de beteekenis van dit door hem naar voren gebrachte sociologisch kenmerk voor een belangrijk onderdeel der beroepsmisdaad.

Volkomen terecht besluit v. Liszt, dat een strafvervolging, welker organen: politie, rechter-commissaris en openbaar ministerie, de techniek van de beroepsmisdaad niet in hare gansche verfijning kennen; dat een strafwetgeving, die met het internationaal karakter dezer criminaliteit (zeggen wij thans liever „van een deel dezer criminaliteit”) niet voldoende rekening houdt, in den strijd tegen de beroepsmisdaad noodwendig aan het kortste eind moet trekken.

VON LISZT beschouwt dit geheele vraagstuk van uit het standpunt der moderne richting: alles komt voor hem aan op een doelbewuste be-

veiliging der maatschappij tegen de gevaarlijke gezindheid van den dader, terwijl hij de vergeldingseisch in onzen zoowel als die in den klassieken zin, met groot gebaar van de hand wijst. Vandaar ook, dat de door hem aanbevolen oplossing, waarop wij later nog terug zullen komen, voor ons niet is te aanvaarden. Vandaar ook, dat voor de strafrechtelijke dogmatiek van de beroepsmisdaad v. Liszt ons niets geleverd heeft.

Doch wij vragen aan allen, die met ons de vergelding niet beschouwen als een afgetrokken *rede*-constructie, doch als een goddelijk *organisch* beginsel, hoe het mogelijk zou zijn, een ware straffende vergelding tegenover den beroepsmisdadiger te oefenen, wanneer de strafrechtelijke zin van de beroepsmisdaad niet in het nauwste organisch verband met de hier naar voren gebrachte sociale en economische onderbouw wordt gezien?

Gemeten aan de eischen, die de moderne criminologie zich zelve stelt, nl. de „oorzaken” der misdadigheid aan te geven, kan nòch het begrip „gewoonte-” nòch het begrip „beroepsmisdadiger” bevredigen. Immers zij laten beide de oorzaak der criminaliteit in 't duister.

Uit het oogpunt der strafrechtsdogmatiek bezien, moet in stee van het begrippenpaar „beroeps”- en „gewoontemisdadiger” dat van beroeps- en gewoontemisdrijf worden gesteld, dat schoon in geheel anderen zin dan hier bedoeld, in de heerschende strafrechtsdogmatiek reeds bekend is.

Weliswaar worden in ons Strafwetboek het „een beroep of gewoonte maken van” geregeld in één adem genoemd (nog onlangs werd weder dezelfde samenkoppeling van deze ongelijksoortige grootheden vastgelegd in het nieuwe art. 326a van het W. v. S., vastgesteld bij de wet van 12 Mei 1928 S. 176 tot bestrijding van de zgn. „flesschentrekkerij”), doch in de dogmatiek speelt de onderscheiding tusschen beide toch reeds een zij 't al bescheiden rol in het leerstuk der samenloop. En in art. 254 *bis* W. v. S., 1e en 3e wordt uitdrukkelijk alleen het bedrijfs- of beroeps-, maar niet het gewoontedelict omschreven.

En dan springt aanstonds in het oog, dat het beroepsmisdrijf een geheel andere dogmatische figuur moet vertoonen, dan het gewoonte-misdrijf.

Het beroeps- of bedrijfsdelict⁵¹⁾ bezit een vast omlijnd economisch en sociaal substraat. Het onderstelt naar die substraatzijden een objectieve doelstelling, nl. het zich verschaffen van een periodieke bron van inkomsten uit een specifiek tegen-maatschappelijk bedrijfsgewijs optreden in het economisch verkeer, een substraatskenmerk, dat in de economische analogieënsfeer van den rechtskring zijn *analogie* vertoont in het onrechtmatig beroepsgewijs in gevaar brengen van de rechtsgoederen der samenleving met het oogmerk, daaruit een vast, door het recht veroordeeld middel van bestaan te vinden. Laat men deze kenmerken uit het beroepsmisdrijf vallen, dan verliest het zijn eigenaardigen juridischen zin en is nòch zijn oorzakelijkheids- en onrechtmatigheidstype, nòch zijn schuldtype vast te stellen.

Het gewoonte-misdrijf daarentegen, op welks twijfelachtige rechts-structuur we aan het slot onzer verhandeling hopen terug te komen, bezit geen enkel dezer kenmerken. Wie een gewoonte maakt van het plegen van ontucht met minderjarigen of van kleine diefstallen in groote winkelmagazijnen (een typisch delict, dat vaak door psychopathen als hystericae wordt gepleegd!), maakt zich daarmee nog allerminst schuldig aan een beroepsmisdrijf.

Ook uit zuiver criminologisch oogpunt bezien, ware het toch wensche-lijk, beroeps- en gewoontemisdadigers scherp te onderscheiden, zooal niet *in de eerste plaats* uit *zielkundig*, dan toch uit sociologisch en economisch oogpunt. Ja toch ook voor de crimineele psychologie, die eigenlijk meer in 't bijzonder de pogingen tot klassificatie der misdadigers geleid heeft, moet deze onderscheiding van groot belang zijn, daar de beroepsmisdadiger een ander psychisch beeld dan de gewoonte-misdadiger moet vertoonen.

Op het standpunt onzer kennistheoretische leer der analogieën en anticipaties⁵²⁾ heeft ook de psychologie groot belang bij de anticipeerende verschijnselen, welke de wetskring van haar onderzoek aanwijst.

In dit verband willen wij dan ook wijzen op enkele moderne criminologen, die een scherpe grens tusschen beroeps- en gewoontemisdadigers trekken. Daaronder behooren vooral Prof. G. ASSCHAFFENBURG (*Verbrechen und seine Bekämpfung*, Heidelberg neueste Aufl. 1923), de Amerikaansche geleerde P. A. PARSONS (*Responsibility for Crime*, New York 1909) en Prof. H. ELLIS (*The Criminal*, London 1903).

Daarentegen heeft ROBERT HEINDL in zijn standaardwerk *Der Berufs-verbrecher* (2e Aufl. 1926) weder gepoogd, de waardeloosheid dezer onderscheiding aan te toonen en het begrip gewoonte-misdadiger als niets-zeggend verworpen.

Allereerst wijst deze criminoloog (S. 163 J. G.) terecht op de vaagheid van het begrip „gewoonte”. Zelfs, wanneer men het in den ruimeren zin vat van een bewust handelen uit ingewortelde neiging (b.v. de „gewoonte-drinker”), dan vat men nog slechts het kleinste deel van de misdadigers-kategorie, die men bedoelt.

„Denn wie viele Einbrecher wird es geben, die rein aus dem „Trieb zum Einbruch” handeln? Wie viele Falschmünzer werden, wie der Trinker zur Schnapsflasche, unwiderstehlich zu Schmelztiegel und Guszform hingetrieben? Solche Verbrecher existieren, glauben wir, nur im Gehirn der Kriminalromanschriftsteller, der Dozenten für Psychologie und der Verteidiger.”

Volgens HEINDL doet men dan ook veel beter die personen, welke men met den bijzonderen bewaringsmaatregel wil treffen, alle onder de kategorie *beroepsmisdadigers* te brengen, onder welk begrip hij in 't wezen der zaak hetzelfde als v. Liszt verstaat.

Intusschen heeft HEINDL met dit betoog hoogstens aangetoond, dat de rubriek der zgn. gewoontemisdadigers op verre na niet zoo belangrijk is

als die der beroepsmisdadigers. Voorts ook, wat wij reeds toegaven, dat uit criminologisch oogpunt bezien het begrip „gewoontemisdadiger” aan groote vaagheid lijdt. *Niet* echter — en daar komt het in dit verband op aan — dat men ook de gewoontemisdadigers in engeren zin onder de categorie der beroepsmisdadigers zou mogen brengen, want hij moet zelf toegeven, dat de uitdrukking beroepsmisdadiger niet op den uit gewoonte herhaaldelijk tot vergrijpen tegen de zedelijkheid vervallenden misdadiger toepasselijk kan zijn (t. a. p. S. 165 noot 1), terwijl hij (t. a. p. S. 164 noot 1) v. Liszt moet toestemmen dat de vereenzelviging van de beroepsmisdadigers met de zgn. „onverbeterlijken” onhoudbaar is. Dat de categorie van de misdadigers, die uit ingewortelde neiging telkens weer vergrijpen tegen de zedelijkheid plegen, zonder meer tot de psychopathen zou moeten worden gerekend, gelijk HEINDL zonder nadere argumentatie beweert, is alleen van uit zijn modernistisch standpunt te verdedigen. In elk geval kan HEINDLS' betoog tegen de onderscheiding van beroeps- en gewoontemisdadigers geen hout snijden.

De realiteit van het misdadig beroep. De werkelijkheid en hare functies.

Wij stellen ons dus voortaan op den grondslag van het juridisch gezuiverd begrip van het misdadig beroep, om de dogmatische figuur van het beroeps- of bedrijfsmisdrijf nader te onderzoeken.

Allereerst dient dan vast te staan, dat we in het misdadig beroep inderdaad met een objectieven reëlen factor in het rechtsleven hebben te maken en niet met een bloot subjectieve gezindheidsfactor. In de heerschende dogmatiek, welke, gelijk we nog nader zullen zien bij de bespreking van het schuldtype van het beroepsmisdrijf, in het „beroepsmatig” plegen van het vergrijp slechts een „subjectief” element in de *schuld* van den dader kan zien (n.l. het *oogmerk*), kan deze waarheid niet tot haar recht komen.

Intusschen, wel verre van slechts een onzelfstandig element van de schuldeigenschap te zijn, staan we in het misdadig beroep voor een zeer samengestelde realiteit, een subjectseenheid in onzen zin, die in onderscheiden wetskringen subjectsfuncties bezit. De qualificeerende subjectsfunctie van het beroep of bedrijf is de *economische*. In het economisch leven wordt met het bedrijf als een zelfstandige grootheid gerekend en niemand, die niet vertheoretiseerd is, denkt er hier aan, zijn realiteit te ontkennen en het bedrijfsbegrip op te lossen in een bijzonder voor-nemen van de exploitanten om voortdurend dezelfde daden van koop-handel te verrichten. Het bedrijf heeft een eigen outilleering, een eigen kring van werkzaamheden, eigen relaties in de zakenwereld en kan zelfs los van het individu worden beschouwd, dat het uitoefent ook al is zijn economische subjectsfunctie slechts gecompliceerde menselijke functie. A zet het bedrijf van B voort, neemt het over etc.

We staan hier niet voor een *fictie*, een *personificatie* zonder grond in de werkelijkheid, gelijk de verabsoluteerende naturalistische opvatting der

werkelijkheid moet beweren, want de realiteit heeft tallooze functies in de onderscheiden wetskringen en de physische en psychische werkelijkheid, die zelve slechts werkelijkheidsfuncties zijn, zijn in geen enkel opzicht méér reëel dan de werkelijkheidsfuncties in de latere wetskringen.

Nu is in het begrip „misdadig beroep of bedrijf” het economisch gebied verlaten en de wetskring van het *recht* betreden.

Het bedrijf als zoodanig bezit, daar zijn *qualificeerende* subjectsfunctie in den economischen kring is gelegen, in den lateren kring van het recht geen *subjectsfunctie* meer, doch slechts een *objectsfunctie* (vergelijk voor deze onderscheiding de „Prolegomena” van mijn studie: *Het juridisch causaliteitsprobleem in 't licht der wetsidee*). Het treedt hier slechts op door middel van de rechtshandeling of in misdadigen zin door middel van de „onrechtmatige gedraging”. Doch aan zijn realiteit wordt daarmee evenmin te kort gedaan als aan de realiteit van een natuuring, gelijk den boom, voorzoover deze als object van een rechtshandeling in de rechtswereld wordt opgenomen. In het misdadig beroep of bedrijf is de misdadige wil evenzeer *geobjectiveerd* als in iedere andere onrechtmatige schuldige gedraging. Het is in de eerste plaats gerealiseerd in de juridische oorzakelijkheid, in de materiële onrechtmatigheid van de gedraging, kortom in zijn objectieven reëelen zin in de rechtswereld en kan niet eerst achteraf in de schuldleer zijn bewijs van wettiging in de rechtswereld ontvangen. Op de reële, objectieve gedraging dus, die in het misdadig beroep of bedrijf is geobjectiveerd, bouwen wij onze dogmatische constructie van het beroepsvergriep en niet op een bloot innerlijk voornemen van den dader, om telkens en telkens weer bepaalde vergriepen te begaan. Wellicht ware een aanknoopingspunt voor deze constructie te vinden in de moderne onrechtmatigheidsleer, welke naast de objectieve een subjectieve zijde in de onrechtmatigheid onderscheidt en die subjectieve zijde zoekt in de *doelstelling* van den dader in tegenstelling tot zijn *motieven*, die in het schuldoordeel worden gewaardeerd. Zoo MAYER, (*Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts* 1915 S. 185, in eenigszins anderen zin DOHNA e. a.). Tot nu toe is deze onrechtmatigheidsleer echter nimmer in deze richting voor de constructie van het beroepsmisdrijf vruchtbaar gemaakt.

Nu meene men niet, dat ik hier de enorme moeilijkheden over 't hoofd zie, die aan een ten grondslag leggen van het misdadig beroepsbegrip aan de dogmatische figuur van het beroepsmisdrijf vastzitten. De crimineele statistiek is, afgescheiden van haar groote technische onvolmaaktheid, op zich zelve geenszins in staat ons het vereischte criterium voor den inhoud van het misdadig beroep te leveren, want alles komt hier aan op den objectieven zin in de verschijningsvormen van het beroepsdelict. Voorshands neig ik er toe als criterium te nemen, de *rechtsgoederen*, waartegen het geïncrimineerde beroep zich naar zijn geheelen aard bij voorkeur richt, waarbij dan nadere specificatie kan worden verkregen in het onrechtmatigheidstype, door de voornaamste

vormen na te gaan, waarin de verschillende beroeps- of bedrijfsdelicten zich tegen de onderscheiden rechtsgoederen richten.

Het aantal typen van beroepsdelicten kan dan betrekkelijk gering blijven; in hun horizontaal onrechtmatigheidsverband vangt men alle onrechtmatige handelingen, die tot het type behooren.

Daarbij kan dankbaar worden gebruik gemaakt van de resultaten van het modern-criminologisch onderzoek, dat aan het licht heeft gebracht, dat vooral vermogensmisdrijven, in het bijzonder de meer ernstige en meer routine vereischende vormen, als gequalificeerde diefstal, bedrog en oplichting, benevens bedelarij en landlooperij het type vormen van beroepsmisdaden⁵³). Daarnevens verdienen natuurlijk de zede-delicten in hun horizontaal beroepskarakter volle aandacht (vrouwenhandel als beroep). Bij de wettelijke omschrijving zal dan de vorm van het *groepsdelict* moeten worden gekozen, waarbij het horizontaal verband tot uitdrukking komt door het type van beroep in de omschrijving aan te geven.

Ons Strafwetboek levert in dit opzicht geen ander aanknoopingspunt dan in de recidivebepalingen (artt. 421 e.v.). Doch hier ontbreekt geheel de grondslag van het beroepsmisdrijf en wordt, waar van een groep delicten sprake is, het criterium slechts gelegd in een uitwendig analogieverband.

Specificatie van het horizontaal onrechtmatigheidstype.

Nu staat vast, dat b.v. in den beroepsvorm der vermogensdelicten twee scherp te onderscheiden typen zijn te constateeren; waarbij men zich los moet maken van de techniek der bestaande wettelijke omschrijvingen, om meer het *groepstype* van misdaad in 't oog te vatten: *diefstal* in zijn verschillende nuanceeringen eenerzijds; *bedrog* anderzijds. Von Liszt heeft er op gewezen, dat het eerste type in 't algemeen als het beroepsdelict der lagere standen, het tweede type, dat zooveel meer intellectueele ontwikkeling eischt, als dat der hoogere standen is te verstaan. Deze sociologische onderscheiding moge heden ten dage, bij de doorgaande nivelleering tusschen de standen, niet meer geheel opgaan, ja wel nimmer geheel zijn opgegaan (vgl. het type van den gentleman-inbreker en dat van den oplichter in bedelaarsgestalte), de typen van misdaad vertoonen nog immer een onderscheiden karakter. In het eerste type zullen in horizontaal-onrechtmatigheidsverband behalve de diefstal zelve in zijn verschillende nuanceeringen, afpersing en afdreiging, bedelarij en landlooperij, souteneurschap, belediging, mishandeling, brandstichting, weerspannigheid, e. d. voorkomen. In het tweede type zullen behalve de bedelarij en landlooperij deze meer ruwe vormen van criminaliteit niet uit den aard van het misdadig beroep voortspruiten en zullen veeleer vervalsching, meened, omkooprij, flesschentrekkerij e. d. in het horizontaal onrechtmatigheidsverband zijn te schikken.

De vraag zou kunnen rijzen, of men naast deze hoofdtypen van vermogensdelicten in beroepsvorm, niet als een derde type dat van den *roofmoord* als beroepsmisdrijf zou moeten stellen. Ongetwijfeld is hier

wel een zelfstandig type van beroepsmisdaad aanwezig, dat zich van den beroepsdiefstal met name hierdoor onderscheidt, dat terwijl bij het laatstgenoemde type doodslag en moord hoogstens als incidenteele uitingen van het beroepsmisdrijf zijn te vatten, daarentegen bij laatstgenoemd type de moord als stelselmatig middel wordt gebruikt, om zich van de goederen van het slachtoffer meester te maken (vgl. misdadigers-typen als Landru, Haarmann, Grossmann e. d.). Het beroepsopzet is evenzeer als het causaliteits- en onrechtmatigheidstype bij beide vormen van beroepsmisdaad dus wel zeer verschillend en daaromde is van dogmatisch standpunt bezien, de onderscheiding volkomen gerechtvaardigd, al zal uit legislatief oogpunt dit type minder belangrijk zijn dan de beide andere, wegens het betrekkelijk gering voorkomen ervan. Over de beroepssmokkelarij, als vierde type spreken wij hieronder.

Als uitdrukkelijk vereischte voor het leggen van het horizontaal oorzakelijkheids- en onrechtmatigheidsverband zal moeten worden aangenomen, dat de in het groepsdelict omschreven handelingen in een natuurlijk verband tot het achterliggend beroepsmisdrijf moeten staan.

Wanneer b.v. een lid van een internationaal georganiseerde vrouwen-handelaarsbende zich schuldig maakt aan reispasvervalsching, met het oogmerk ongehinderd in een ander operatieterrein binnen te komen ten behoeve van de internationale uitoefening van zijn luguber bedrijf, dan springt het horizontaal oorzakelijkheids- en onrechtmatigheidsverband van het beroepsmisdrijf aanstonds in het oog. Zou hij echter incidenteel zich schuldig maken aan brandstichting of diefstal, dan zou het dwaasheid zijn, zulks in verband met zijn beroepsmisdaad te brengen, tenzij uit de omstandigheden dit verband valt aan te toonen. De vaststelling van de aanwezigheid van een bepaald type van beroepsmisdrijf kan ongetwijfeld in concreto moeilijkheden opleveren, doch deze moeilijkheden bestaan voor den rechter reeds onder de bestaande strafwet. In elk geval zal het beroepsmisdrijf zich in een zijner qualificeerende groepsuitingen moeten hebben geopenbaard en zullen de objectieve kenmerken van beroepsmisdaad (aanwezigheid van bijzondere inrichting en outilleering, vaste relaties met helers en andere misdadigers enz.) moeten zijn bezeten. Geen enkel beroep of bedrijf bestaat zonder „uitoefening” daarvan en die „uitoefening” openbaart zich uiteraard in individueele gedragingen.

Daar tenslotte uit 't oogpunt van wetstechniek een *limitatieve* opsomming van de vergrijpen, die in het horizontaal verband van een specifiek type van beroepsmisdaad moeten worden gerangschikt, op te veel bezwaren zou stuiten, is bij de wettelijke omschrijving de *enuntiatieve* aangewezen met vrijlating van den rechter om naar de omstandigheden van het geval ook andere vergrijpen daarin te schikken.

De wettelijke omschrijving van het horizontaal beroepsmisdrijf.

De wettelijke omschrijving van beroepsdiefstal zou dan b.v. aldus kunnen luiden:

„Hij, die een beroep maakt van een of meer der misdrijven, omschreven in de artt. 319—326 wordt als schuldig aan beroepsdiefstal gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren.

Als uitoefening van beroepsdiefstal worden mede beschouwd andere misdrijven alsmede de overtredingen, omschreven in de artt. 432 en 433, voorzover kan worden bewezen, dat zij in 't algemeen en dit bijzondere geval uit den aard van dit misdadig beroep voortvloeien of daarmede verband houden”.

De wettelijke omschrijving van beroepsbedrog zou aldus kunnen luiden:

„Hij, die een beroep maakt van een of meer der misdrijven, omschreven in de artt. 326—349 en in de artt. 208—236 wordt als schuldig aan beroepsbedrog gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren.

Als uitoefening van beroepsbedrog worden mede beschouwd andere misdrijven alsmede de overtredingen, omschreven in de artt. 432 en 433, voorzover kan worden bewezen, dat zij in 't algemeen en in dit bijzonder geval uit den aard van dit misdadig beroep voortvloeien of daarmede verband houden”.

In deze omschrijvingen omvat het eerste lid de *qualificeerende*, het tweede lid de *begeleidende* uitingen van het beroepsmisdrijf. Voorts zouden wij op overeenkomstige wijze voorshands de volgende beroepsmisdrijven in het Wetboek van Strafrecht wenschen te zien omschreven: beroepsroofmoord, en vrouwenhandel, waarmede men ook in horizontaal verband koppelarij en andere zededelicten, reispasvervalsching, omkoopning, mishandeling etc. etc. kan treffen. Overweging zou kunnen verdienen ook de beroepssmokkelarij, die ongetwijfeld een zelfstandig type in het horizontaal beroepsmisdrijf vormt, in zelfstandige omschrijving op te nemen. De beroepssmokkelarij behoort o. i. in het fiscale strafrecht niet thuis. Voor dezen vorm van beroepsmisdaad zouden we echter uit vergeldingsoogpunt, een minder zware strafpositie wenschen. Tot de opneming van koppelarij, aborteurschap of woeker als horizontale beroepsmisdrijven bestaat o. i. geen mogelijkheid, daar ze geen bijzondere typen van horizontale beroepsmisdaad vertegenwoordigen. Voorzover ze in het horizontaal verband der hierboven omschreven typen behooren, kunnen ze als zoodanig voldoende worden bestraft. Over de niet horizontale, gespecialiseerde beroepsdelicten nader hieronder.

De misdrijven, omschreven in de artt. 416—417bis kunnen niet tot een zelfstandig type van horizontale beroepsmisdaad worden gevormd, doch zullen uiteraard een groote rol spelen als begeleidende uitingen van den horizontalen beroepsdiefstal. Als verticaal beroepsmisdrijf verdient de begunstiging van horizontale beroepsmisdrijven ongetwijfeld een veel zwaarder maximale straf, dan thans in art. 417 W. v. S. wordt bedreigd.

Tenslotte zou ten aanzien van deze beroepsmisdrijven met 't oog op hun ten deele internationaal karakter een bijzondere recidivebepaling aanbeveling verdienen, waarbij behoudens nadere uitwerking dezer ge-

dachte, ook in 't buitenland ondergane straffen wegen vergrijpen, die in het horizontaal verband van een beroepsmisdrijf behooren en als uitoefening van zulk een misdadig beroep zijn te beschouwen, in rekening worden gesteld.

Deze programeisch der moderne richting (zie b.v. v. HAMEL, *Inleiding* blz. 629) verdient ongetwijfeld ook uit 't oogpunt der *straffende vergelding* en niet slechts uit 't oogpunt van de beveiliging der maatschappij, verwezenlijking.

Opmerking verdient, dat in de Habitual Criminals Act 1905 van Nieuw-Zuid Wales een dergelijke regeling reeds voorkomt.

Het niet-horizontale gespecialiseerde beroepsmisdrijf.

Het valt niet te ontkennen, dat bij aanvaarding van de door ons omschreven typen van beroepsmisdrijf, verschillende zgn. *gespecialiseerde* beroepsdelicten niet onder de wettelijke omschrijving dezer typen zullen vallen. We denken hier vooral aan het beroepsaborteurschap, den beroepswoeker, het misdrijf van art. 254bis W. v. S. e. d. Wanneer toch, zooals ook veel voorkomt, iemand uitsluitend van een dezer misdrijven een beroep maakt, zijn misdadig beroep in dien zin volstrekt heeft *gespecialiseerd* zonder daarbij ook als handlanger van den horizontalen beroepsmisdadiger op te treden, dan valt zijn vergrijp ongetwijfeld niet onder een der hoofdtypen van horizontale beroepsmisdaad in onzen zin.

Uit vergeldingsoogpunt bezien, zou het trouwens niet aangaan, dergelijke delinquenten, hoe ernstig ook hun vergrijp op zich zelve mogen zijn, onder dezelfde zware strafpositie te brengen, waaronder de bedrivers van de typen van horizontale beroepsmisdaad vallen. De genoemde gespecialiseerde beroepsmisdrijven b.v. onderstellen gewoonlijk *inwilliging* van de zijde der slachtoffers en ook waar zulks niet 't geval is, vertoont hun onrechtmatigheidstype niet hetzelfde zware karakter als dat van de horizontale beroepsmisdrijven. Met het oog op zulke *gespecialiseerde* typen van beroepsdelicten zouden wij het wenschelijk achten, bijzondere wettelijke omschrijvingen in het strafwetboek op te nemen, voorzoo veel zulks althans niet reeds geschied is. De vorm van het groepsdelict kan hier uiteraard geen toepassing vinden.

Uit dogmatisch oogpunt dient o. i. echter over de geheele linie gebroken te worden met de omschrijving van het gespecialiseerde beroepsdelict als een gequalificeerd gelegenheidsvergrijp.

Ook het niet-horizontale gespecialiseerde beroepsmisdrijf is nimmer als een gequalificeerde vorm van het gelegenheidsvergrijp te beschouwen. Ook voor dezen delictsvorm moet het uitgangspunt worden gekozen in het begrip van het misdadig beroep als zoodanig en in de *strafpositie* dient met het onvergelijkelijk *zwaarder* onrechtmatigheidstype ook van dezen vorm van beroepsmisdrijf in verhouding tot het gelegenheidsvergrijp te worden rekening gehouden.

Waaruit dus voortvloeit, dat wij voor zulke beroepsmisdrijven een

strafpositie, welke die van het gelegenheidsvergriep slechts met een derde verhoogt, ten eenenmale ontoereikend en in strijd met het vergeldingsbeginsel achten.

Onder de hier bedoelde kategorie van gespecialiseerde beroepsdelicten vallen natuurlijk niet de gewone specialiseeringen binnen de horizontale typen. Binnen het horizontale type van beroepsdiefstal en beroepsbedrog is uiteraard veel specialiseering mogelijk, die aan het type der misdaad als zoodanig niets verandert. In het aangehaalde standaardwerk van ROBERT HEINDL vindt men een belangwekkende beschrijving van deze verschillende specialistentypen.

De bankbiljettenvervalscher is een specialist binnen het type van beroepsbedriegers, evenzeer als de flesschentrekker. De ladelichter, zakkenroller, hotelrat e. d. zijn specialisten binnen het type van beroepsdieven. Doch de geheele aard van hun beroepsmisdrijf brengt mede, dat het als een horizontaal delict wordt gevat.

Bij den roof-souteneur bv. is het souteneurschap een essentieele tak van het bedrijf, waarin diefstal, afpersing en afdreiging, geweldpleging, vrijheidsberooving, koppelarij e. d. in een duidelijk horizontaal verband staan.

De zakkenroller behoort tot die specialisten in het gilde der beroepsdieven, waarbij vagebondage, bedelarij, weerspanningheid en papierenvervalsching gewone uitingen van het beroepsmisdrijf zijn.

De hotelrat verschijnt gewoonlijk met den revolver ten tooneele, bezit vervalschte papieren, heeft vaste relaties met handlangers en helers etc.

Al de genoemde specialiteitsvormen zijn in wezen geen bijzondere misdadige beroepstypen, doch slechts schakeeringen van de horizontale beroepstypen: diefstal en bedrog, gradaties van hetzelfde oorzakelijkheids- en onrechtmatigheidstype. Wie dus b.v. na de flesschentrekkerij, de beroepsvervalsching tot specialiteit kiest, gaat daarmee niet tot een ander type van beroepsmisdaad over, doch beweegt zich slechts binnen de horizontale grenzen van het beroepsbedrog. Zulks geldt natuurlijk alleen, voorzover de specialiseering betrekking heeft op een *qualificeerende* groepsuiting van het misdadig beroepstype (dus b.v. niet bedelarij en landlooperij, of souteneurschap, die slechts tot de *begeleidende uitingen* van het beroepsmisdrijf behooren).

Het niet-horizontale beroepsmisdrijf behoort dus nimmer tot de qualificeerende groepsuiting van het horizontale beroepsmisdrijf. Bij het gespecialiseerde horizontale beroepsmisdrijf zal wel is waar het horizontaal onrechtmatigheidstype in algemeenen zin aanwezig zijn, doch bij de vaststelling van het rechtsfeit in concreto waakt onze formuleering van de wettelijke omschrijving ervoor, dat b.v. een hotelrat wegens beroepsdiefstal zou worden veroordeeld op grond van een feit, dat wel is waar generaliter gesproken in het horizontaal onrechtmatigheidsverband thuis behoort, *doch niet in dit bijzonder geval*.

En zoo zal b.v. een flesschentrekker, die zich in deze tak van beroeps-

bedrog gespecialiseerd heeft, nimmer wegens incidenteele landlooperij e.d. feiten als beroepsbedrieger kunnen worden veroordeeld, tenzij bewezen is, dat die feiten *ook in dit bijzondere geval* in verband met het beroepsbedrog staan.

Daarmede is dus alle willekeur uitgesloten en aan den vergeldingseisch, van het „loon naar werk” volkomen voldaan.

De schijn, dat een onrechtvaardigheid nochtans hierin zou kunnen zijn gelegen, dat de daden van zulk een specialist in de wettelijke omschrijving van het horizontale beroepsmisdrijf vallen, zal worden weggenomen, wanneer wij hieronder den aard van het oorzakelijkheidsverband bij dit beroepsmisdrijf gaan uiteenzetten.

Waar we hier bij onze dogmatische constructie van het beroepsmisdrijf tevens een min of meer omlijdend voorstel aan den wetgever deden, is 't niet van belang ontbloot, dit voorstel te vergelijken met een ander, dat reeds voor jaren van moderne zijde werd gedaan.

Het voorstel van Von Liszt.

Het is weder v. LISZT, die op de onmogelijkheid van een aanknooping van de constructie der beroepsmisdaad aan de techniek van het geldend recht heeft gewezen. Tegen de opvatting van het beroepsmisdrijf als gequalificeerd gelegenheidsvergriep merkt hij op: „Abgesehen aber von den Schwierigkeiten, die sich der richtigen Auswahl derjenigen Delikte in den Weg stellen, diesen gewerbmässige Begehung von besonderer Gefährlichkeit für die Gesellschaft ist, spricht gegen diesen Vorschlag die naheliegende Erwägung, dass darin doch wider nur die wiederholte Begehung *desselben* Deliktes, oder die mehrfache Begehung *gleichartiger* Delikte zur Einheit des Kollektivdeliktes zusammengefasst werden könnte.”⁵⁴⁾

Scherp ziet v. Liszt dus de ontoereikendheid der klassieke dogmatiek ten aanzien van de beroepsmisdaad in. Hij doet echter geen poging, zelf een dogmatische constructie van het beroepsdelict de lege ferenda te geven, doch biedt aanstonds een practisch voorstel aan den wetgever.

Na te hebben vastgesteld, dat de geldende wetstechniek geen aanknooppingspunt biedt, raadt hij aan, in het algemeen deel van het strafwetboek een bepaling op te nemen van den volgende inhoud: „Wird bei der Verurteilung wegen eines Verbrechens oder Vergehens festgestellt, dass der Verurteilte die Begehung strafbarer Handlungen gewerbmässig betreibt, so tritt, wenn die von ihm begangene Handlung nicht mit einer schwereren Strafe bedroht ist, Zuchthaus nicht unter fünf Jahren und wenn er bereits mindestens einmal wegen gewerbsmässiger Begehung strafbarer Handlungen verurteilt worden ist, Zuchthaus nicht unter zehn Jahren ein.

Die Feststellung erfolgt durch einen besonderen Beschluss des erkennenden Gerichts, im Schwurgerichtsverfahren durch den Wahrspruch der Geschworenen.”⁵⁵⁾

Dit voorstel was weder bedoeld als een *compromis* met de klassieke school.

Zijn eigenlijke bedoeling zette de schrijver even te voren uiteen. Hij vatte daarbij slechts de zgn. *onverbeterlijke* beroepsmisdadigers in 't oog: *Die Sicherung der Gesellschaft verlangt, dasz diese antisozialen Elemente in die Unmöglichkeit versetzt werden, der Gesellschaft zij schaden.* Da es wohl ausgeschlossen ist, dasz wir die sämtlichen Mitglieder des Verbrechengewerbens hängen oder köpfen, und da die Deportation aus dem verschiedenster hier nicht interessierenden Gründen für sie nicht in Frage kommen kann, so bleibt nichts übrig, als *Ausscheidung aus der Gesellschaft durch Freiheitsentziehung.*"

Geheel in overeenstemming met andere woordvoerders der moderne richting als v. HAMEL en HERMANN SEUFFERT⁵⁶⁾ eischt v. LISZT derhalve voor de onverbeterlijke beroepsmisdadigers een *levenslange opsluiting*. Daar de vaststelling der onverbeterlijkheid later onjuist zou kunnen blijken, wordt dan voorts aanbevolen, voorwaardelijke invrijheidstelling ook voor deze levenslang veroordeelden toe te laten.

Als compromis met de klassieke richting, die levenslange vrijheidsstraf wel te zwaar(!) zou achten, beschouwt v. Liszt dan zijn voorstel, dat neerkomt op een minimum tuchthuisstraf van 5 jaren, resp. 10 jaren. „Und sollte man weiter einwenden“, aldus deze woordvoerder der moderne richting, „dasz eine so lange ausgedehnte Einschlieszung keine Strafe mehr sei, sondern eine Sicherheitsmassregel, so trage ich für meine Person diesem Bedenken mit dem grössten Vergnügen Rechnung. Man mag dann etwa von einer *Sicherheitshaft* sprechen. Auf den Namen kommt es mir hier wie sonst nicht an.“⁵⁷⁾

Deze uitspraken zijn reeds voldoende, om ons te doen beseffen, waarom v. Liszt voor een dogmatisch juiste constructie van het beroepsmisdrijf geen belangstelling kon koesteren⁵⁸⁾.

Bij aanvaarding van zijn voorstel zou inderdaad het beroepsmisdrijf niet anders kunnen worden gevat, dan de heerschende dogmatiek het doet, nl. als gequalificeerd gelegenheidsdelict. Alleen maar, juist op dezen volstrekt onhoudbaren grondslag, kon ook, gelijk v. Liszt terecht voorzag, de door hem voorgestelde strafpositie geen plaats in het vergeldingsstrafrecht vinden. De eenige oplossing ware dus: de overgang naar het beveiligingsrecht.

Alleen doet het in v. LISZT'S gedachtegang dan vreemd aan, dat hij zijn voorstel, dat immers de constructie van het beroepsdelict als gequalificeerd gelegenheidsvergriep uitdrukkelijk handhaaft, reeds bij voorbaat zelf door zijn kritiek op deze constructie heeft om hals gebracht.

Althans wanneer we de formulering van dit voorstel naar haar *redelijken* zin vatten. Want *letterlijk* opgevat staat er deze juridische monstrositeit, dat ook het vergriep, dat duidelijk het karakter van gelegenheidsdelict aanwijst, als beroepsmisdrijf wordt bestraft, wanneer de dader zich in 't algemeen aan beroepsmisdaad schuldig maakt! Dus

een beroepsinbreker, die zich ook eens uit persoonlijke wraakmotieven schuldig zou maken aan een aanslag op een rechter, of eens bij geval, door zinnelijke aandrifft overmeesterd, ontucht met een minderjarige pleegt, zou wegens die gelegenheidsvergripen voor beroepsmisdaad terecht staan! Slordiger redactie van een voorstel is toch wel niet denkbaar! Of heeft v. LISZT dit alles inderdaad bedoeld?!

De eenig juiste formulering kon v. Liszt daarom aan zijn voorstel niet geven, wijl hij bij zijn sociologisch begrip van beroepsmisdaad is blijven staan en verzuimde op dezen grondslag de strafrechtsdogmatische constructie van het beroepsmisdrijf te bouwen.

Het leggen toch van een *juridisch* verband tusschen alle individueele uitingen van de beroepsmisdaad is slechts dan mogelijk, wanneer men zich eerst van de dogmatische figuur van het beroepsdelict rekenschap geeft. En daarvoor is 't noodzakelijk, dat men breekt met de klassieke opvatting, die het beroepsbegrip slechts als qualificeerend element in de schuldleer weet thuis te brengen, dat men het begrip beroepsmisdaad allereerst in de leer van veroorzaking en onrechtmatigheid een hechten grondslag geeft.

Bij v. Liszt blijft het strafrechtelijk beroepsbegrip volkomen in de lucht zweven!

Het beroepsmisdrijf als gevaarsdelict.

Het horizontaal onrechtmatigheidstype van het beroeps- of bedrijfsdelict onderstelt, gelijk we reeds opmerkten, een horizontaal oorzakelijkheidstype. Ook merkten we reeds op, dat dit causaliteitstype slechts valt te benaderen, wanneer men volledig breekt met de nog steeds in de strafrechtswetenschap heerschende naturalistische veroorzakingstheorieën.

De constructie van het beroepsmisdrijf als gequalificeerd gelegenheidsvergriep steunt ter laatste instantie op een volstrekt uitwendig, buiten den zin der vergelding gevat begrip der juridische veroorzaking. Ik moge voor dit punt verder verwijzen naar mijn studie over het juridisch causaliteitsprobleem in 't licht der wetsidee.

De fundamenteele rol, die de causaliteit in de verschillende theorieën over de straftoemeting speelt, behoef ik hier niet in herinnering te brengen. De leer der veroorzaking is m. i. fundamenteel voor het geheele strafrecht.

Welk karakter draagt nu het oorzakelijkheidstype der beroepsmisdrijven? Het beroepsmisdrijf behoort naar zijn wezen niet tot de z.g. *krenkings*-, doch veeleer tot de *gevaarsdelicten* (zij 't al tot een type van gevaarsdelicten, dat een geheel eigen karakter bezit) en wel tot de gevaarsdelicten van de allerzwaarste soort! Niet in de individueele krenking, die een bepaalde uiting van het beroepsdelict teweegbrengt, doch in de beroepsmatige, onrechtmatige in-gevaar-brenging van de rechtsgoederen der samenleving ligt zijn wezen.

Nu is het juridisch gevaarbegrip reeds als zoodanig voor een natura-

listisch ingestelde oorzakelijkheidstheorie een onding⁵⁹). Immers in de *physische* realiteit kan de gevaarsfactor geen plaats vinden en dat de *psychische* gevaarsvoorstelling *toto coelo* van het gevaar in strafrechtelijken zin onderscheiden is, zal ook hij wel willen toegeven, die onze geheele gedachte der souvereiniteit in eigen kring verwerpt.

Trouwens de *gevaarsvoorstelling* eischt als psychische „Akt” haar „Gegenstand”, die zelve niet weder van psychisch karakter kan zijn. In het strafrechtelijk gevaarsbegrip woont vergeldingszin, het bevat reeds een afweging van rechtsbelangen tegen elkander, het rust op de weegschaal van Themis. Immers de juridische gevaarstoestand heeft betrekking op *rechtsgoederen*, niet op *natuurdingen* zonder meer en een rechtsgoed is immer een objectieve betrekking in de rechts- of vergeldingsgemeenschap, niet in de zinnelijk waarneembare natuur. Een natuurgebeuren zonder meer kan nimmer *gevaar* in strafrechtelijken zin veroorzaken. Ook hier geldt weer, dat de strafrechtelijke veroorzaking naar haar zin immer juridische handelingscausaliteit en nimmer natuurcausaliteit is.

Welnu, in dit juridisch licht bezien, kan het horizontaal karakter van het veroorzakingstype der beroepsmisdrijven niet worden ontkend. Zeker, als incidenteel *krenkingsdelict* opgevat, moet het beroepsmisdrijf uiteenvallen in een optelsom van gelegenheidsvergripen. Doch zoo schakelt men juist zijn wezenlijk karakter uit, dat bestaat in het scheppen van een gevaarstoestand in de vergeldingsgemeenschap en dit gevaar is niet, gelijk b.v. bij het gevaarsdelict van art. 164 W. v. S. van acuten, doch van chronischen en niet van verticalen, doch van horizontalen aard.

Dit is het, wat zoowel in de modernistische, als in de klassieke opvatting van het beroepsmisdrijf voortdurend miskend is.

De moderne richting wees voortdurend op het gevaar van de anti-sociale *gezindheid* der chronische misdadigers, doch verzuimde in haar naturalistische instelling dit gevaarsbegrip in zijn juridischen zin te vatten, de wezenlijke juridische bouw van het misdadigdelict op te sporen en in dit licht bezien stond zij machteloos tegenover het argument der klassieken, dat men niemand voor zijn gezindheid los van de daad kan berechten.

De klassieke richting anderzijds miskende het oorzakelijkheidstype van het beroepsmisdrijf, in de eenheid van zijn juridischen zin, en kwam zoo tot de simplistische redeneering, dat men den misdadiger strafrechtelijk slechts aansprakelijk kan stellen voor 't geen hij gedaan heeft, niet voor 't geen hij, met groote mate van waarschijnlijkheid in de toekomst doen zal.

Ook zij zag slechts de gevaarlijkheid van de misdadige persoon, doch lette niet op het gevaar in strafrechtelijken zin, dat het misdadig beroep of bedrijf als zoodanig in de rechtsgemeenschap veroorzaakt. Zoo spitst b.v. EXNER, een vurig voorstander van het crimineel-politisch compromis in zijn bekend werk „Die Theorie der Sicherungsmittel”⁶⁰), het gevaarsbegrip ten aanzien van de chronische misdadigheid geheel

op de persoon toe: „*Eine gefährliche Person im Sinne des Kriminalrechts ist eine Person, die wahrscheinlich kriminelle Handlungen begehen wird...* Unsicher bleibt stets, wie sich künftig die Verhältnisse gestalten werden, wir spreken darum niet van Gewisheit, sondern von Wahrscheinlichkeit, nicht von Schädlichkeit schlechtweg, sondern nur von Gefährlichkeit”⁶¹). De gebruikelijke definities der crimineele gevaarlijkheid zijn gewoonlijk enger gevat, doch zijn alle in wezen op de persoonlijke neiging van den misdadiger betrokken.

Met dit gevaarlijkheidsbegrip, dat als een der grondslagen voor de geheele theorie der beveiligingsmaatregelen wordt beschouwd, valt voor de *strafrechtsdogmatiek* natuurlijk niets aan te vangen. Het gevaarsbegrip moet op het misdadig beroep of bedrijf zelve worden toegespitst.

Tegen deze constructie kan niet als bezwaar gelden, dat de *uitoefening* van het misdadig beroep toch gewoonlijk geschiedt door *krenking* van rechtsgoederen. Immers in onzen gedachtegang heeft de individueele krenking in het horizontaal verband van het beroepsmisdrijf slechts betekenis als uiting van den chronischen, gemeengevaarlijken toestand, door het misdadig beroep geschapen.

Wie het beroepsdelict als krenkingsdelict vat, komt, gelijk reeds werd opgemerkt, noodwendig weder bij de heerschende constructie van het verticale gelegenheidsvergriep uit en moet het beroep weder als een qualificeerend element van zulk een vergriep vatten.

Wel blijkt hier natuurlijk duidelĳk, dat we in het beroepsmisdrijf met een gevaarsdelict *sui generis* hebben te doen, dat in de heerschende dogmatiek zijn wederga niet vindt.

Het eenig bezwaar, dat men van het standpunt der heerschende veroorzakingstheorieën tegen onze constructie van het beroepsmisdrijf als gevaarsdelict zou kunnen opwerpen, is, dat de bedoelde gevaarstoestand hier geheel en al in handen van den *dader* ligt, terwijl bij de gevaarsdelicten, in den zin, waarin ons strafwetboek ze kent, die gevaarstoestand, nadat ze eenmaal door een vergriep van den dader in 't leven is geroepen, meestal niet langer door zijn wil wordt beheerscht. Prof. W. ZEVENBERGEN ziet in zijn bekend Leerboek van het Nederlandsch Strafrecht (bl. 56) het kenmerkende van de gevaarsdelicten hierin, „dat met de verwerkelijking van het materiële rechtsfeit een gevolg is ingetreden, dat niet als een afgesloten geheel kan worden beschouwd, maar zich vertoont als een gebeurtenis, waaruit krenking van een rechtsobject waarschijnlijk is te wachten”.

Zou men nu aan ieder gevaarsdelict den eisch stellen, dat het bedoelde „gevolg” verder geheel van den wil van den dader onafhankelijk ware, dan zou dit inderdaad een grond kunnen zijn tot afwijzing onzer constructie.

Alleen maar, aan deze opvatting ligt een veroorzakingsbegrip ten grondslag, dat wij als „naturalistisch” voor de rechtswetenschap hebben afgewezen. O. i. is niets als juridisch gevolg van een gedraging te begripen, wat niet bij voortduring staat onder leiding van een wil in

juridischen zin, dat m. a. w. niet als bestanddeel der (on)rechtmatige gedraging kan worden beschouwd. Trouwens, er zijn reeds in ons huidig wetboek van strafrecht vergripen omschreven, wier „onrechtmatig gevolg” slechts kan bestaan in 't scheppen van een gevaarstoestand, terwijl de verwezenlijking van dit gevaar geheel van den wil van den delinquent afhankelijk is (vgl. b.v. de landlooperij e. d.). Alleen bij aanvaarding van het door ons in onze studie over het juridisch causaliteitsprobleem verworpen begrip van „formeele delicten” als een categorie van vergripen, waarbij de oorzakelijkheid geen rol zou spelen, kan men zich aan het inzicht in deze waarheid onttrekken. De eenige eisch, die men aan het strafrechtelijk gevaarsbegrip mag stellen is o. i. deze, dat de gevaarlijke toestand zich in een onrechtmatige gedraging moet hebben geobjectiveerd, m. a. w. reëlen vergeldingszin in de rechtswereld heeft aangenomen. Er moet een objectieve grondslag voor het gevaarlijkheidsoordeel in de rechtswereld gegeven zijn en aan dezen eisch wordt door onze constructie volkomen voldaan, mits men maar niet, op het voetspoor van MERKEL, die objectiviteit weer in naturalistischen zin gaat vatten^{62) 63)}.

En voorts, de geobjectiveerde gevaarstoestand moet een concrete reële factor in het rechtleven vormen.

Hier wreekt zich de naturalistische grondslag van alle juridische veroorzakingstheorieën, die, steunend op v. KRIES' oriëntering van de leer der adaequate veroorzaking aan de waarschijnlijkheidsrekening, in het gevaar slechts kunnen zien: „die objektive Möglichkeit eines schädigenden Ereignisses”⁶⁴⁾, „eine allgemeingültige Wahrscheinlichkeit seines Eintrittes”⁶⁵⁾. Zij kunnen n.l. het veroorzaakt gevaar niet als een reële concrete factor in het rechtsleven laten gelden.

De naturalistische inslag dezer beschouwing blijkt zonneklaar uit v. Kries' definitie van het begrip der objectieve mogelijkheid: „Man nennt... das Eintreten eines Ereignisses unter gewissen ungenau bestimmten Umständen dann objektiv möglich, wenn Bestimmungen dieser Umstände denkbar sind, welche gemäsz den faktisch geltenden Gesetzen des Geschehens das Ereigniss verwirklichen würden”⁶⁶⁾.

Op den grondslag dezer gevaarstheorie hebben schrijvers als MERKEL, v. ROHLAND, HÄLSCHNER e. a. de realiteit van den juridischen „gevaarstoestand” moeten loochenen en slechts een *gedachten*, schoon objectief gefundeerden, algemeenen gevaarstoestand laten gelden⁶⁷⁾.

En zoo deelt ook deze objectieve gevaarstheorie het fictiekarakter met de heerschende opvatting, welke haar beste uitdrukking heeft gevonden in de uitspraak: „Für eine Intelligenz, welcher die Gesamtheit der Umstände klar läge, würde es keine gefährliche, sondern nur schädliche und unschädliche Handlungen geben können”⁶⁸⁾.

Ieder gevoelt oogenblikkelijk, dat bij aanvaarding van zulk een naturalistisch, zij 't al objectief gevat gevaarsbegrip onze constructie van het beroeps misdrijf als gevaarsdelict zou moeten vallen. Immers wij loochenen

ten eenenmale, dat de door het beroepsmisdrijf geschapen juridische gevaarstoestand ooit in zijn objectiviteit met behulp van natuurwetenschappelijke methoden zou kunnen worden benaderd, gelijk ons geheele juridisch oorzakelijkheidsbegrip, in lijnrechte tegenstelling tot de heerschende theorieën, slechts aan den zin der vergelding is georiënteerd en de souverainiteit in eigen kring van het rechtsleven handhaaft.

De realiteit van den door het beroepsmisdrijf in de rechtswereld geschapen gevaarstoestand staat en valt met de realiteit van het misdadig beroep zelve.

Het misdadig beroep is, gelijk gezegd, niet een subjectieve gezindheidsfactor, waarvoor het gelegenheidsvergriep hoogstens symptoom kan zijn, doch een realiteit in de rechtswereld, het valt onder het *juridisch handelingsbegrip*, zoo zeker als ook ieder ander z.g. *toestandsdelict* daaronder valt.

Ja, wie de juridische handeling nog altijd vat in het naturalistisch schema van de gewilde spierbeweging, die is eenvoudig niet te helpen!! Hij moet dan maar zien, hoe hij met de omissie- en toestandsvergripen, wier strafrechtelijk bestaan hij toch niet kan wegedeneeren, gereedkomt! Doch voor ieder, die zich ook maar eenigszins in den zin der rechtswereld verdiept, moet de ongerijmdheid van zulk een opvatting toch aanstonds in het oog springen. Ze moge populair en simplistisch zijn, eenvoud, het kenmerk van het ware, siert haar zeker niet. Men bedenke slechts, tot welke wonderlijke ficties zij haar toevlucht moet nemen, om de meest gewone rechtsverschijnselen, althans voor den schijn recht te laten wedervaren.

Het crimineel beroep, als juridische handeling sui generis beschouwd, geeft het recht tot het leggen van het horizontaal oorzakelijkheids- en onrechtmatigheidsverband, wijl de gevaarstoestand, die het beroepsmisdrijf schept, bestaat in een constante bedreiging der rechtsgoederen met uiteenlopende middelen, die aan eenzelfde objectief onrechtmatig doel dienstbaar zijn.

* * *

Het beroepsmisdrijf in zijn verhouding tot de z.g. samengestelde eenheidsvormen van delicten.

Bij ons onderzoek naar het horizontaal oorzakelijkheidstype van het beroepsmisdrijf in onzen zin dringt zich als vanzelf een vergelijking op met de structuur van de in ons geldend recht en in de dogmatiek bekende z.g. samengestelde eenheidsvormen (v. HAMEL), waaronder men ook het gewoontedelict, zooals ons strafwetboek dat kent en soms eveneens het beroepsdelict in zijn huidige wettelijke structuur rekent.

Tot die samengestelde eenheidsvormen behooren dan

1. de z.g. *collectieve delicten*, waarbij wordt gedacht aan een pluraliteit van gelijksoortige handelingen, welke in zoover zij op zichzelf staan,

straffeloos (of minder strafbaar) zijn, maar als verzameling één strafbaar feit (of een gequalificeerden misdrijfsvorm) opleveren (het gewoontedelict)⁶⁹);

2. de z.g. *voortdurende of toestandsdelicten* (*delicta continua*), naar hun wettelijke omschrijving bestaande in het veroorzaken en doen voortduren of alleen in het doen voortduren van een verboden toestand (b.v. het verboden waar voorhanden of in voorraad hebben, deelneming aan een verboden vereeniging enz., m. i. ook het beroepsmisdrijf in zijn huidige wettelijke structuur);

3. de z.g. *voortgezette delicten* (*delicta continuata*), d. i. die delicts-vorm, waarbij meerdere feiten, ofschoon elk op zichzelf misdrijf of overtreding opleverende, in zoodanig verband staan, dat zij moeten worden beschouwd als een voortgezette handeling, waarbij men dan weer twist over de vraag òf voor het eigenlijk voortgezet delict de handelingen onderling naar de wettelijke omschrijving gelijk, of slechts soortgelijk moeten zijn (vgl. art. 56 W. v. S.).

Nu springt het aanstonds in het oog, dat hoewel wij het beroepsdelict in onzen zin als groeps- en toestandsmisdrijf hebben gequalificeerd, nochtans geenerlei aanknooppingspunt voor deze juridische structuur bij de drie genoemde delictsvormen is te vinden.

Ook daar waar de wet een meerderheid van strafrechtelijke handelingen als juridische eenheid begrijpt, draagt dit eenheidsverband een zeer uitwendig en afgetrokken karakter, zelfs daar, waar gelijk in art. 56, 2e lid, W. v. S., een eenheidsverband wordt gelegd tusschen de niet gelijksoortige, maar overigens innig verband houdende vergripen van valscheid of muntschennis en het gebruik maken van het voorwerp, ten opzichte waarvan de valscheid of muntschennis gepleegd is.

Het hier aangelegde criterium is niet ontleend aan het misdadig beroepstype, doch veeleer aan den uitwendigen samenhang, waarin de vergripen onderling staan, onverschillig of daarbij van een gelegenheids-, een beroeps- of gewoontedelict sprake is. Art. 56 W. v. S. heeft dan ook, met het beroepsmisdrijf niets uit te staan.

In dit verband zij er op gewezen, dat reeds v. LISZT in zijn *Kritische Bemerkungen zum Entwurfe des Allgemeinen Theiles eines Strafgesetzbuches für Russland*⁷⁰), er op gewezen heeft, dat het onjuist is de gewoonte- of beroepsmisdaad als een geval van meerdaadschen samenloop en wel als een gequalificeerd geval daarvan voor te stellen. Hij polemiseert daarbij sterk tegen de indeeling van het beroeps- en gewoontedelict bij „den schlüpfrigen, mehr und mehr aus der modernen Literatur verschwindenden Begriff eines Kollektivdeliktes.”

Bij zijn argumentatie toont v. Liszt intusschen duidelijk het klassiek-dogmatisch standpunt, dat in het „misdadig beroep” slechts een schuld-element ziet, niet te hebben overwonnen:

„Ein Verbrechen”, aldus onze schrijver, „kann gewerbs-, kann auch gewohnheitsmässig begangen sein. Bei der Gewerbmässigkeit dürfte dies

wohl von vorneherein klar sein, da hier anerkanntermassen die *Absicht* weiterer Begehungen genügt (!) Oder hat der Bordelbesitzer darum nicht gewerbsmässig die Unzucht befördert, weil er bisher nur *einen* Gast in seinen Annalen verzeichnen konnte? Aber auch bezüglich der Gewohnheitsmässigkeit musz es bei näherer Betrachtung klar werden, dasz es sich nicht um den schlüpfrigen, mehr und mehr aus der modernen Literatur verschwindenden Begriff eines „Kollektivdeliktes“ handeln kann. Wir sind im stande, den Gewohnheitsdieb aus der ganzen Art der Begehung, den Gewohnheitspäderasten aus seiner Körperbeschaffenheit u. s. w. mit wissenschaftlichen, fast mit mathematischen Genauigkeit zu erkennen, auch wenn uns eben nur *eine einzige* Handlung vorliegt. Um Konkurrenz handelt es sich also nicht, kann es sich nicht handeln.”

En dan volgt onmiddellijk de verwarring tusschen het dogmatisch-strafrechtelijk gebied en dat der criminologie. Dogmatisch-strafrechtelijk kan, gelijk we zagen, v. Liszt het beroepskarakter der misdaad slechts in het „oogmerk van den dader”, dus in een bijzonder element van het opzet als schuldvorm zien. Maar hij brengt dit onmiddellijk in verband met de indeeling der *misdadigers*, in beroeps- en gewoonte- eenerzijds en gelegenheidsmisdadigers anderzijds.

Van samenloop is, gelijk we zagen, volgens v. Liszt bij het beroepsdelict geen sprake. Waarvan dan wel?: „*Sondern um die schon oben erwähnte Gruppeneinteilung der Verbrecher*, um jene fundamentele Einteilung, deren Anerkennung die Regeneration der ganzen Strafrechtspflege bedeutet.”

Zoodat wij maar zeggen willen, dat v. Liszt voor de dogmatische nieuwbouw van het beroepsmisdrijf slechts negatief-kritische beteekenis heeft, daar zijn geheele wetenschappelijke instelling hem belet, een waarlijk organisch verband tusschen den strafrechtelijken zin en de sociale en economischen onderbouw van het beroepsmisdrijf te zien!

Wat tenslotte het wettelijk beroepsdelict zelve aangaat, voorzooover dit in zelfstandige wettelijke omschrijving in ons Strafwetboek voorkomt, is aan deze omschrijving het gewone verticale veroorzakings- en onrechtmatigheidstype, van het gelegenheidsvergriep ten grondslag gelegd, gelijk ook weer onlangs, naar we opmerkten, in het nieuw ingevoegde artikel 326a W. v. S. tegen de flesschentrekkerij.

Men kan op deze wijze nog tal van andere „beroeps- en gewoontedelicten” in ons Strafwetboek omschrijven, zonder ooit de eigenlijke beroepsmisdaad met de straffende vergelding te bereiken. Maar men hoede zich ervoor, uit dezen onbevredigenden toestand de voorbarige conclusie te trekken, dat de strafvergelding hier ontoereikend zoude zijn en de handlangersdiensten van den beveiligingsmaatregel zouden moeten worden aanvaard!

Conditio sine qua non voor een juiste constructie van het beroepsmisdrijf de lege ferenda is, dat men zijn juridische structuur bouwt op het reële economische en sociale substraat, dat zijn grondslag vormt

en niet, gelijk in de bestaande wetgeving, los van dit substraat! Eén tegenwerping moeten wij daarbij van te voren terugwijzen, n.l. dat het door ons gelegd horizontaal onrechtmatigheids- en causaliteitsverband eigenlijk niet aan het crimineel beroepsbegrip zelve zou zijn ontleend, doch veeleer door criminologische overwegingen zou zijn ingegeven, die wel een beveiligingsrecht, doch geen strafrecht kunnen rechtvaardigen.

Wie zoo redeneert, toont duidelijk in zijn strafrechtelijke beschouwing die eigenaardige abstraheering, die, gelijk we zagen, typeerend is voor het humanistisch classicisme.

Het misdadig beroep of bedrijf is naar zijn economische en maatschappelijke zijde niet op één lijn te stellen met het ordelijk en systematisch beroep of bedrijf van den handelsman. Als „levenseenheid”, als „dingbegrip” gequalificeerd in den rechtskring⁷¹), vertoont het ook in zijn economische en sociale substraatzijde, die eigenaardige op de onrechtmatigheid anticiperende natuur, die met een pseudo-logische afleiding spot.

Wie het onrechtmatigheids- en oorzakelijkheidsverband in het beroepsmisdrijf langs pseudo-logischen deductieven weg zou zoeken vast te stellen, door b.v. onder „beroepsdiefstal” in den vroeger omschreven zin slechts een reeks gelegenheidsdiefstallen en hoogstens daarmede uitwendig gelijksoortige delicten, als oplichting etc.) te begrijpen, daarbij als uitgangspunt kiezend het wederrechtelijk verrijkingsmotief, maakt zich schuldig aan de sinds lang veroordeelde „Begriffsjurisprudenz”. Natuurlijk is uit het afgetrokken wederrechtelijk verrijkingsmotief geen verband te construeeren b.v. tusschen weerspanningheid, inbraak en mishandeling om de eenvoudige reden, dat in abstracto dit verrijkingsmotief niets geen aanwijzing kan inhouden over de wijze, waarop het in concreto tot daden zal leiden. En dat het uitwendig verband, waarin incidenteele handelingen staan, ons niets, maar dan ook niets kan leeren, over den aard van het beroepsmisdrijf, werd reeds vroeger opgemerkt. Neen, wil men inderdaad doordringen tot den strafrechtelijken bouw van het beroepsdelict, een bouw die, de wetgever evenmin als de wetenschap kan *scheppen*, doch alleen positiefrechtelijk *vormen*, resp. wetenschappelijk *benaderen*, dan moet men allereerst te rade gaan met de zinvolle realiteit, met het levensverband van de beroepsmisdaad. Alleen wie dezen weg inslaat, is in staat tot een bevredigde wetenschappelijke constructie te komen.

Het beroeps- of bedrijfsdelict is in al zijne verschillende in de vergeldingsgemeenschap ingrijpende misdadige uitingen een eenheid, die als uiterst zware inbreuk op de rechtsorde, ook als zoodanig dient te worden bestraft. Doch eerst moet de vergeldingsgrond daartoe worden aangewezen en de heerschende dogmatiek is daartoe niet in staat. Dat het onder de heerschende strafwet mogelijk is, dat een misdadigerstype als dat van den roofsouteneur, die met zijn handlangers ware roofholen voor de uitoefening van zijn misdadig beroep heeft ingericht, maar telkens en telkens weer zijn praktijken kan uitvoeren, omdat men hem slechts

voor afzonderlijke vergrijpen aansprakelijk stelt, waarbij hij in zijn geslepenheid genoeg kansen ziet, om zich aan de hand van de straffende gerechtigheid te onttrekken, is een misstand, die de vergeldingsgedachte in het gezicht slaat! Het souteneurschap, dat naar zijn reëlen zin een typische uiting kan zijn van de horizontale beroepsmisdaad, wordt in art. 422, 3e lid van ons Strafwetboek zonder eenig onderscheid als „overtreding” gestraft met hechtenis van ten hoogste twaalf dagen, facultatief met oplegging van de bijkomende straf van plaatsing in een rijkswerk-inrichting.

Bij aanvaarding van onzen gedachtengang moet de souteneur wiens misdadig beroovingsberoep uit feiten is bewezen, als beroepsmisdadiger worden gestraft. Reeds de exploitatie van een als roofohol ingericht verdacht huis op het oogenblik der betrapping zou hiertoe voldoende kunnen zijn, gelijk we hieronder zullen betoogen.

* * *

Het beroepsmisdrijf en de poging.

Het ligt in den aard der zaak, dat het leerstuk der poging ten aanzien van het beroepsdelict een geheel andere beteekenis verkrijgt dan bij het gelegenheidsvergrijp. Het ware evenwel geheel onjuist te meenen, dat het voor de beroepsmisdaad in onzen zin wel gemist zou kunnen worden. Wij verwerpen de symptomatische opvatting van het delict ook ten aanzien van de chronische vormen van vergrijp.

Voor een beveiligingsrecht in den zin van het beroemde vergelijk tusschen moderne en klassieke richting, moge het leerstuk der poging, tegelijk met dat der deelneming, de schuld, de onrechtmatigheid etc. onbruikbaar zijn, wij staan met onze opvatting van het beroepsmisdrijf geheel binnen de grenspalen van het vergeldingsstrafrecht en zien ons dus genooddaakt, ook — zij 't slechts in kort bestek — na te gaan, welke beteekenis deze verschillende leerstukken voor dezen chronischen delicts-vorm moeten bezitten.

Ook het leerstuk der poging is in zijn klassiek-dogmatische ontwikkeling alleen voor het gelegenheidsvergrijp berekend. Het springt natuurlijk aanstonds in het oog, dat poging tot individueele diefstal, inbraak, vervalsching, oplichting enz. enz. binnen het horizontale schema van het beroepsdelict geen grond voor een lichtere strafpositie kan zijn. Immers niet in de incidenteele krenking, doch in den chronischen onrechtmatigen gevaarstoestand ligt het veroorzakingstype van het beroepsmisdrijf.

Evenmin heeft het zin, hier naar een subjectieve pogingsleer te grijpen, en ook ondeugdelijke poging strafbaar te stellen, gelijk reeds thans verschillende schrijvers voor het gelegenheidsvergrijp verdedigen.

Neen, de poging krijgt ten aanzien van de beroepsmisdaad eerst beteekenis, wanneer zij zich op het misdadig beroep als zoodanig richt.

Kan b.v. worden bewezen, dat een souteneur het door hem geëxploiteerd perceel als „roofhol” inricht, relaties aanknoopt met helers en andere misdadigers, dan moet van poging tot „beroepsdiefstal” worden gesproken, ook al is tengevolge van omstandigheden, onafhankelijk van zijn wil, nog geen enkel incidenteele *krenking* van rechtsgoederen tot uitvoering gekomen. Want het gaat hier om een begin van uitvoering van het beroepsdelict, niet om een begin van uitvoering van een gelegenheidsvergrijp.

Men ziet, hoe een wezenlijk organische opvatting van de strafvergelding de maatschappij waarlijk niet onbeschermd laat, maar haar beter beveiligd dan de thans voorgestelde bewaringsmaatregel. Want deze laatste kan eerst worden opgelegd, wanneer het beroepsmisdrijf reeds aan alle zijden slachtoffers heeft gemaakt.

Naar onze opvatting der vergelding kan de straf ingrijpen op het oogenblik, waarop de beroepsmisdaad reeds voor 't eerst tot openbaring komt en den dader het verdiende leed toevoegen.

Het beroepsmisdrijf en de deelnemingsvormen.

Ook in het leerstuk der deelneming zal op soortgelijke wijze met de dogmatische bouw van het beroepsdelict moeten worden rekening gehouden.

Ook hier geldt weer op overeenkomstige wijze, dat de onderscheiding tusschen uitlokking, medeplichtigheid, mededaderschap en middellijk daderschap ten aanzien van de deelnemers aan het beroepsmisdrijf als zoodanig, geen beteekenis heeft voor de incidenteele uitingen van de beroepsmisdaad, gezien als *krenkingsdelicten*, doch haar volle beteekenis behoudt ten aanzien van de beroepsmisdaad als zoodanig, gezien als *horizontaal gevaarsdelict*.

Echte en onechte deelnemingsvormen.

Ja juist ten aanzien van de beroepsmisdaad, die slechts zelden geheel *individueel* wordt gepleegd, krijgt het leerstuk der deelneming groote beteekenis.

Met name de deelnemingsvorm der medeplichtigheid zal hier een belangrijke rol spelen, terwijl de uitlokking en het middellijk daderschap hier uiteraard op den achtergrond zullen treden, ook al komen ze bij beroepsmisdaad wel degelijk voor (denk b.v. aan de „werktuigen” van den gentleman-inbreker etc.).

Volgens het tegenwoordig art. 48 W. v. S. worden als medeplichtigen aan een misdrijf gestraft:

- „1. zij die opzettelijk behulpzaam zijn bij het plegen van het misdrijf;
2. zij die opzettelijk gelegenheid, middelen of inlichtingen verschaffen tot het plegen van het misdrijf”, terwijl art. 49, 1e en 2e lid bepaalt: „Het maximum der hoofdstraffen op het misdrijf gesteld wordt bij medeplichtigheid met een derde verminderd.

Geldt het een misdrijf, waarop levenslange gevangenisstraf is gesteld, dan wordt gevangenisstraf opgelegd van ten hoogste vijftien jaren".

En het 4e lid: „Bij het bepalen van de straf komen alleen die handelingen in aanmerking die de medeplichtige opzettelijk heeft gemakkelijk gemaakt of bevorderd, benevens hare gevolgen."

Het spreekt vanzelf, dat het opzet bij den medeplichtige aan een beroepsdelict gericht zal moeten zijn op het gemakkelijk maken of bevorderen van de beroepsmisdaad als zoodanig. Kan slechts worden bewezen, dat zijn opzet gericht was op het bevorderen of gemakkelijk maken van een incidenteel krenkingsdelict, ook al sloot hij zich hiertoe voor eenmaal aan bij beroepsmisdadigers, dan zal hij slechts als medeplichtige aan een gelegenheidsdelict kunnen worden gestraft. Hiertegen zou kunnen worden opgemerkt, dat als hoofddaad geen eigenlijk gelegenheidsvergriep aanwezig is, doch men mag toch ongetwijfeld wel zeggen, dat wanneer de beroepsmisdaad zich incidenteel in een handeling heeft geuit, die formeel onder de omschrijving van een krenkingsdelict of verticaal gevaarsdelict valt, die handeling, als hoofddaad moet worden beschouwd ten aanzien van de daad van den medeplichtige. De rechter zal dan slechts hebben na te gaan, welke straf zou moeten worden opgelegd op dit incidenteele vergriep, wanneer het als gelegenheidsvergriep in aanmerking moest komen. Bij afweging van de schuldvraag van den medeplichtige moet natuurlijk met zijn wetenschap inzake het beroeps-karakter der misdaad worden rekening gehouden. Het valt niet te ontkennen, dat hiermede in strengen zin genomen met het zuiver accessoir karakter der medeplichtigheid wordt gebroken ⁷²⁾ en het ware uit systematisch oogpunt bezien dan ook juister, hier niet van deelneming in eigenlijken zin te spreken, gelijk het wetstechnisch juister ware, incidenteele deelneming aan een krenkings- of gevaarsdelict, dat in het horizontaal verband van een beroepsmisdrijf ligt als een zelfstandig vergriep te omschrijven. Voorzoover we in dezen zin nog van „deelneming" spreken, hebben we het over een „onechte deelneming" in onderscheiding van de „echte deelneming". Voor de echte medeplichtigheid aan het beroepsvergriep verliest natuurlijk het bepaalde bij art. 49, 4e lid allen zin. Hier omvat de medeplichtigheid noodwendig het geheele horizontaal oorzake-lijkeits-en onrechtmatigheidsverband van het beroepsdelict. Anders is geen deelneming aan een beroepsmisdrijf aanwezig.

Het mededaderschap is een vorm van deelneming, die bij het beroepsdelict bezwaarlijk op dezelfde bijzondere behandeling kan aanspraak maken, als bij het gelegenheidsdelict en wel om deze reden, dat het „plegen in vereeniging" een gewoon verschijnsel is bij dezen delictsvorm, uit zijn wezenlijk karakter min of meer voortvloeit. Voorzoover van gelegenheidsmededaderschap aan een beroepsmisdrijf sprake is, geldt weer hetzelfde, als ten aanzien van gelegenheidsmedeplichtigheid werd opgemerkt. Ook voor *uitlokking* geldt hetzelfde.

Het beroepsmisdrijf en het leerstuk van den samenloop.

Als horizontaal groepsdelict in onzen zin heeft het beroepsmisdrijf uiteraard een centrale plaats in het leerstuk van den samenloop. Het bezit immers het karakter van een samengestelden eenheidsvorm *sui generis*.

Daarnaast doet zich echter de vraag voor, of en in hoeverre bij het beroepsmisdrijf eventueel nog van een z.g. echten meerdaadschen samenloop zou kunnen worden gesproken, d. w. z. van samenloop van meerdere nog niet berechte feiten van één dader, die als op zichzelf staande handelingen moeten worden beschouwd, en meerdere, gelijksoortige of ongelijksoortige, misdrijven of overtredingen opleveren⁷³). Bij bevestigende beantwoording dezer vraag zou dan bovendien van „concursum idealis” (Gesetzeskonkurrenz) moeten worden gesproken ten aanzien van de verhouding tusschen het beroepsmisdrijf en zijn individuele uitingen.

Ten aanzien van de gewone „samengestelde eenheidsvormen” is men het er over eens, dat hier noch van echten meerdaadschen samenloop sprake is, noch van den z.g.n. echten *eendaadschen*, (d. w. z. dat het feit aan meerdere wettelijke omschrijvingen beantwoordt en op meerdere strafbepalingen past).

Het zou echter kunnen zijn, dat deze opvatting, die ten aanzien van het gelegenheidsvergriep voor zich zelve spreekt, voor het beroepsmisdrijf niet met de eischen der straffende vergelding zou stroken.

Uit vergeldingsoogpunt beschouwd, is de bedoelde vraag ongetwijfeld van uitnemend belang, daar men volkomen terecht de vraag kan stellen, of het op dit standpunt verdedigbaar is te noemen, dat een beroepsmisdadiger, die b.v. verschillende nog niet berechte inbraken, afpersingen, mishandeling en weerspanning in de uitoefening van zijn misdadig beroep heeft gepleegd, op één lijn wordt gesteld met een soortgenoot, die zich b.v. nog slechts aan één berooving in de uitoefening van ditzelfde beroep heeft schuldig gemaakt.

Hier ligt inderdaad het knooppunt van alle moeilijkheden, die aan de horizontale constructie van het beroepsmisdrijf als gevaarsdelict vastzitten.

Die moeilijkheden schuilen, dit zij aanstonds op den voorgrond gesteld, niet in de eerste plaats in de vraag der straftoemeting.

Immers ook bij meerdaadschen samenloop van gewone gelegenheidsdelicten onder de huidige strafwet zal het meermalen voorkomen, dat delinquent A, die zich aan een meervoudigen moord, inbraak en mishandeling heeft schuldig gemaakt, niet zwaarder kan worden gestraft dan zijn soortgenoot B, die b.v. slechts één moord op zijn geweten heeft. De straftoemeting bereikt nu eenmaal onder alle denkbare strafstelsels eenmaal het doode punt van het absolute maximum, waarboven de vergeldingseisch geen macht meer heeft.

En wanneer men met ons in het horizontale beroepsmisdrijf een van de zwaarst denkbare vergriepen ziet, dan zal men er in moeten berusten, dat verschillende beroepsmisdadigers, die niet allen evenveel en even

zware individueele rechtskrenkingen in de uitoefening van hun beroep op hun geweten hebben, toch alle binnen dezelfde strafpositie vallen krachtens den aard van hun beroepsmisdaad als chronisch gevaarsdelict.

Bovendien laat ook het zware onrechtmatigheidstype en oorzakelijkheidstype van het beroepsmisdrijf, gelijk we reeds zagen, gradatie toe, terwijl tenslotte bij overweging van de schuldvraag bij de straftoemeting, nog zooveel kan worden geïndividualiseerd als de aard van het vergrijp toelaat.

Neen, de eigenlijke moeilijkheid ligt veeleer in de dogmatische figuur van het beroepsdelict zelve, die noodwendig tot de vraag leidt, of het horizontaal eenheidsverband tusschen de individueele uitingen van het misdrijf hier zoo overwegend kan zijn, dat daarvoor de zelfstandige beteekenis van het individueele vergrijp als gelegenheidsdelict geheel moet worden opgeofferd.

Reeds bij de bespreking van de deelnemingsvormen bij het beroepsdelict kwam deze vraag naar voren, toen wij het „quid iuris” onder oogen zagen ten aanzien van de incidenteele medeplichtigheid aan een krenkingsdelict, dat als uiting van een beroepsmisdrijf moet worden beschouwd.

De vraag, of bij wijze van „Gesetzeskonkurrenz” naast het beroepsmisdrijf nog meerdaadsche samenloop kan worden aangenomen tusschen de individueele handelingen, kan worden opgeworpen zoowel ten aanzien van den beroepsdader als ten aanzien van de *deelnemers*.

Ten aanzien van het eerste punt zal de vraag o.i. ondanks alle aanvankelijke bedenkingen slechts ontkennend kunnen worden beantwoord. Het ware toch volkomen onlogisch, eerst een horizontaal onrechtmatigheids- en causaliteitsverband tusschen alle individueele uitingen van het beroepsdelict te leggen en achteraf dit verband weer te ontkennen en den beroepsmisdadiger schuldig te verklaren, eenerzijds aan het beroepsdelict en anderzijds aan samenloopende gelegenheidsdelicten.

Bovendien de individueele vergrijpen verliezen in onze constructie wel hunne zelfstandigheid, doch niet hun beteekenis. Integendeel, hun beteekenis verdiept zich in het verband van het beroepsmisdrijf, zij toonen eerst recht het uiterste zware karakter van het onrechtmatigheidstype van dezen delictsvorm, waarvan zij slechts de natuurlijke uitingen zijn.

Daarom zullen ook, reeds op grond van de omschrijving als *groepsdelict*, de individueele feiten steeds als uiting van het beroepsdelict in dagvaarding en vonnis moeten worden opgesomd, b.v. als mishandeling, doodslag, afpersing, souteneurschap, inbraak al of niet in vereeniging etc. gepleegd in de uitoefening van *beroepsdiefstal*; afpersing, reispasservalsching, omkoopning van ambtenaren, mishandeling etc. etc. gepleegd in de uitoefening van *beroepsvrouwenhandel* enz. enz.

Geen meerdaadsche samenloop dus hier, maar horizontaal eenheidsverband.

Wat het tweede punt betreft kan de vraag inzake aanwezigheid van

meerdaadschen samenloop slechts beteekenis hebben ten aanzien van de „onechte” deelnemingsvormen, met name de onechte medeplichtigheid, uitlokking en het onechte mededaderschap.

En dan geldt natuurlijk weder, dat bij deelneming aan individueele uitingen van de beroepsmisdaad, als deelneming aan *gelegenheidsdelicten*, meerdaadsche samenloop aanwezig kan zijn.

Van veel grooter beteekenis dan hierboven is geschetst, wordt het leerstuk der samenloop voor de beroepscriminaliteit, wanneer het wordt betrokken op de kruising van verschillende typen van beroepsmisdaad onderling.

Reeds vroeger werd er op gewezen, hoe de beroepsmisdadiger, als de gelegenheid gunstig wordt, zich niet lang bedenkt, om ook andere takken van het bedrijf te gaan beoefenen.

Beroepsbedrog en beroepsdiefstal met name zijn te nauw innerlijk verwant, dan dat de misdadiger, die zich in 't bijzonder op een dezer terreinen heeft toegelegd, niet te zijner tijd, ook eens het andere gebied zou gaan bestrijken. Doch hetzelfde geldt voor de typen van beroepsmisdaad, die hun kenmerk vinden in uitbuiting van de zwakke door den sterke, als vrouwenhandel e. d.

Er is geen enkele reden voor, aan dit feit een grond te ontleenen, om de grenzen tusschen de verschillende dogmatische typen van beroepsmisdaad dan maar te doorbreken en met v. Liszt, eenvoudig in het algemeen deel van het strafwetboek een bepaling op te nemen, waardoor alle beroepsmisdaad over één kam geschoren wordt en onder één enkele strafpositie wordt samengevat.

Van vergeldingsstandpunt bezien is zulks niet te verdedigen. Slechts het door ons voor dit doel verworpen beveiligingsrecht moet principieel met de dogmatische onderscheidingen der delictstypen breken.

Juist voor de straftoemeting is echte meerdaadsche samenloop (*concursum realis*) van verschillende typen van beroepsdelicten een uiterst gewichtige omstandigheid. Immers zij is een belangrijke aanwijzing voor de concrete zwaarte van haar onrechtmatigheids- en schuldtype (waarover later).

Onder overigens gelijke omstandigheden mag een beroepsmisdadiger, die nog eerst kort op den verkeerden weg is, niet even ernstig worden gestraft als zijn beroepsgenoot, die in het bedrijf reeds van alle markten thuis is. Welnu, juist het feit, dat samenloop tusschen verschillende typen van beroepsmisdaden wordt vastgesteld, is een belangrijke aanwijzing voor de mindere of meerdere verdorvenheid van den dader uit vergeldingsgezichtspunt, voor het feit, dat hij reeds „door de wol geverfd is”.

Al zal, gelijk we nog later zullen betoogen, de maximale straf voor de meeste afzonderlijke typen van beroepsmisdaad, wel dezelfde moeten zijn, voor het leerstuk der straftoemeting behoudt de samenloop tusschen de typen onderling dus groote beteekenis.

Tenslotte is natuurlijk ook echte meerdaadsche samenloop denkbaar

tusschen een beroepsmisdrijf en een gelegenheidsdelict. Zulke gevallen kunnen zonder bezwaar naar de gewone regelen der beperkte cumulatie worden opgelost, waarvoor dan alleen art. 57 W. v. S. in aanmerking komt. Het bepaalde bij art. 59 zal hier zonder beteekenis zijn.

Merkwaardig is in verband met het leerstuk der samenloop bij beroepsmisdrijven, de uitspraak van V. HAMEL⁷⁴): „In een strafrechtelijk stelsel naar de nieuwere richting zou, gelijk reeds werd opgemerkt, deze (n.l. de meerdaadsche) samenloop een grond kunnen zijn om wegens al deze feiten te zamen te komen tot een scherpere of een andere repressie, analogie vertoonend met de behandeling der recidivisten. Formeel heeten dit wel geen gevallen van „herhaling”, omdat hiervoor noodig is, dat het nieuw strafbaar feit na een vroegere veroordeeling werd begaan. Maar psychologisch openbaart de samenloop dikwijls even goed als de recidive een sterken tot misdaad neigenden aanleg, begunstigd door de werking van criminogene omstandigheden. Zeker zal er bij de beoordeling van zulke gevallen wel rekening mee moeten worden gehouden, dat de vaart der misdadige handelingen hier niet, als bij de recidive door de exhortatiën van vervolging en strafoplegging is gestuit, maar op het gemis daarvan kan de rechter bij de keuze van aard of maat der repressie voldoende letten.

In 't stelsel, dat elk delict zijn „gerechte straf” heeft mede te brengen, voert deze samenloop consequent tot *cumulatie*, opeenhooping van straffen (Strafenkonkurrenz)”.

De lezer zal bij zorgvuldige overweging van ons standpunt en dat der nieuwere richting, gelijk het hier door Prof. v. Hamel wordt uiteengezet, spoedig het diepgaand verschil bespeuren, een verschil, dat hier inderdaad tot een onoverbrugbaar verschil in levens- en wereldbeschouwing kan worden teruggevoerd. Doch evenzeer zal hem dat diepgaand verschil moeten opvallen tusschen ons standpunt en dat der klassieke school in haar verschillende schakeeringen en ook dit onderscheid gaat terug op de wetsidee.

De nieuwere richting ziet slechts de gevaarlijkheid, de anti-sociale gezindheid van den dader, maar heeft daarin geen deugdelijken grondslag voor de dogmatische constructie van het beroepsmisdrijf.

De klassieke richting anderzijds ziet slechts het verticale delictstype, het individuele vergrijp en moet daarom uiteenhalen, wat naar zijn juridischen zin een onlosmakelijke eenheid vormt.

Beider eenzijdigheid en principiële fout is in onze constructie opgeheven.

De schuldvraag in haar verhouding tot oorzakelijkheid en onrechtmatigheid bij het beroepsmisdrijf.

In de lugubere krochten van beroeps- of bedrijfsmisdaad, die vaak door haar internationale vertakkingen, slechts door internationale samenwerking afdoende is te treffen, tiert ook veel psychopathische afwijking

en hangt de giftige sfeer van het misdadig maatschappelijk milieu. Zal nu toch bij toepassing van het individualiserend schuldbeginsel de nieuw gelegde grondslag voor de strafrechtelijke onrechtmatigheid van het beroeps- en bedrijfsdelict niet weer worden ondergraven?

In dit verband moge ik ten aanzien van het strafrechtelijk schuldbegrip allereerst weder opmerken, dat alle innerlijke tegenstrijdigheid, waarin men zich bij de constructie van de verhouding tusschen de begrippen schuld, onrechtmatigheid en oorzakelijkheid verstrikt heeft, te wijten is aan de schending van het beginsel der souvereiniteit in eigen kring bij de wetenschappelijke analyse. De ontwikkeling van het strafrechtelijk denken toont ons onder vigueur der humanistische wetsidee principiëel drieërlei oplossing aan, die ieder op zichzelf het getuigenis afleggen, dat de antinomie op humanistisch standpunt onoplosbaar is ⁷⁵⁾.

1. Men berust in een onverzoend dualisme. Onverzoend blijven causaliteit en onrechtmatigheid eenerzijds, de schuld anderzijds als delictselementen naast elkander staan en als maatstaven voor de straf-toemeting gelden ⁷⁶⁾.

2. Men streeft naar een monistische constructie. Bij gebrek aan een organische verbinding der drie grondbegrippen moet dan:

a. of de schuld in zijn wezenskarakter worden geëlimineerd, door haar in de causaliteit (en de onrechtmatigheid) op te lossen (zoo de school van MERKEL ⁷⁷⁾, HOLD VON FERNECK ⁷⁸⁾, in zekeren zin ook BINDING ⁷⁹⁾ en tal van anderen), of zelfs in de onrechtmatigheid alleen (zoo de „reine Rechtslehre” van KELSEN en zijn school) ⁸⁰⁾;

b. of omgekeerd moeten de causaliteit en onrechtmatigheid in beginsel worden opgelost in de schuld, die dan of in modernistische lijn als anti-sociale gezindheid wordt gevat (de z.g. symptomatische opvatting van het vergrijp, TESAR, KOLLMAN ⁸¹⁾ en i. h. a. de moderne richting in het strafrecht), dan wel als zedelijke gezindheid, die zich symptomatisch in het vergrijp openbaart (zoo de z.g. subjectief ethische opvatting ⁸²⁾). Zoodra men n.l. met schending van de souvereiniteit in eigen kring van het rechtsgebied de strafrechtelijke schuld poogt te vatten in psychologischen, in sociologischen of in ethischen zin, of in onderlinge combinatie daarvan ⁸³⁾ en dus verzuimt haar in den zin des rechts, de vergeldingsgedachte te vatten, is geen verzoening met het in zijn juridischen zin niet te miskennen onrechtmatigheidsbegrip mogelijk.

Maar anderzijds geldt evenzeer de waarheid, dat het strafrechtelijk schuldbegrip allen juridischen zin moet verliezen, wanneer men dien zin tracht te *isoleeren* uit den levenssamenhang, waarin hij door God is gevoegd. De richting Kelsen b.v., die een z.g. „reine” rechtstheorie tracht te construeeren door de rechtsbegrippen buiten alle verband tot psychologie, sociologie en ethiek op te bouwen, komt met ijzeren noodwendigheid tot het resultaat, dat het strafrechtelijk schuldbegrip onder deze kunstbewerking ineenschrompelt tot de holle huls van een zin-loos onrechtsbegrip.

Waarlijk tragisch zijn de pogingen, die uiterst fijne en wijsgeerig diep geschoolde geesten in het kamp der jongste humanistische strafrechtstheorie als Mayer en vooral Sauer gedaan hebben, om in hun onrechtmatigheids- en hun schuldleer uit den circulus vitiosus der humanistische wetsidee uit te komen. Alle pogingen moesten afstuiten op het humanistisch *continuïteitsbeginsel*, de fatale consequentie van het uitgangspunt in de souvereiniteit der rede.

En zoo bleef het bij Mayer in de onrechtmatigheidsleer bij een vage kultuurnormentheorie, die over alle grenzen van sociale, historische, economische, juridische en zedelijke wetskringen heen een „allesomvattend” normengebied zoekt aan te wijzen, waartegen de onrechtmatige handeling zou ingaan, terwijl hij in zijn schuldleer een verbinding tusschen psychische en ethische elementen zoekt tot stand te brengen.

En bij SAUER, den man, die in onderscheiding van de heerschende humanistische wijsbegeerte, weer openlijk voor zijn wetsidee als metafysisch uitgangspunt is uitgekomen, liep de onrechtmatigheidsleer, gelijk we zagen, uit op een sociaal-utilitarisme, berustend op een inperking van een sociologisch gevat nuttigheidsbeginsel tot datgene, wat den staat meer schade dan voordeel brengt, terwijl zijn schuldleer in strijd met de logische grondwet van het beginsel der tegenspraak sociale en ethische elementen tot een begripseenheid zocht te verbinden ⁸⁴).

Bij dezen stand van zaken kan het niet verwonderen, dat ook de neo-classicus Sauer zich door de samenkoppeling van straf en beveiligingsmaatregel, door het innerlijk tegenstrijdig vergelijk tusschen klassieke en moderne school bevredigd verklaart, ja, dat hij de oplossing van het beroepsmisdrijf in een optelsom van gelegenheidsvergripen als een bijzondere wetenschappelijke verdienste van de klassieke strafrechtsopvatting, als een bewijs voor haar „analytischen zin” (!) prijst!

De organisch gevatte wetsidee van het Calvinisme met haar grondbeginsel der souvereiniteit in eigen kring en haar opvatting van de totaliteit van alle wetskringen gezamenlijk en van iederen wetskring afzonderlijk als een goddelijk organisme — een wetsidee, die ik op mijn wijze heb pogen uiteen te zetten in hare beteekenis voor wetenschap en leven beide —, zal den weg moeten wijzen bij alle toekomstige pogingen, om uit den huidige vicieuze cirkel in de strafrechtelijke schuld- en onrechtmatigheidsleer te geraken. En het is *hier* ook, dat de in deze wetsidee gewortelde leer der analogieën en anticipaties opnieuw haar vruchtbaarheid zal moeten bewijzen.

De strafrechtelijke schuld is niet in den zin der heerschende opvatting als *subjectieve* zijde van het vergriip tegenover causaliteit en onrechtmatigheid als de *objectieve* zijde te stellen.

Ja, wat verstaat men dan onder die subjectieve zijde? Het antwoord is verbijsterend: De subjectieve zijde zou moeten worden gevormd door het „innerlijk”-psychische in den delinquent, dat men dan weer met zijn zedelijke gezindheid dooreen vermengt. En de objectieve zijde van

causaliteit en onrechtmatigheid? Die zou dan moeten worden gevormd door de „uitwendige” activiteit, de spierbeweging met haar natuurlijke gevolgen in de stoffelijke wereld, *gemeten aan de norm des rechts* (sic!). Is het te scherp gezegd, wanneer ik hier van een verbijsterende verwarring spreek?

Een organische opvatting, die de souvereiniteit in eigen kring van het recht ten volle handhaaft, kan in het strafrechtelijk schuldbegrip slechts een verdieping, een expansie van het strafrechtelijk causaliteits- en onrechtmatigheidsbegrip zien, als een *benadering* van de zedelijke gezindheid van den dader in de wetsgedachte der vergelding.

Gelijk het discrete getal de buiten zijn wetskring gelegen continue beweging in eigen wetsgedachte benadert in zijn expansieve, in zijn *verdiepte* functie van het oneindig klein getal, zoo benadert het strafrechtelijk schuldbeginsel de niet in den rechtskring, doch in den zedelijken kring fungeerende zedelijke gezindheid van den delinquent.

De strafrechtelijke schuld is een anticipeerende functie van de strafrechtelijke oorzakelijkheid der handeling, welke, gelijk we in een vroegere studie zagen, buiten de onrechtmatigheid dier handeling niet is te vatten.

Wanneer nu de strafrechtelijke schuld aldus den vergeldingszin der onrechtmatige handeling ontplooit en verdiept en wanneer tevens niet te ontkennen valt, dat de juridische oorzakelijkheid in wezen wils- of handelings-causaliteit is, dan moeten alle definities van de strafrechtelijke schuld, die haar als „wilscausaliteit” bestempelen, nietszeggend zijn, wijl zij den anticipeerenden zin van het strafrechtelijk schuldbeginsel miskennen.

Bovendien ontbeert het geheele begrip „wilscausaliteit” in de school van Merkel en Binding zijn juridischen zin, doordat het willen hier in een *pseudo-psychologische beteekenis* wordt genomen.

Juist door deze verpsychologiseering van het juridisch wilsbegrip, is de strijd tusschen de z.g. *wils-* en *voorstellingstheorie* in de schuldleer principiëel onoplosbaar. De wilsleer tracht het wezen der schuld in een psychologisch gevat wilsbegrip te vatten en daar dit begrip, gelijk GRAF ZU DOHNA⁸⁵⁾ terecht opmerkt, niet de noodige elasticiteit voor het juridisch gebruik bezit, wordt het uitgerekt en tot onherkenbaar wordens toe gewijzigd: Niet slechts het nagestreefde gevolg is gewild, maar onder omstandigheden ook het bloot voorziene gevolg (V. HIPPEL). De voorstellingstheorie anderzijds houdt zich aan de psychologische voorstelling: daar deze echter voor het juridisch gebruik veel te veel omvat, worden aan het voorstellingsbegrip als aan een Procrustus de onbescheiden ledematen afgehakt: Een gevolg, dat de dader innerlijk afkeurt, heeft hij zich niet voorgesteld (V. LISZT). Beide bewegen zich in hetzelfde vlak — ze zijn beide psychologisch ingesteld en kunnen daarom aan de juridische natuur der wilsschuld geen recht laten wedervaren. Hetzelfde bezwaar geldt natuurlijk tegen de door Prof. M. E. MAYER opgestelde z.g.n. *motieventheorie*, welke als synthese tusschen wils- en voorstellingstheorie is bedoeld.

Onder „Motive” verstaat deze schrijver in zuiver psychologischen zin „Vorstellungen, die auf den Willen einwirken ⁸⁶⁾”. „Immer”, aldus MAYER, „beruht der Vorwurf der Pflichtwidrigkeit auf der Feststellung, dass die Erfolgsvorstellung Gegenmotiv hätte werden sollen und können, immer liegt der Grund dafür, dass sie es nicht geworden is, in den Motiven, die den Täter tatsächlich bestimmt haben” ⁸⁷⁾. Ook hier is de wil in psychologischen zin gevat.

Reeds in onze verhandeling over het juridisch cansaliteitsprobleem legden wij er de nadruk op, dat de wil als normatieve, samengestelde eenheid *als zoodanig* in den psychischen wetskring niet voorkomt en dus langs psychologischen weg eenvoudig niet valt te benaderen. De psychische *functies* van den wil zijn niet anders te verstaan dan als bewuste strevingen, die worden *geleid* door een buiten den psychischen kring gelegen normatieve subjectsfunctie ⁸⁸⁾. Deze psychische strevingen, die inderdaad zonder voorstelling van het nagestreefde doel niet kunnen bestaan (zulks tegen BINDING's „esoterische” wilspanychologie) zijn echter, als staande onder de heerschappij der niet normatieve wetten van het zieleleven als zoodanig niet voor juridische beoordeeling vatbaar.

Daarmede blijft de stelling „alle schuld in strafrechtelijken zin is *juridische wilsschuld*” onaantast overeind staan.

Alleen maar het juridisch willen, in de onrechtmatige handeling ge-objectiveerd, waarover het oordeel „schuldig” in strafrechtelijken zin wordt uitgesproken ⁸⁹⁾ moet in zijn eigen souverain-normatieve *realiteit* worden verstaan en mag niet naar de populaire voorstellingswijze tot een psychisch verschijnsel worden misduid.

Zeg ik nu met BINDING: schuld is het *willen* als oorzaak van de onrechtmatige handeling, dan zegt deze definitie ons daarom niets, wijl iedere onrechtmatige handeling tot een juridisch willen moet worden toegerekend. Zonder wil immers kan niet van handelen in rechtszin worden gesproken.

Strafrechtelijke schuld kan slechts zijn een bijzondere eigenschap van het in de handeling geobjectiveerde onrechtmatig willen in dien juridischen zin en die bijzondere eigenschap, als zijnde een op de zedelijke gezindheid *anticipeerende* functie van de juridische wilscasualiteit, valt buiten verband met die zedelijke gezindheid in haar zin niet te vatten. Wat natuurlijk geheel iets anders is dan de strafrechtelijke schuld met MAYER tot een „minimum van zedelijke schuld” (!) te stempelen. De strafrechtelijke schuld *benadert* de zedelijke in den zin der *vergelding!!!*

Die schuld, als juridisch-normatieve eigenschap der onrechtmatige gedraging, rust krachtens den organischen levenssamenhang, evenzeer als de onrechtmatigheid zelve op psychische, logische, sociale en economische substraten. Buiten dien levenssamenhang is haar zin niet te vatten, doch evenmin is die zin te vatten, wanneer men, gelijk de heerschende strafrechtsdogmatiek slag op slag doet, de souverainiteit in eigen kring van het strafrechtelijk schuldbeginnsel doorbreekt.

Hic Rhodus, his salta!

Zoolang de strafrechtelijke causaliteit en onrechtmatigheid in het delict in starre, restrictieve functie verschijnen, zoolang m. a. w. het individualiseerend schuldbeginzel geen rol in het strafrecht speelt, past ook slechts de starre, absolute strafpositie (aanvankelijk op den grondslag van het taliobeginzel), zonder speling van minima en maxima, in den zin der strafrechtelijke vergelding. Dat is het standpunt van alle primitieve strafrecht, dat der „Erfolgshaftung”. De zin der strafrechtelijke vergelding zelve openbaart zich hier in restrictieve functie.

Zoodra echter de strafrechtelijke vergelding haar dieperen goddelijken zin gaat ontplooiën — wat eerst op hooger historisch kultuurpeil mogelijk *en door God gewild* is — komt het bewegelijk, strafrechtelijk schuldbeginzel de starheid van het causaliteits- en onrechtsmatigheidsbegrip opheffen.

De onrechtmatigheid in strafrechtelijken zin wordt naar onze opvatting gepositieerd in wat de Duitschers „Tatbestandstypen” noemen. Binnen deze kwalitatieve typen van rechtsfeiten, die onafhankelijk van het bewegelijk en anticipeerend schuldbeginzel ten hoogste en starre gradatie naar sociale en economische analogieën toelaten (qualificatie door het gevolg, gradatie in 't onrechtmatigheidstype van eigendomsdelicten naar gelang van de economische waarde der aantasting etc.), wordt de onrechtmatigheid zelve nader in dynamischen en anticipeerenden zin gegradueerd door het individualiseerend schuldbeginzel. Met deze opvatting van het strafrechtelijk schuldbeginzel als anticipeerende gradueering van het onrechtmatigheidsbeginzel binnen het kwalitatief afgegrensde kader van het wettelijk type van onrechtmatigheid, is inderdaad de spanning tusschen strafrechtelijke schuld- en onrechtmatigheid opgeheven.

Wie het onrechtmatigheidsbegrip in starre restrictieve functie vat (hetgeen ook hierin uitkomt, dat men de z.g. bijkomende voorwaarden van strafwaardigheid, als een zelfstandig bestanddeel van het vergrijp los van de onrechtmatigheid construeert) en daarnaast het bewegelijk schuldbeginzel als een geheel nieuwe factor laat optreden, heeft zich van te voren, den weg tot een organische opvatting van de verhouding tusschen onrechtmatigheid en schuld afgesneden.

De methodische toepassing van het leerstuk der souvereiniteit in eigen kring stelt hooger eischen aan de begripsvorming, dan het methodisch beginzel der continuïteit. Maar ieder moet intuïtief gevoelen en de jurist vooral onmiddellijk *practisch* begrijpen, dat juist alles aankomt op den eisch, die eerstgenoemd methodisch beginzel ons stelt.

Het moge gemakkelijker en oppervlakkig beschouwd, „minder ingewikkeld” schijnen, het strafrechtelijk schuldbeginzel samen te stellen uit psychische en ethische elementen, uitwendig verbonden door een formeel-juridische relatie — ieder die zoo in zijn juridische begripsvorming te werk gaat, moet, waar hij twee ongelijksoortige grootheden door een derde ongelijksoortige zoekt te verbinden, noodwendig op antinomieën

stuiten, die hij wel kan pogen te bemantelen, doch niet kan oplossen.

En de goedkoope critiek op de „zwaarwichtigheid” en „ingewikkeldheid” mijner uiteenzettingen⁹⁰⁾ zal mij niet weerhouden, ook in deze verhandeling den eenigen weg te bewandelen, die ik voor het forum der wetenschappelijke waarheid kan verantwoorden!

De strafrechtelijke schuld wordt in al haar vormen en gradaties gekwalificeerd door den zin der vergelding. Alleen dus als in de vergeldingsgemeenschap ingrijpende factor is de schuldeigenschap juridisch te verstaan. Noch de zedelijke gezindheid van den dader, noch zijn psychisch gevoels-, begeerte- en voorstellingsleven grijpen als zoodanig in die vergeldingsgemeenschap in en daarom kan de strafrechtelijke schuld nòch in een betrekking van de daad of het gevolg tot het psychisch bewustzijn, nòch in die tot de zedelijke gezindheid, nòch in een betrekking tusschen psyche en zedelijke norm bestaan⁹¹⁾. Gelijk het onrechtmatigheidsoordeel, zoo moet dus ook het schuldoordeel berusten op een afweging van rechtsgoederen tegenover elkander in de weegschaal van Themis. De schuld ontplooit en verdiept den vergeldingszin der onrechtmatige handeling in benadering van de zedelijke gezindheid van den dader. Wat wil dit alles practisch zeggen?

Letten wij allereerst op de beide schuldvormen van *opzet* en *nalatigheid* (*dolus* en *culpa*).

In het opzettelijk bedreven vergrijp — wij laten de vraag i. z. de grenzen tusschen opzet en nalatigheid, welke een afzonderlijke studie zou eischen, hier rusten — objectiveert zich een ernstiger minachting der rechtsorde, een zwaardere aantasting ook van het betrokken rechtsgoed, dan in de nalatige bedrijving van hetzelfde strafbaar feit. De ideëele schade, die een in eerstgenoemden schuldvorm begaan vergrijp aan de heiligheid der rechtsorde toebrengt, is van principiëel ander karakter dan de schade, die van het in den schuldvorm der nalatigheid bedreven vergrijp voor die rechtsorde uitgaat.

En zoo gewichtig is het onderscheid tusschen beide schuldvormen, dat de moderne strafwetgeving i. h. a. slechts opzettelijke vergrippen strafbaar stelt.

Het opzettelijk begaan van een misdrijf geeft dus een diepere en zwaardere beteekenis aan den zin van het delict dan het culpoos begaan daarvan. De heiligheid der rechtsorde wordt daardoor een ernstiger ideëele schade toegevoegd. Zoo verdiept reeds de op zichzelf nog starre schuldvorm den zin der onrechtmatige wilscausaliteit. Ze staat niet als een vreemde ten opzichte daarvan, doch „vergeestelijkt” haar juridischen zin. Als openlijke manifestatie tegen de heilige rechtsorde is het schuldig vergrijp te zien en als zoodanig grijpt de onrechtmatige handeling in verdiepten zin in de rechtsgemeenschap in, ontvangt zij een zwaardere causaliteits- en onrechtmatigheidsgraad.

In het strafrechtelijk schuldoordeel, grijpt een rechtelijke *duiding*, een rechtelijke *zin-vatting*, plaats van den werkelijken aard van het willen, dat

zich in de onrechtmatige gedraging heeft *geobjectiveerd*. Deze *duidingsfunctie* van het schuldoordeel is aangevoeld door Dr. HANS GROSSMANN in zijn belangrijke verhandeling *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit* ⁹²⁾, doch bevangen in het vooroordeel van het psychologistisch wilsbegrip is hij er niet in geslaagd, den juridischen zin dezer duiding te vatten.

Volgens dezen schrijver heeft de rechter aan zijn schuldoordeel het tot een psychologische verklaring van de daad nog noodwendige minimum aan niet-achting of omgekeerd uitgedrukt, het nog mogelijke maximum aan achting van het rechtgoed ten grondslag te leggen. Niet op de bij den dader *feitelijk* voorhanden geringschatting van het rechtsgoed moet de rechter dus letten, doch hij heeft uit schuld-oogpunt de daad te *duiden* naar een objectief geldenden normatieven maatstaf.

Van psychologisch standpunt bezien leidt deze opvatting tot een *antinomie*, die, gelijk zoo vaak, in het masker der *fictie* wordt gehuld. De dader wordt door het recht behandeld *alsof* hij feitelijk schuld in de onderstelde mate op zich geladen had! In gelijken psychologistischen zin o. a. BAUMEISTER ⁹³⁾, LÖFFLER ⁹⁴⁾, EXNER ⁹⁵⁾, en MÜLLER ⁹⁶⁾.

Zoo wordt dus de normatieve *realiteit* der schuldeigenschap genegeerd en krijgt het geheele juridisch duidingsoordeel een valschen psychologischen zin.

De starre schuldvormen van opzet en nalatigheid individualiseeren nog niet, gelijk de schuldgraden. Doch ook de individualiseering, die bij vaststelling der concrete graden van schuld in het schuldoordeel plaatsgrijpt, kan nimmer betrekking hebben op een atomistisch willen, dat de rechtsorde niet kent, doch ziet veeleer op het juridisch willen als subject der *rechtsgemeenschap*. Iedere objectiveering van dit willen in de rechtsgedraging heeft een *reëlen vergeldingszin*, *beteekent iets in de rechtsgemeenschap*.

Wie in het opzet als zwaarsten schuldvorm slechts het bewustzijn der onrechtmatigheid en oorzakelijkheid ziet, dringt niet door tot den vergeldingszin van de schuld, maar blijft in wezen hangen in de anticiperende functies van het zieleleven. Ook waar de voorstelling der onrechtmatigheid ontbreekt, zal het vergrijp vaak naar zijn reëlen vergeldingszin als opzettelijk vergrijp moeten worden gequalificeerd. Iets geheel anders is natuurlijk, dat het opzet *normaliter* op het psychisch substraat van de voorstelling der onrechtmatigheid rust, maar reeds het voorbehoud „normaliter” bewijst, dat we niet in den psychischen wetskring ons uitgangspunt kunnen nemen.

De rechter, die het hem voorgelegde feitenmateriaal, dat immer in „levensverband” tot hem komt, in zijn schuldoordeel als opzettelijk of als nalatig vergrijp duidt, vat daarmee de reële beteekenis van het geobjectiveerde willen als schade voor de heiligheid der rechtsorde in het oog.

De doeleinden van den dader worden geduid niet naar zijn wellicht

zeer verwarde psychische voorstellingen, doch naar zijn *redelijke verantwoordelijkheid* voor de vierschaar des rechts.

De rechts-teleologie moet hierin, gelijk overal elders op 't gebied der rechtswetenschap, de begripsvorming leiden.

De drie onderscheidingen, welke de heerschende dogmatiek in het opzet als schuldvorm maakt (t. w. opzet als oogmerk, zekerheidsbewustzijn, mogelijkheidsbewustzijn) hoezeer duidend op een verpsychologiseering van het schuldbegrip, wijzen er reeds op, dat opzet nimmer een kleurloos psychologisch begrip kan zijn, want dan ware het niet denkbaar, dat naar haar psychische substraat zijde zoo uiteenlopende zaken als oogmerk, zekerheidsbewustzijn en mogelijkheidsbewustzijn in één begrip zouden kunnen vereenigd worden.

Schuld in rechtszin is een juridisch *laakbare* wilshouding, waarin een zwaardere of geringere minachting voor de rechtsorde zich *objectiveert*, d. w. z. rechtsgestalte aanneemt in de gedraging, en waardoor het vergriep tot een openlijke manifestatie tegen die rechtsorde wordt. In de individualiseerende schuldgraden, waarbij de motieven en omstandigheden, waaronder het strafbaar feit plaats had, in vergeldingszin worden *geduid*, benadert het strafrechtelijk schuldoordeel dan verder de zedelijke gezindheid van den dader, maar ook bij deze verdere benadering komt het aan op verdieping van het juridisch veroorzakings- en onrechtmatigheidsoordeel. Aan de openlijke manifestatie tegen de heiligheid der rechtsorde, welker aanwezigheid in het vergriep in ieder strafrechtelijk schuldoordeel wordt uitgesproken, wordt al naar gelang van de concrete rechtsmotieven in verband met de omstandigheden, waaronder het vergriep plaats vond, een zwaarder of lichter karakter opgedrukt.

Het dieper verband tusschen schuld in strafrechtelijken en in zedelijken zin.

En hier komt het onlosmakelijk dieper verband tusschen schuld in rechtszin en die in zedelijken zin onmiddellijk naar voren en blijkt tevens de onhoudbaarheid van die humanistische schuldtheorieën, die in den weg der abstraheering en isoleering de juridische schuld geheel van de zedelijke los maken.

De zonde, in haar diep-religieuze zin van opstandigheid tegen 's Heeren ordinantiën beteekent de diepere eenheid van beide schuldbegrippen. Een partieele *zonde* bestaat niet. Wie ééne ordinantie Gods overtreedt, staat schuldig aan Zijn geheele wetgeving voor alle levensterrein.

„Strafrecht zonder schuld gaat niet samen met zielen, die haar zonden beweenen voor Gods aangezicht, beven voor Gods eeuwige straf en de verzoening zoeken in het bloed des Middelaars”, aldus het schoone woord van mijn leermeester Prof. FABIUS in zijn *Schuld en Straf*⁹⁷).

En wij kunnen aan deze uitspraak toevoegen, dat het diep-religieuze zonde-begrip zich verzet tegen de *scheiding* van schuld in rechtszin en schuld in zedelijken zin en dat zulk een *scheiding* in wezen neerkomt op

verwerping van het strafrechtelijk schuldbegrip, gelijk zulks in de moderne richting in het strafrecht valt te constateeren. De schuld in strafrechtelijken zin beteekent een benadering van een liefdelooze gezindheid van den dader jegens God en zijn naaste, in de wetsgedachte der vergelding.

Wie zulks loochent, vernietigt den zin van het strafrechtelijk schuldbegrip. *En deze loochening is immer een symptoom van de losmaking van recht en zedelijkheid van den religieuzen wortel, waaruit alle wetskringen gezamenlijk hun goddelijken zin putten.* Want de religie verbindt de wetskringen, die het *begrip onderscheidt*.

Hoe hebben we nu nader de verhouding tusschen oorzakelijkheid en onrechtmatigheid eenerzijds, schuldvorm en schuldgraad anderzijds in het vergrijp te zien? Methodisch is thans de weg tot een organische opvatting dezer verhouding reeds geëffend. Thans komt alles aan op de precisering en scherpere formuleering.

Wij toonden in onze verhandeling over het juridisch causaliteitsprobleem reeds aan, hoe de juridische veroorzaking als juridische handelings-causaliteit buiten de formeel-juridische toerekening tot het rechtssubject niet te vatten is. Het strafrechtelijk schuldbeginsel verdiept dus den zin der vergelding. Het knoopt aan bij een element van de juridische oorzakelijkheid zelve en beteekent dus niet een volstrekt zelfstandig element in het delictsbegrip naast causaliteit en onrechtmatigheid.

Alle individualisering van het strafrechtelijk schuldbegrip gaat, gelijk gezegd, uit van bepaalde grondvormen, als hoedanig men gewoonlijk alleen de opzet en de nalatigheid aanmerkt, al hebben eenerzijds LÖFFLER⁹⁸⁾ en MIRICKA⁹⁹⁾ van pseudo-psychologisch standpunt uitgaande, beproefd, deze tweedeeling principiëel aan te tasten en door een driedeeling te vervangen en al bestaat anderzijds in de nieuwere schuldleer (KOHLE-RAUSCH¹⁰⁰⁾ c. s. op 't voetspoor van FEUERBACH) de neiging slechts één schuldvorm, het opzet aan te nemen. Deze schuldvormen zijn het noodwendig vaste raam, waarbinnen alle individualisering van de schuld in haar benadering van de zedelijke gezindheid van den delinquent plaats grijpt.

Nu is het zeer merkwaardig en weder typeerend voor den stand der heerschende strafrechtsdogmatiek, dat, terwijl zij in de *schuldvormen* een, zij 't al geenszins door allen op gelijke wijze gevat, verband met de onrechtmatigheid of althans met de oorzakelijkheid legt, daarentegen in de *individualiseerende schuldgradaties* (de z.g. motievenschuld) meestal alle verband met het eigenlijke rechtsfeit der wettelijke omschrijving geloochend wordt, een opvatting, die haar praegnante uitdrukking heeft gevonden in de door FRANK ingevoerde terminologie van „begeleidende omstandigheden”, een begrip, aanvankelijk door hem in objectieven, later in subjectieven zin van motieven gevat¹⁰¹⁾.

In de schuldvormen ziet men dan een betrekking van de psyche van den dader tot de onrechtmatigheid, resp. het onrechtmatig gevolg; in de begeleidende omstandigheden daarentegen de „psychische” motieven van den dader onder den maatstaf der zedelijke gezindheid!

De innerlijke antinomie, waarin schuld en onrechtmatigheid in de heerschende humanistische strafrechtsdogmatiek bevangen zijn gebleven, zet zich dus voort tot in het hart van het strafrechtelijk schuldprobleem zelve. Het strafrechtelijk schuldbegrip wordt door de onverzoende tegenstelling van schuldvormen en begeleidende omstandigheden in een innerlijk dualisme verscheurd.

Immers, de aan de begeleidende omstandigheden ontleende motieven kunnen het „onrechtmatigheidsbewustzijn” weer volkomen neutraliseeren en dit dualisme keert weer terug in de leer der straftoemeting, waarin de heerschende leer stuurloos heen en weder wordt geslingerd tusschen twee uitersten: een althans in beginsel uitsluitende waardeering naar de abstracte op het gelegenheidsvergriep toegespitste objectieve zwaarte van het delict en tusschen die naar de zedelijke motieven van de daad, of naar modernen trant de antisociale gezindheid van den dader. In de rechtspraak van het Deutsche Reichsgericht heeft dit dualistisch schuldbegrip reeds tot uiterst bedenkelijke vonnissen gevoerd¹⁰²⁾, om niet te spreken van de vele bizarre beslissingen der Fransche gezworenen.

Ja, in een afgetrokken wijsgeerig betoog kan de humanistische strafrechtsphilosophie zulk een uiteenzetting van den zin der vergelding geven, dat men het verschil met de Christelijke vergeldingsleer nauwelijks bespeurt. Maar daarom is onder de oppervlakte dit verschil niet minder aanwezig. De zin, die men in de strafrechtelijke vergelding legt, komt eerst goed uit, wanneer die opvatting in de strafrechtelijke leerstukken wordt uitgewerkt. Zoolang zulks niet geschiedt, kan men wijsgeerige vergeldingstheorieën niet beter in haar zin vatten, dan door ze onmiddellijk te plaatsen in 't kader der wetsidee, waaraan zij bewust of onbewust georiënteerd zijn. *Zoo onoverbrugbaar de kloof is tusschen de grondstructuur der Christelijke en humanistische wetsidee, zoo onverzoenlijk is de anti-these tusschen de Calvinistische en de verschillende schakeeringen der humanistische vergeldingsleer.*

De Calvinistische strafrechtsbeschouwing heeft zich zéér tot haar schade in het kamp der klassieke strafrechtsschool laten dringen, gelijk de Calvinistische opvatting der economische politiek vaak volkomen ten onrechte in het kader der liberale klassieke school wordt geplaatst.

De tusschen de Gereformeerde en de klassieke strafbeschouwing gelegde band dient hoe eer hoe liever verbroken te worden en wanneer de onderhavige verhandeling er toe zou kunnen bijdragen, den grond daartoe naar voren te brengen, zou schrijver dezes zijn moeite reeds ruimschoots beloord achten.

En dan zal ook onze scherpe stellingname tegen de moderne richting aan diepte winnen en aan eenzijdigheid verliezen. Wij aanvaarden dankbaar ieder resultaat van nauwgezet wetenschappelijk onderzoek, ook als dit van moderne zijde is verricht, omdat wij weten, dat iedere kultuurrichting, ook al verwerpt zij de souveriniteit Gods als uitgangspunt voor de wetenschap, tenslotte een taak in de wereldgeschiedenis vervult,

waarmede God op 't gebied der gemeene gratie Zijn raadsplan uitwerkt.

Taak voor de Calvinistisch ingestelde wetenschap is dan, de waarheidselementen uit zulk wetenschappelijk onderzoek naar haar beste weten weder te voegen in het groote verband harer levens- en wereldbeschouwing en geleid door haar onaantastbare wetsidee het licht der volle waarheid te laten uitstralen ook op het zoo hopeloos verdeelde gebied der strafrechtsdogmatiek. (Slot volgt).

¹⁾ Vgl. voor de onder invloed der Aufklärung staande strafwetgeving GÜNTHER *Die Idee der Wiedervergeltung* (1895) III, passim en TESAR *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens* (1907).

²⁾ Het is een misverstand bij Prof. POLAK „*Handelingen van de Vereen. voor Wijsbegeerte des Rechts*” XIV, 2e gedeelte 1928 blz. 26 vlg., op wiens „weerlegging” mijner argumenten tegen zijn referaat over de doodstraf ik later zelfstandig hoop terug te komen, dat ik het leedelement als zoodanig uit het strafbegrip zou willen weren. Ik geef hem gaarne toe, dat een strafbegrip zonder leedelement het wezen der straf niet kan benaderen en in leeg formalisme zou moeten ontfaan. Mijn bestrijding van zijn opvatting van de straf als verdiend leed, richtte zich uitsluitend tegen de opvatting van dit „leed” als *psychische gevoeligheid*. Ik betoogde, dat deze opvatting zich noodwendig in antinomie moest ontbinden, toonde dit ten overvloede aan in de *practische* consequenties van Prof. Polak's beschouwing. Merkwaardigerwijs heeft de heer Polak deze geheele critiek, die toch de kern van zijn betoog raakte, onbeantwoord gelaten. Ware het vergeldingsleed inderdaad, gelijk de heer Polak wil, *psychisch leed* (gevoel), dan zou de geheele categorie der psychisch afgestompte beroeps- en gewoonte-misdadigers ongestraft moeten blijven, ja, een strafwetboek zonder strafposities ware de noodwendige consequentie, want ook de strafmiddelen zouden individueel aan iedere psyche moeten worden aangepast, 't geen bij wettelijke fixeering uiteraard onmogelijk is. De zin van het strafeed valt langs psychologischen weg eenvoudig niet te benaderen. Straf blijft straf, ook tegenover den psychisch afgestompte. De doodstraf heeft voor vele verharde moordenaars geen afschrikkende werking, evenmin als de levenslange gevangenisstraf. Zou men daarom, den zin van de doodstraf of van levenslange vrijheidsstraf als vergeldingsleed willen loochenen? Prof. Polak, die met groote verzekerdheid tegen mijn stelling, dat het beginsel der soevereiniteit in eigen kring, de eenige waarborg is voor het zuiver houden der wetenschappelijke gebieden, opmerkt, dat dit postulaat met levens- en wereldbeschouwing niets van doen heeft, heeft daarbij de historie der humanistische wetenschapsbeschouwing ook die van de laatste decennien wel wat te zeer uit het oog verloren. Hij zal toch ook zelf bezwaarlijk kunnen ontkennen, dat b.v. een *psycho-monisme* in HEYMANS' lijn (Prof. Polak erkent zijn geestverwantschap met dezen wijsgeer), alleen is te handhaven op humanistisch standpunt en dat dit metaphysisch uitgangspunt ook *methodisch* een geheel andere wetenschappelijke instelling moet medebrengen dan bij aanvaarding van het Calvinistisch beginsel der soevereiniteit in eigen kring. Of is het wellicht alleen aan de *domheid*, aan de verstandelijke geboortigheid zijner tegenstanders te wijten, dat zij de z.g. empirische natuurwetenschappelijke methode op het gebied der normatieve wetenschappen verwerpen? Dan treft dit vonnis tegelijk belangrijke stroomingen in de humanistische wijsbegeerte zelve, die in steel van de psyche, de Logos of het historisch gebied verabsoluteren. Ontken ik nu, dat strafeed normaliter bij den gestrafte met een psychisch leedgevoel gepaard zal gaan? In geen deele. Daarvoor staat mijn *organische* wetsidee, de groote vijandin van alle formalisme, borg. Ja, ik ga een stap verder. Juist krachtens het organisch *levensverband*, waarin de straffende vergelding is gevoegd, kan een strafeed, dat *normaliter* niet met zulk een psychisch onlustgevoel gepaard gaat, ook naar den vergeldingszin geen wezenlijk strafeed zijn. Gelijk in dezen „wereldsamenhang” de ziel niet buiten het substraat van het lichaam kan bestaan. Maar evenmin als, althans op ons standpunt, de ziel kan worden begrepen langs biologischen weg, evenmin kan het

strafleed in zijn psychologisch substraat worden omgeduid. Wellicht, dat Prof. Polak thans beter begrijpt, wat ik met het humanistisch continuïteitsbeginsel in tegenstelling tot het beginsel der soevereiniteit in eigen kring bedoel, want wanneer men alle werkelijkheid in *psychologischen* zin omduidt — en dit noem ik humanistische verabsoluteering van een wetskring — dan zal men natuurlijk ook tegen de verpsychologiseering van het strafleed geen principiële bezwaar kunnen maken!

³⁾ Zie vooral zijn opstel: *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *Strafrechtsliche Aufsätze und Vorträge* Bnd. I S. 126 flg.

⁴⁾ Zie o. a. CLARA G. WICHMANN: Beschouwingen over de historische grondslagen der tegenwoordige omvorming van het strafbegrip (1912).

⁵⁾ *Deutsche Juristenzeitung* (1928) Heft I, S. 45.

⁶⁾ VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht* Bnd. I (Allgem. Grundlagen) 1925, S. 489.

⁷⁾ *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs* nebst Begründung und zwei Anlagen (Berlin 1927) Anlage I S. 31 „Die Strafen und die Maszregeln der Sicherung und Besserung gegenüber Erwachsenen”.

⁸⁾ Gedrukte Stukken, Tweede Kamer der Staten Generaal; zitting 1927/28, No. 257.

⁹⁾ DR KARL BIRKMEYER, *Was lässt von Liszt vom Strafrecht übrig?* (München 1907), S. 41.

¹⁰⁾ APPELIUS, *Zeischr. f. d. ges. Strafrw.* 12, 13.

¹¹⁾ FRANZ V. LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bnd. II, S. 227.

¹²⁾ *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe*, in *Strafr. Aufsätze und Vorträge*, Bnd. II S. 72.

¹³⁾ GRAF ZU DOHNA: *Der Stand des Streits um die Strafrechtsreform*, *Deutsche Juristenzeitung*, (33 Jhrg. 1928 Heft 1 S. 46).

¹⁴⁾ Mitteilungen der Intern. Krim. Verein. N. F. 3 Bd. (1928) S. 11.

¹⁵⁾ Zie het referaat van OETKER, gehouden op den eersten dag van de *Strafrechtliche Gesellschaft* in Bamberg in Mei 1926 en de daarover loopende discussies.

¹⁶⁾ Tijdschrift voor Strafrecht Dl. XXXIII (1923) blz. 446 vlg.

¹⁷⁾ Men zal toch niet willen zeggen „onopzettelijk toegebracht?” Opzettelijk is „willens en wetens” toebrengen, ook al betreurt men innerlijk, dat men het leed moet berokkenen.

¹⁸⁾ Vgl. voor die heersche opvatting o.a. M. E. MAYER „Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts (1915 S. 231), die als een axioma verkondigt, dat „unter den Merkmalen des Delikts gerade das dominierende, die Rechtswidrigkeit, nicht gradierbar ist”. Voor deze geheele opvatting zie men voorts ROSENFELD, *Vergleichende Darstellung*, A. 3, 154.

¹⁹⁾ Zie M. E. MAYER, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, (1915).

²⁰⁾ H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit* in Otto Fischer's Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess” Bnd. XXI, 2 S. 110 flg. Zakelijk is Fischer intusschen wel boven de formeele onrechtmatigheidsleer uitgekomen.

²¹⁾ ZITELMANN, *Archiv. f. Ziv. Praxis*, Bnd. 99 S. 21 flg.

²²⁾ Men zie voor deze leer met name FRANK: *Aufbau des Schuldbegriffs*, S. 15 flg. MIRICKA, *Formen der Strafschuld*, S. 132 flg. en BAUMGARTEN *Der Aufbau der Verbrechenstheorie* (1913) S. 222. In mijn studie: Het juridisch causaliteitsprobleem in 't licht der Wetsidee, blz. 80 is tengevolge van een hinderlijke misstelling de karakteriseering dezer leer in haar tegendeel verkeerd. De ter zake kundige lezer zal begrepen hebben, dat hier gelezen moest worden: „Zij, die met Frank, Miricka, Merkel enz. het ontbreken der onrechtmatigheid slechts als een „negatives Tatbestandsmerkmal” opvatten en dus den materiële zin der onrechtmatigheid loochenen enz.

²³⁾ GRAF ZU DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen* (Halle 1905) S. 42 flg.

²⁴⁾ T. a. p. S. 49.

²⁵⁾ FRITZ MÜNCH, *Kultur und Recht*, in *Zeitschr. f. Rechtsphil.* Bd. I, S. 345 (1914).

²⁶⁾ *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, (1915) S. 44.

²⁷⁾ SAUER, *Grundlagen des Strafrechts* (1921) S. 270.

²⁸⁾ t. a. p. S. 235.

²⁹⁾ t. a. p. S. 237 flg. Zie ter adstructie van Sauer's beginsel der continuïteit nader vooral de uiteenzetting van zijn humanistische wetsidee in zijn *Grundlagen der Wissenschaft und der Wissenschaften* (1926).

³⁰⁾ t. a. p. S. 238.

³¹⁾ t. a. p. S. 242.

³²⁾ t. a. p. S. 246.

³³⁾ t. a. p. S. 249.

³⁴⁾ t. a. p. S. 263.

³⁵⁾ t. a. p. S. 286.

³⁶⁾ t. a. p. S. 281.

³⁷⁾ t. a. p. S. 283.

³⁸⁾ SAUER's humanistische wetsidee openbaart zich niet slechts in de doorlopende schending van het beginsel der souveriniteit in eigen kring in zijn wetenschappelijke uiteenzettingen, doch ook in zijn losmaken van wetenschap en positief recht beide van de absolute wetsgrondslagen. Alleen zóó wordt zijn subjectivisme en fictionalisme in de onrechtmatigheidsleer verklaard, wanneer hij in zijn *Grundlagen* S. 390/1 schrijft: „Der Unrechtsbegriff ist nur in dem Bewusstsein des wissenschaftlichen Forschers vorhanden; dort genieszt er sein Dasein, dort führt er sein Leben. Insofern ist er freilich ein subjektiver, ein fiktiver; insofern ist Unrecht das nur von Menschen Ersonnene, als ob(!) es wirklich Unrecht wäre”.

³⁹⁾ Dr. H. TARNOWSKI, *Die systematische Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs* (1927) S. 256 flg.

⁴⁰⁾ t. a. p. S. 281.

⁴¹⁾ Contra v. HAMEL, *Inleiding tot de Studie van het Ned. Strafrecht*, blz. 309, 310, die feitelijk de wetenschap over de al of niet rechtmatigheid in concreto laat beslissen en de vraag, of een kunstfout is begaan, ten onrechte naar de schuldleer verwijst.

⁴²⁾ *Die Grundlagen des Strafrechts*, S. 281. Vgl. ook S. 236: „Die Rechtswidrigkeit ist also ein Urteil, das sich nicht über eine Tatsache, sondern über das Sollen verhält. Eine arge Verkennung ihren Wesens bedeutet es, wenn man ihr nur feststellenden, nur beschreibenden Charakter beimisst. Als wenn die Rechtswidrigkeit den Dingen anhaftete! Als wenn sie ein Teil der Wirklichkeit oder wenigstens eine Eigenschaft der menschlichen Handlungen wäre!”

⁴³⁾ Te onzent vooral verdedigd door ZEVENBERGEN: *Leerboek van het Nederlandsch Strafrecht* I, (1926).

⁴⁴⁾ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen* (1900) S. 207.

⁴⁵⁾ Ook voor dit inzicht kan SAUER's arbeid baanbrekend worden genoemd, ook al kunnen wij ons in de uitwerking dezer gedachte niet men dezen schrijver vereenigen. Zie zijn *Grundlagen* S. 64, waar hij schrijft: „Den Grad des objektiven Unrechts völlig zu ignorieren würde im Widerspruch stehen mit einer „Rechtsgewohnheit, die wohl so alt ist als die Strafrechtspflege selbst”.

⁴⁶⁾ Zie T. v. Str. VI, blz. 127: *De derde vergadering der Internationale Vereeniging voor Strafrecht*.

⁴⁷⁾ LASONDER, *De Beroepsmisdadigers en hunne strafrechtelijke behandeling* (1908) blz. 128.

⁴⁸⁾ POMPE, *Beveiligingsmaatregelen naast straffen* (1921) passim.

⁴⁹⁾ VON LISZT, *Das gewerbsmäßige Verbrechen* (Strafrechtl. Aussätze und Vorträge II S. 311).

⁵⁰⁾ t. a. p. S. 312.

⁵¹⁾ De onderscheiding, welke ZEVENBERGEN in zijn *Leerboek* blz. 202 maakt tusschen beroeps- en bedrijfsdelicten, een onderscheiding, die in de leerboeken van v. HAMEL en SIMONS niet gemaakt wordt, mist o. i. voldoende wettelijke grond. Bij Zevenbergen vallen beroeps- en gewoontedelict, schoon formeel onderscheiden, *zakelijk* samen.

⁵²⁾ Zie over deze theorie, die ik zoo spoedig mogelijk nader in een systematisch werk over de leer der Wetsidee hoop uit te werken, voorloopig mijn *Het juridisch Causaliteitsprobleem in 't licht der Wetsidee. Prolegomena*.

⁵³⁾ Zie Mr. LASONDER, *De Beroepsmisdadigers en hunne strafrechtelijke behandeling* (1908) blz. 122. VON LISZT, *Das Gewerbsmäßige Verbrechen* (Strafr. Aufs. und Vortr. II S. 315 flg.).

⁵⁴⁾ t. a. p. S. 328.

⁵⁵⁾ t. a. p. S. 327.

⁵⁶⁾ t. a. p. S. 327.

⁵⁷⁾ t. a. p. S. 328.

⁵⁸⁾ In zijn verhandeling: *Bemerkungen zum Entwurfe des allgemeinen Theiles eines Strafgesetzbuches für Russland*, Strafr. Aufs. und Vorträge II S. 208 merkte v. LISZT over het begrip beroepsmisdaad op: „Dieser Begriff kann sozialetisch festgestellt werden. Er ist es aber noch *nicht* und darum weg met ihm aus der Gesetzgebung, wo er nur Verwirrung stift.

⁵⁹⁾ Zie ook POMPE: *Beveiligingsmaatregelen naast straffen* (1921) blz. 110 v. Deze schrijver stelt tegenover elkander (op niet zeer heldere wijze) het gevaarsbegrip in het strafrecht, dat hier zou omvatten schade(?) aan een goed, welk ook, en het gevaarsbegrip in het beveiligingsrecht, dat zou omvatten de schade aan de rechtsorde(?) m. a. w. door het plegen van strafbare feiten.

⁶⁰⁾ Dr. FRANZ EXNER, *Die Theorie der Sicherungsmittel* (Berlin 1914) in Abhandl. des kriminalistischen Instituts an der Universität (Berlin, 3 Folge, 1er Bnd. 1e Heft) S. 60.

⁶¹⁾ Vgl. v. LISZT, Mitteilungen der I. K. V. 17, 427 „die tusschen gevaarlijkheid en hulpbehoevendheid onderscheidt en daarom de jeugdige personen en de verbeterlijke arbeidsschuven en dronkaards buiten de kategorie der gevaarlijke misdadigers sluit. Voorts STORCH, Oesterr. Zeitschr. f. Strafr. V, 13, die onder crimineele gevaarlijkheid die eigenschap des daders verstaat „welche die Annahme begründet, er werde künftighin neue strafbare Handlungen begehen“. SICHART, *Monatschrift für Kriminalpsych.* IV, 233, vat slechts de neiging tot herhaling van gelijksoortige misdrijven onder het begrip der crimineele gevaarlijkheid. MITTERMAIER, *Vergleichende Darstellung*, A. T. III, 327: „Ein Mensch ist einem anderen oder der Allgemeinheit gefährlich, wenn mit Wahrscheinlichkeit ein Angriff von ihm erwartet werden musz, der eine beachtenswerte Verletzung hervorrufen kann“.

⁶²⁾ Zie MERKEL—LIEPMANN, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe* (1912) S. 56: „Die Erhebung der Gefährlichkeit... zu einem Deliktmerkmale hat selbstverständlich nur unter der Voraussetzung einen Sinn, dasz wir es dabei mit einem *objektiven und im einzelnen Falle feststellbaren Umstande* zu tun haben“. „Dies ist denn auch zweifellos der Fall. Die Gefährlichkeit bestimmter Handlungsweisen, z.B. der oben erwähnten Attentate, für bestimmte Güter ist eine objektive Grösze, welche ihrer Natur nach eine quantitative Abschätzung an der Hand der Statistik zulässt“. Volgt dan een beroep op de waarschijnlijkheidsrekening!

⁶³⁾ Ook BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung* I, S. 376 flg. aanvaardt de objectieve opvatting.

⁶⁴⁾ J. VON KRIES, *Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit* in het Vierteljahrsschr. f. Wissensch. Philosophie XII, S. 288.

⁶⁵⁾ t. a. p. S. 289.

⁶⁶⁾ t. a. p. S. 181.

⁶⁷⁾ Zie b.v. VON ROHLAND, *Die Gefahr im Strafrecht*, (2e Aufl. Leipzig und Dorpat 1888) S. 15: „Die generelle Gefahr“ ist es nun, welche dem Gefährdungsdelikt zu Grunde liegt, weil Wissenschaft wie Gesetzgeber es nicht mit der einzelnen Handlung, sondern mit der ganzen Gattung oder deren Charakter zu tun haben“. In gelijken zin HÄLSCHNER, *Deutsches Strafrecht* II, S. 599/600. MERKEL, *Strafrecht*, S. 42 flg. en 351 flg.

⁶⁸⁾ Hiertegen zeer goed BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung* I, 3e Aufl. (1916) S. 377 flg.

⁶⁹⁾ SAUER, *Grundlagen des Strafrechts* (1921) S. 496, rekent ook het beroepsdelict onder de collectieve. VAN HAMEL, *Inleiding tot het Ned. Strafrecht*, blz. 509/10, acht het twijfelachtig of zulks geoorloofd is.

⁷⁰⁾ VON LISZT, *Bemerkungen zum Entwurfe des Allgemeinen Theiles eines Strafgesetzbuches für Russland* in Strafr. Aufsätze und Vorträge II S. 207 flg.

⁷¹⁾ Zie hierover mijn verhandeling in het driemaandelijksch orgaan A. R. Staatskunde (1928) 1e afl.: *Het juridisch causaliteitsprobleem in 't licht der Wetsidee. Prolegomena*.

⁷²⁾ Prof. Dr. VON HIPPEL, in zijn studie: *Zur Begriffsbestimmung der Zurechnungsfähigkeit*, in Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. 32 Bnd. (1911) S. 133 wil zelfs geheel met het accessoir karakter der deelnemingsvormen breken en

noemt „die heutige Lehre von der sog. akzessorischen Natur der Teilnahme, eine der grössten geistigen Unklarheiten in unseren algemeinen Lehren vom Verbrechen”.

⁷³) VAN HAMEL, *Inleiding*, blz. 503.

⁷⁴) VAN HAMEL, *Inleiding*, blz. 503.

⁷⁵) Vgl. voor de historische lijn in de ontwikkeling der denkbeelden op dit stuk Dr. OTTOKAR TESAR: *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens* (1907). BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. II (2e Aufl. 1914) S. 341 flg. LÖFFLER, *Die Schuldformen*.

⁷⁶) Over de natuurrechtsleer en FEUERBACH's dualisme raadplege men TESAR: *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens*. Terecht merkt MERKEL, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe* (1912) S. 25 op, dat deze dualistische opvatting wetenschappelijk het laagst staat en dat zij practisch in de armen van het ethisch subjectivisme wordt gedreven.

⁷⁷) MERKEL, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, hrg. v. Prof. LIEPMANN (1912) S. 85: „Denn „Schuld” ist das pflichtwidrige Wirken oder Nichtwirken einer Person, das ihr als solches den geltenden Werturteilen gemäss in Anrechnung gebracht ist. Hierbei wird das Wort spezieller bald auf die mit den bezeichneten Eigenschaften behaftete Tat selbst bezogen („Schuld gleich, „normwidrige Kausalität”) oder korrekter, auf die durch die Tat begründete Verantwortlichkeit und Gebundenheit. („Schuld” gleich „ethische Gebundenheit in bezug auf ein jene Kausalität ausgleichendes Handeln oder Dulden”).

Sie ist *rechtliche* Schuld, sofern die verletzte Anforderung und das angelegte Wertmasz rechtlicher Natur sind. „Der A hat dieses Unglück verschuldet”, „es ist die Schuld des A, dasz... heisst so viel wie: „A hat dat Uebel in Widerspruch mit einer, sei es moralischen, sei es rechtlichen Pflicht verursacht und sein moralisches oder rechtliches Konto dementssprekend belastet. „Der Angeklagte ist des Mordes schuldig” besagt, das er die Merkmale des Mordes verwirklicht und den an den Wertmaszen des Rechtes gemessenen Unwert einer solchen Tat auf seine Rechnung gebracht habe”. Voorts S. 86: „Die Schuld ist nach dem Gesagten nicht etwas *neben* dem kausalen Verhaltens des schuldigen Hergehendes, nicht ein zu jenem als ein selbständiges, aus besonderen Stoff geformtes Gebilde Hinzutretendes, sondern das an den geltenden Werturteilen gemessene und demnach in Anrechnung gebrachte kausale Verhalten selbst”.

Deze uitspraak zou ons bij Merkel een organische verbinding tusschen de begrippen oorzakelijkheid, onrechtmatigheid en schuld doen verwachten. Deze verwachting wordt echter teleurgesteld door wat volgt op S. 88: „Die für uns entscheidende Frage ist, ob eine den sozialen Interessen und Normen widerstrebende Wirksamkeit auf den Willen (wat voor soort willen?) eines Menschen zurück zu führen sei, in der Betätigung der Individualität ihre adäquate Ursache habe. Mit der Bejahung dieser Frage aber ist zugleich die Schuld dieses Menschen bejaht, die daher nicht etwas von jener Betätigung Unabhängiges sein kann”.

Dit is Merkel's bekende opvatting van de substantiële eenheid van juridische oorzakelijkheid en schuld.

Hoe voert Merkel dezen gedachtengang nu door ten aanzien van de individualiseerende schuldgradaties? Met de vóór FRANK heerschende beschouwingswijze behandelt Merkel dit punt niet bij de schuldvraag zelve, waar het toch systematisch thuis behoort, doch bij de leer der straffoemeting.

S. 313 a.w. schrijft hij: „Die besonderen Deliktsmerkmale sind an sich für ein bestimmtes Masz der Verschuldung ebensowenig beweisend, wie für eine Verschuldung überhaupt. Wie diese ausgeschlossen sein kann, weil Eigenschaften oder Verhältnisse nicht vorliegen, von welchen eine rechtliche Verschuldung überall abhängig ist, oder weil solche vorliegen, welche eine Verschuldung ausschlieszen, so kann das Masz der Verschuldung als ein grösseres oder geringeres erscheinen, je nach dem Masze, in welchem jene Eigenschaften oder Verhältnisse sich verwirklicht zeigen. Jene besonderen Merkmale, so wie der Umfang, in welchem sie zur Erscheinung gelangen, lassen sich als Grössen betrachten, die nur unter Hinzutritt anderer und zwar veränderlicher Grössen eine selbst variable Bedeutung gewinnen”.

Men ziet uit deze aanhaling, hoe naar deze gedachtenlijn althans, ook de z.g. „motieverschuld” bij Merkel in de oorzakelijkheid wordt opgezogen. Slechts

uitwendige omstandigheden beïnvloeden bij hem den schuldgraad. De merkwaardige en essentiële eigenschap van het individualiseerend schuldbeginfel: de benadering der zedelijke gezindheid in de wetsgedachte der vergelding kan zóó niet gegrepen worden. Merkel's beschouwing is geenszins onjuridisch, doch zij kan het anticipeerend, het benaderend schuldbeginfel geen recht laten wederbaren, wíl de ten grondslag liggende wetsidee (in VON JHERING's lijn) wel het restrictief verband van het recht met het maatschappelijk en economisch leven, maar niet de *verdieping* der rechtsgedachte naar boven in haar verband met de latere wetskringen kan doen begripen. Merkel's positivistische wetenschapsopvatting staat hem hier in den weg. Over de oriëntering van zijn schuldbeginfel aan SCHOPENHAUER's beschouwing van den wil als „werkende oorzaak”, zie men de op dit punt zeer goede uiteenzetting van TESAR: *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens* (1907) S. 186 flg.

Begrijpelijk wordt zoo ook, dat voor Merkel geen principiëel onderscheid tusschen strafrechtelijk en burgerrechtelijk onrecht en hun rechtsgevolgen bestaat: Zie A.D. MERKEL: *Krimin. Abhandlungen zur Lehre von den Grundeinteilungen des Unrechts* (Leipzig 1867). Begrijpelijk ook, dat hij aanvankelijk de herhaling van het misdrijf niet als grond voor strafverzwaring kon erkennen (zie HOLZENDORFF's Handbuch 1874 II B. S. 560).

In geheel denzelfden zin ZUCKER, *Ueber Kriminalität, Rückfall und Strafgrund* (Leipzig und Wien 1907) S. 44: „Wer da Strafe nur aus dem Grunde verhängt wissen will, um mittels derselben den Täter zu bessern oder abzuschrecken, der wird freilich dem Rückfall eine sehr hohe Bedeutung beimessen; gleichmütiger wird den Rückfall jener auffassen, der die Strafe, der Hauptsache nach als eine einfache (sic!) Vergeltung der Uebeltat ansieht”.

Geheel in MERKEL's lijn ook LIEPMANN: *Einleitung in das Strafrecht* (S 65): „Aber auch die Höhe und der Grad der Schuld bestimmen sich nicht nach gedanklichen Prozessen, sondern nach den Umfang dessen, was der Schuldige im Widerspruch mit dem Recht *gewirkt* hat und de Umständen unter denen dies geschehen ist”.

Intusschen — ook Tesar heeft er reeds op gewezen — heeft Merkel om zijn opvatting van het schuldbeginfel niet in openlijk conflict met de heerschende, in wezen ethiseerende kultuurgedachte te brengen, een zijweg ingeslagen, die *volkomen met zijn uitgangspunt in strijd*, als een volstrekt vreemde schakel in zijn betoog aandoet, t.w. de erkenning van een symptomatische naast een reële beteekenis van het delict (t. a. p. S. 20 flg.). Op dezen grond kan Merkel dan ook weder de zwaardere bestraffing bij recidive rechtvaardigen. Deze geheele beschouwing zweeft echter in Merkel's stelsel in de lucht. Nóch bij zijn star en abstract onrechtsbeginfel (zie S. 44, waar „onrechtmatigheid” en „positiefrechtelijk verboden zijn” kortweg worden vereenzelvigd, bij welke formalistische opvatting natuurlijk geen typen en graden van onrechtmatigheid bestaanbaar zijn), nóch bij zijn op de wilscasualiteit afgestemd schuldbeginfel is een aanknoopingspunt voor deze symptomatische beteekenis van het vergriep te vinden. Ongewild vervalt Merkel hier dus in de door hem zelf zoo voortreffelijk bestreden (S. 25 flg.) dualistische opvatting, welke zoowel aan de subjectieve als aan de objectieve zijde van het delict een zelfstandige beteekenis toekent. En tot een inderdaad schrijnende antinomie voert dit alles bij Merkel's opvatting van de verhouding van strafrecht en beroeps- en gewoontemisdad, waar hij, geen uitweg meer ziende, Von Liszt de hand reikt en den gewoontemisdadiger als op één lijn staande met den krankzinnige, maar voor ontoerekenbaar verklaart! Een nieuwe bevestiging van mijn opvatting, dat klassieke en moderne richting slechts *polaire* tegenstellingen vormen!

⁷⁸⁾ HOLD VON FERNECK, *Die Idee der Schuld* (Leipzig 1911). Deze door BINDING zoo overmatig heftig bestreden hoogleeraar tracht in zijn genoemde verhandeling, het schuldbeginfel (Hold spreekt van *idee*) nieuw op te bouwen op den algemeenen schuldvorm der *generale voorzienbaarheid der norm*.

Uit dezen algemeenen schuldvorm, die in wezen (dit kan BINDING worden toegegeven) met het strafrechtelijk schuldbeginfel nog niets van doen heeft, wil HOLD dan de bijzondere schuldvormen afleiden, als hoedanig hij „Absicht”, „Fahrlässigkeit” en „Willkür” wil laten gelden.

Het wezen der schuld wordt nu omschreven als overtreding van de algemeene norm: „Du sollst von deinem... Vorhaben abstehen, wenn es voraussichtlich

(d. h. nach allgemeiner Annahme, nach Voraussicht des Durchschnittsmenschen) einem Interesse widerstreitet" (t. a. p. S. 57). Zoo wordt dus inderdaad de schuld in wezen onrechtmatigheid of onrechtmatige causaliteit (de causaliteit hier genomen in den zin van de theorie der adaequate veroorzaking). Vergelijk ook S. 52, waar de generale voorzienbaarheid „des verpönten Erfolges" als het wezen der schuld wordt voorgesteld.

Zeer bedenkelijk is daarbij bovendien, dat HOLD eenigermate in de lijn der nieuwere schuldleer (MAYER c. s.) het onverschillig noemt of de bovengeformuleerde norm tot het gebied der moraal, tot dat van 't recht of van een ander normencomplex behoort (t. a. p. S. 95). Tengevolge van zijn verwerpelijk schuld-begrip vinden we slag op slag verwarring tusschen de begrippen causaliteit en schuld bij Hold. Zoo, zeer sterk, S. 83: „Versteht man dasz das Gefährdungsdelikt ein Begehungsdelikt darstellt, welches als solches *neben* dem Absichts- und neben dem Fahrlässigkeitsdelikt steht (sic!) so darf man selbstredend nicht von vorsätzlichen und fahrlässigen Gefährdungen sprechen" (!).

Daarentegen treft als een goede noot bij HOLD VON FERNECK weder zijn inzicht in het de moraal *benaderend* karakter der rechtsschuld (S. 97) een inzicht, dat intusschen bij zijn geheele instelling geen vruchten kan afwerpen.

⁷⁹⁾ BINDING neemt in zijn uiterst polemisch gesteld standaardwerk: *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bnd. II (2e Aufl. 1914) S. 259 flg. een bijzondere plaats in de schuldleer in, reeds door het verband met zijn bekende normentheorie. In wezen is deze groote strafrechtsleeraar intusschen niet boven Merkel's schuldopvatting uitgekomen, gelijk hij ook t. a. p. S. 274 noot 16 MERKEL's en LIEPMANN's schulddefinities als „richtige Definitionen der Schuld im Sinne des Delikts" prijst. Bij lezing van 's schrijvers uiteenzetting van de verhouding van „kunnen" en „behooren" in het strafrecht (zie § 71) wordt onze aandacht tot het uiterste gespannen, daar Binding hier voor een onbegrensd *individualiseerend* standpunt opkomt, ongetwijfeld niet positiefrechtelijk, doch idealiter gesproken: „Jener idealen Anforderung entspricht allein und ausschliesslich die *Zurechnung zu Verdienst und Verschuldung nach seinem individuellen Können, die rein materielle Zurechnung*", en de schrijver polemiseert heftig tegen TRAEGER (Wille, *Determinismus und Strafe*, S. 11) en LIEPMANN (Einleitung S. 141 flg.), die meenen, dat het strafrecht slechts een doorsnee mate van kunnen eischt. Wie nu echter meent, dat Binding ook het individualiseerend schuldbeginzel in zijn benadering der zedelijke schuld recht laat wedervaren, wordt teleurgesteld.

„Schuld im E. S. ist das Willensverhalten, kürzer der Wille eines Handlungsfähigen als Ursache der Rechtswidrigkeit". En hieraan voegt BINDING toe: „Nennt man, wie dies meines Erachtens juristisch erlaubt, wenn nicht geboten ist, alles gewollt, was durch Verwirklichung des menschlichen Willens verursacht ist, so lässt sich die *Schuld* auch als der auf eine Widerrechtlichkeit gerichtete Wille eines Handlungsfähigen definieren" (S. 293/4). Hierbij polemiseert Binding scherp en o. i. terecht tegen de voorstellingstheorie en acht de wederrechtelijke wil niet noodwendig van de voorstelling der wederrechtelijkheid afhankelijk.

Tot het dogmatisch karakter der schuld in verhouding tot onrechtmatigheid en causaliteit is Binding niet doorgedrongen. Ook zijn onrechtsbegrip is star, schoon wegens 't verband met zijn normentheorie niet formalistisch te noemen. *Die(se) rechtswidrige Handlung ist (also) bei dem vorsätzlichen wie beim fahrlässigen Delikte gleicher Art genau die gleiche* (t. a. p. S. 313). Zie ook S. 235: „dieses unbeabsichtigte Vergehen schädigt die Rechtswelt nicht geringer, als wenn es als solches beabsichtigt gewesen wäre". En nog sterker: S. 231: „Die Rechtsunertüchtigkeit nun, das einzige Motiv des Normen-Erlasses geworden ist, eignet den schuldlos gesetzten objektiven Tatbeständen aller Delikte grade so, wie den Schuldverwirklichungen. Die Wunde, welche der Rechtsordnung in dem einen wie dem andern Falle geschlagen worden, ist vom objektiven Standpunkt aus betrachtet nicht nur äusserlich die gleiche, sondern in der Tat auch gleich gross und gleich schwer". In gelijken zin BIERLING: *Jur. Prinz. Lehre*, III S. 301 flg. en NAGLER: *Rechtswidrigkeit*, S. 315 flg. Ook het causaliteitsbegrip deelt dus in de starheid van Binding's onrechtmatigheidsbegrip. Maar daarmede vervalt Binding in de antinomie, dat hij bij de straftoemeting, die ook z. i. aan den concreten schuldgraad moet worden aangepast, toch weer de schuld, die hij eerst geheel in Merkel's lijn als wilscasualiteit vatte en dus niet

als een zelfstandig element liet gelden weer zou moeten verzelfstandigen en in iets anders dan wilscausaliteit zou moeten vinden, ofschoon hij deze antinomie rustig laat staan, zonder haar blijkbaar te zien. Overigens is het juridisch wilsbegrip bij Binding grondig verdorven, doordat hij het in een „esoterische psychologie (sic!) des Rechts” wil fundeeren!! Een psychologisch wilsbegrip, dat volstrekt in strijd komt met den zin van alle psychologie. Zie de inderdaad groteske § 60 van Binding's aangehaald werk!

⁸⁰⁾ Kelsen heeft in zijn eerste hoofdwerk, *Hauptprobleme des Staatsrechtslehre* (2e Aufl. 1923) S. 133 e.v., op zeer scherpzinnige wijze de onhoudbaarheid aangetoond van het „psychologisch schuldconcept, zooals dit bij Löffler, Exner e. a. is te vinden. Doch geheel in de lijn zijner formalistische beschouwingswijze wordt nu de schuld juridisch tot onrechtmatigheid herleid.

Ter kenschetsing van zijne opvatting laten we hier deze passage volgen, te vinden op pag. 139 van het aangehaalde werk:

„Während ältere Rechtsordnungen die Tötung eines Menschen mit Strafe bedrohen, knüpfen die neueren nur an die *absichtliche Tötung* eine Unrechtsfolge. Zum Unrechtstatbestande des Rechtssatzes gehört jetzt nicht bloss der äussere Vorgang des Tötens, sondern auch der innere, psychische (sic!) der Absicht (resp. andere äussere Momente, die auf eine Absicht schliessen lassen). Wenn nun psychische Momente wie Wille oder Vorstellung in den Unrechtstatbestand aufgenommen sind, dann müssen diese inneren Momente ebenso gegeben sein wie die äusseren Faktoren des sozialschädlichen Erfolges, damit überhaupt ein Unrecht vorliege; dann ist keine „Schuld” vorhanden, wenn diese psychischen Momente fehlen, doch nur ganz ebenso wie keine Schuld vorhanden wäre, wenn die äusseren Elemente des Unrechtstatbestandes fehlten. Man könnte mit demselben Rechte behaupten, dass beim Morde der Tod des Ermordeten das *Schuld*moment sei, mit dem man dies lediglich von der Absicht behauptet. Denn die psychischen Momente sind formal-juristisch nichts anderes, als Glieder des Unrechtstatbestandes.”

En S. 142: „Kann in allen drei Fällen (n.l. Löffler's drie schuldvormen van Absicht, Wissentlichkeit, en Fahrlässigkeit) von Schuld gesprochen werden, dann ist Schuld weder Wollen noch Voraussehen, dann erübrigt zu ihrer Charakterisierung nichts anderes als der Bestand eines strafbaren Unrechtes, d.h. einer verletzten Strafnorm. Der Eigentümer des Hauses, von dessen Dach ein Ziegel fällt, durch den ein Freier getötet wird, wird vom römischen Recht mit Strafe belegt. Er ist im gleichen Sinne, „schuld”, wie der Bahnwärter, der eingeschlafen, seinen Wechsel zu stellen verabsäumt, im modernen Rechte der Strafe verfällt, obgleich beide den Erfolg weder gewollt noch vorausgesehen haben. Das Urteil, das eine Schuld behauptet, sagt nicht mehr und nicht weniger, als jenes, das ein strafbares Unrecht konstatiert”. Juist door dit formalisme heeft Kelsen voor de theorie van de schuldvormen niets kunnen leveren, daar hij hun onderling verschil rustig in psychische momenten laat schuilen.

Over de antinomieën, waarin Kelsen's vorm-inhoudschema zich verstrikt, vergelijkte men mijn *De Beteekenis der wetsidee voor Rechtswetenschap en Rechtsphilosophie* (1926).

⁸¹⁾ Kollmann, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. 28, 449 gaat in zijn symptomatische opvatting verder dan Tesar.

⁸²⁾ Zie over deze richting Tesar: *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens* (1907) S. 149 vlg.: „Die Symptomatiker”, waaronder hij eenzijdig den Kantiaan Henke en anderzijds de Hegeliaansche school rekent, zonder nochtans te verzuimen, ook op de dualistische resten in de Hegeliaansche school te wijzen. Zie voorts Merkel's belangrijk opstel: *Ueber das gemeine deutsche Strafrecht von Hälschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft*. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissensch. Bnd. I, S. 188.

⁸³⁾ Zeer verbreid is de opvatting van Graf zu Dohna (Zeitschr. f. d. ges. Str.w. XXXII S. 326), dat schuld in formelen zin die psychische toestand van den dader op 't oogenblik van de daad is, die zijne verantwoordelijkheid voor den rechterstoel der zedeeler fundeert. Zie Bierling, *Juristische Prinzipienlehre* III S. 238 noot en 328; Sturm, *Die strafrechtliche Verschuldung*; Baumgarten, *Aufbau der Verbrechenlehre* S. 244; Von Calker, *Strafrecht und Ethik* (1897) S. 7, S. 26 vlg. en zijn *Ethische Werten im Strafrecht* (1904) S. 15 flg. en tal van anderen.

⁸⁴⁾ „Zwei Forderungen sind nach dem Gesagten an einen brauchbaren Schuld-begriff zu stellen. Er musz auch für die Moral gelten; wie das (objektive) Unrecht auf die Soziologie so ist die (subjective) Schuld auf die Individual-ethik zu gründen; freilich musz hier ebenso wie dort ein spezifisch (sic!) juristischer Begriff gewonnen werden“... en S. 549: „Strafrecht und Moral besitzen wie nunmehr zur Genüge dargelegt sein dürfte, denselben Schuldbegriff; was im Strafrecht zur Schuld hinzutreten musz und in der Moral nicht unbedingt notwendig ist, das ist das äusere Verhalten“. Typeerend dan weder de voorzichtige erkenning der antinomie, door deze uitwissching der innerlijke grenzen der wetskringen veroorzaakt, op pag. 548: „Immerhin kann nicht ge-leugnet werden, dasz durch diese Rückbeziehung des Schwergewichts des Objekts auf die Psyche das Strafrecht sich bedenklich(sic!) in das Gebiet der Moral begibt und damit seiner eigenen Leistungsfähigkeit heranrückt.“

⁸⁵⁾ GRAF ZU DOHNA, *Zum neuesten Stande der Schuldlehre* in Zeitschr. f. d. gesamte Strafr.w. 32 Bnd. (1911) S. 328.

⁸⁶⁾ M. E. MAYER, *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts* (1915) S. 103/104.

⁸⁷⁾ t. a. p. S. 246.

⁸⁸⁾ Zie over dit begrip van „leiden” in den zin van mijn leer der anticipaties: *Het juridisch Causaliteitsprobleem in het licht der wetsidee. Prolegomena.*

⁸⁹⁾ De opvatting, dat niet de dader, maar de daad schuld heeft (zie b.v. ZEVENBERGEN, *Leerboek v. h. Ned. Strafrecht* in aansluiting aan een wijd ver-breide klassiek-dogmatische opvatting), is m. i. te formalistisch. De daad is een onzelfstandig juridisch begrip, wyl ze niets is buiten de toerekening tot een subjectieven rechtswil. Die rechtswil, het rechtssubject, heeft schuld in zijn handeling.

⁹⁰⁾ Prof. SIMONS kan het blijkbaar voor zijn wetenschappelijk geweten ver-antwoorden op dezen grond, zich ontslagen te rekenen van een kritische over-weging mijner studie over het juridisch causaliteitsprobleem! Zie zijn toch waarlijk sonderlinge aankondiging in het *Weekblad van het Recht*. Of staat, gelijk hij laat doorschemeren, mijn van de zijne afwijkende levens- en wereld-beschouwing aan een eerlijke bespreking in den weg? O, die neutraliteit der wetenschap!!

⁹¹⁾ Tegen de opvatting van de schuld als relatie zeer goed ZEVENBERGEN: *Enige beschouwingen over het strafrechtelijk schuldbegrip* (V.U. 1913) bl. 160 v.

⁹²⁾ Dr. HANS GROSSMANN, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit* (Hamburg 1924) in Hamburgsche Schriften zur ges. Strafrechtswissenschaft, hrg. von Prof. Dr. M. LIEPMANN S. 14 flg.

⁹³⁾ BAUMEISTER, *Bemerkungen zur Strafgesetzgebung*, I Heft, (1847) S. 32.

⁹⁴⁾ LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, 23 Aufl. (Berlin und Leipzig 1921) S. 5.

⁹⁵⁾ EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit* (Leipzig und Wien 1910) S. 137.

⁹⁶⁾ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadenersatzrecht* (1912) S. 49 flg.

⁹⁷⁾ D. P. D. FABIUS, *Schuld en Straf* (1900) blz. 80.

⁹⁸⁾ LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts*.

⁹⁹⁾ MIRICKA, *Schuldformen*.

¹⁰⁰⁾ KOHLRAUSCH, *Schuld* (Reform des Strafgesetzbuches 1910 Bd. I.

¹⁰¹⁾ FRANK, *Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs* (1907). Hier huldigde hij de objectieve opvatting van de begeleidende omstandigheden en beschouwt ze tevens als noodwendig element van de strafrechtelijke schuld, waarbij hij de schuldvormen weder zuiver psychologisch vat. Na felle critiek van KRIEGSMANN, BELING, MAYER e. a. heeft FRANK in zijn commentaar op het St. G. B. de objec-tieve opvatting zijner leer prijs gegeven en in plaats van de begeleidende om-standigheden haar „motiverende Bedeutung” de „normale Motivierung” gesteld. Tevens gaf hij hier zijn opvatting prijs, dat de begeleidende omstandigheden schuldelement zijn en wilde ze voortaan slechts bij de straftoemeting doen gelden. FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf* (1922) S. 5 flg. beschouwt deze laatste standpuntwijziging als een teruggang. Zie ook BELING, *Unschuld, Schuld und Schuldstufen* (1910) S. 6 flg.

¹⁰²⁾ Zie hierover, doch veeleer in lovenden zin, FREUDENTHAL (1922) S. 11 flg.

BEROEPSMISDAAD EN STRAFVERGELDING IN 'T LICHT DER WETSIDEE

EEN BIJDRAGE TOT DE DOGMATIEK VAN DE BEROEPS-
MISDAAD DE LEGE FERENDA

DOOR

PROF. DR. H. DOOYEWEERD.

II. (Slot)

Keeren wij thans tot ons uitgangspunt terug: de verhouding van schuld- en onrechtmatigheidsvraag ten aanzien van het beroepsmisdrijf.

De heerschende opvatting ziet in het beroepsdelict, gelijk we zagen, slechts een hoogstens gequalificeerd en verticaal gericht gelegenheidsver- grijp. Bij het starre verticale karakter van het heerschend onrechtmatigheids- begrip, kan dan 't verschil tusschen beide alleen *gradueel* worden gevat en SAUER trekt slechts de consequentie uit dezen geheelen gedachtengang, wanneer hij alleen in de schuldvraag het beslissend criterium ziet. De beroepskwalificatie wordt dan niets anders dan een „Schuldvertypung”, een positivering van het individualiseerend strafrechtelijk schuld- beginsel¹⁾. Gezien voorts het verband, waarin de schuldvormen tot het onrechtmatigheidselement worden gesteld, moet dan de verdere conse- quentie deze zijn, dat het criterium voor dezen delictsvorm wordt gelegd in de „begeleidende omstandigheden” van het vergriep, in de z.g.n. motievenschuld, m. a. w. in het kritieke punt van de klassieke schuldleer, waarin het conflict, de onoplosbare antinomie tusschen het humanistische onrechtmatigheids- en schuldbegrip in verscherpten vorm terugkeert!

Het door de moderne richting naar voren gebracht verband tusschen chronische criminaliteit eenerzijds en het misdadig sociaal milieu, de economische levensomstandigheden, erfelijkheidsfactoren en pathologische afwijkingen anderzijds, brengt dan de neo-klassieke richting, die de resultaten van het onderzoek der moderne school voor het eigenlijk strafrecht slechts in het kader der klassiek-humanistische schuldleer kan verwerken, in de nieuwe impasse, dat eigenlijk volgens 't adagium: straf naar schuld, een groot aantal beroeps- en gewoontemisdadigers eer lichter dan zwaarder zou moeten bestraft worden, dan vele gelegenheids- misdadigers²⁾.

Het valt toch niet meer te ontkennen, dat vele chronische misdadigers uit een vergiftigd sociaal milieu stammen en in meerdere of mindere mate psycho-pathische afwijkingen vertoonen.

Volkomen terecht vreesde Minister DONNER het gevaar, dat bij invoering der psychopathenwet een groot aantal beroeps- en gewoontemisdadigers naar den maatstaf van het heerschend klassieke schuldbegrip als z.g. verminderd toerekeningsvatbaren zouden worden behandeld en dat op deze wijze aan deze wet een uitbreiding zou worden gegeven, verre buiten hare strekking. Ook bij verwerping van de door hem gegeven oplossing, waardeer ik toch gaarne zijn poging, om den eisch der straffende gerechtigheid zuiver te houden.

Niet tegen den wetgever, die tenslotte op de strafrechtsdogmatiek moet steunen, maar tegen de heerschende dogmatiek zelf, moet het verwijt worden gericht, dat zij den juridischen zin van beroeps- en bedrijfsmisdaad niet gevat heeft. De moralistische schuldleer der humanistische strafrechtsdogmatiek is nòch moraliter, nòch rechtens voor ons te aanvaarden. Rechtens niet, wijl ze met den zin eener wezenlijk organisch gevatte strafrechtelijke vergelding niet valt te vereenigen, wijl ze met schending van het beginsel der soevereiniteit in eigen kring, de grondslagen der onrechtmatigheidsleer ondergraaft. Moraliter niet, omdat de moraal in organisch verband op den rechtskring rust en een afgetrokken „Gesinnungsethik” de zedelijke gezindheid isoleert uit den wetssamenhang, waarin God's wil het zedelijk leven gevoegd heeft.

Schuldvorm, schuldtype en schuldgraad bij het beroepsdelict.

Hoe lost zich nu de tegenstrijdigheid, die op humanistisch standpunt zich noodwendig in het strafrechtelijk schuldbegrip moet openbaren, in onzen gedachtengang op?

Wij gaan weder uit van den schuldvorm als eerste onderscheidingsbeginsel in de leer der strafrechtelijke schuld. Evenals nu de onrechtmatigheid slechts bij de materiele opvatting haar vergeldingszin kan ontplooiën, zoo kan ook de *schuldvorm* zijn strafrechtelijken zin eerst in materiële gedaante openbaren. Gelijk de onrechtmatigheid naar haar vergeldingszin zich in *typen* concretiseert, zoo ook de schuldvorm.

Die *schuldtypen* ontvangen hun materiëlen zin in de eerste plaats uit de onrechtmatigheidstypen, doch ze verdiepen dien zin in benadering der zedelijke gezindheid van den dader. Die verdieping heeft plaats in de *schuldgraden*, waarin het schuldtype zijn bewegelijk karakter ontvouwt. In die schuldgraden worden de onrechtmatige, d. i. in de daad geobjectiveerde motieven van den dader gewogen in hun beteekenis van manifestatie tegen de heiligheid der rechtsorde. Maar gelijk de onrechtmatigheid zelf door het individualiseerend schuldbeginsel uit haar starheid wordt uitgeheven, doordat de aantasting van het concrete rechtsbeginsel nu in het licht wordt gezien van verzachtende of verzwarende omstandigheden, doordat m. a. w. het vergrijp uit zijn statische

begrenzing wordt bevrijd en in den universeelen, in verdiepten zin gevatten vergeldingssamenhang wordt beschouwd³⁾, zoo wordt ook door de schuldgratie het betrekkelijk nog starre schuldtype uit de begrensdheid zijner toespitsing op het statisch onrechtmatigheidstype uitgeheven en in het licht van den universeelen vergeldingssamenhang gesteld.

Voor de afweging van de ideële schade, welke het vergrijp toebrengt aan den eerbied voor de goddelijke rechtsbeginselen, gelijk ze in de positieve rechtsorde zijn belichaamd, kan een dieper-peilende maatstaf, gelijk hij op hooger cultuurpeil van een volk behoort te worden aangelegd, niet volstaan, met het oog alleen te richten op den statischen schuldvorm, geobjectiveerd in het starre feit, maar ze moet die schuld beschouwen in 't licht van een, den universeelen vergeldingssamenhang in verdiepten zin weerspiegeland *levensverband*.

Het schuldtype wint diepte tegen den achtergrond van het levensbeeld. Doch zoo min in een schilderij de bijfiguren een *zelfstandige* beteekenis hebben tegenover de hoofdfiguren, doch alleen dienen om de laatste in het juiste milieu te stellen, zoomin kunnen de *schuldgraden* het schuldtype en den schuldvorm doorbreken. Terwijl dus in het dualistisch schuld-begrip der moderne humanistische schuldleer de z.g. „begeleidende omstandigheden” een voortdurende bedreiging opleveren voor schuldtype en schuldvorm beide, is in onze opvatting dit dualisme verzoend in een diepere, harmonische opvatting van het strafrechtelijk schuldbegrip.

Bij het beroepsmisdrijf is de *schuldvorm* noodwendig de zwaarste t. w. het opzet. Het schuldtype ontvangt primair zijn materiëelen zin uit het uiterst zware onrechtmatigheidstype der beroepsmisdaad, het draagt evenals dit laatste een horizontaal karakter, omvat als opzet het geheele horizontale gevaarsverband met al zijn natuurlijke uitingen en dit type kan door geen enkele verdere individualiseering meer worden doorbroken.

De verdere gradatie van dit type heft slechts de beroepsmisdaad uit haar juridisch isolement en werpt over haar het verdiepend licht van het levensverband.

De verdiepte vergeldingsmaatstaf vraagt in het concrete schuldoordeel naar de levensomstandigheden van den dader, naar zijn milieu, zijn karakter, zijn voorleven etc. etc., maar hij blijft een maatstaf der *vergelding*, hij vraagt immer naar de *vergeldingsfunctie* van dit levensverband, zijn doel is immer het *vergrijp* zelve in scherper licht te stellen voor het forum der gerechtigheid.

En gelijk moord, moord blijft, ook al laat het individualiseerend schuldoordeel den *schuldgraad* nog zoo klein worden, wijl het schuld- en onrechtmatigheidstype beide hun vaste lijnen behouden, zoo blijft de beroepsmisdaad staan in de volle zwartheid van haar zonde tegen God's heilige rechtsordinantie, ook al vertoont het beeld schakeering onder het licht van den schuldgraad.

De moderne schuldbeschouwing aarzelt niet, den moordenaar vrij te spreken, wanneer „de begeleidende omstandigheden” van het vergrijp

zijn daad „begrijpelijk” maken voor het forum der moderne zedelijkheidsopvatting. De ongerechtigheden van vele uitspraken van Fransche gezworenen in geruchtmakende moordzaken liggen ons nog versch in 't geheugen.

Tegen het continuïteitsbeginsel, dat de grenzen verflauwt, het beginsel der souvereiniteit in eigen kring! Dat is het eenig parool, dat het Calvinisme in den modernen tijd tegenover zulke schuldbeschouwingen kan stellen.

De omvang van het opzet bij het beroepsmisdrijf.

Op het misdadig beroep als zoodanig moet het opzet zijn gericht. Sluit dit nu inderdaad in, gelijk we hierboven aannamen, dat dit opzet mede moet omvatten het geheele horizontale onrechtmatigheids- en oorzakelijkheidsverband van het beroepsmisdrijf gelijk we dat in onze constructie van dit misdrijf als gevaarsdelict hebben geëischt?

Moet m. a. w. de beroepsinbreker, die op heeterdaad bij een nachtelijken inbraak betrappt wordt, tegelijk zijn opzet gericht hebben op alle feiten, die in natuurlijk verband tot zijn misdadig beroep staan, om als beroepsinbreker te kunnen worden veroordeeld? Men ziet hoe bij de dogmatiek van het beroepsmisdrijf vragen rijzen, welke de klassieke dogmatiek niet kent, maar die noodwendig moeten worden beantwoord, zal onze constructie zich kunnen handhaven.

De heerschende psychologische schuldopvatting vindt nergens beter keursteen voor haar onhoudbaarheid dan in de constructie van het beroepsmisdrijf.

Het vergeldingsbeginsel eischt de bestraffing van den beroepsmisdadiger als *zoodanig*, d. w. z. voor de uitoefening van zijn horizontaal gericht misdadig bedrijf, doch de heerschende schuldleer schiet te kort, als het er op aankomt het beroepsopzet in onzen zin aan te toonen.

De voorstellingstheorie zou hier moeten eischen voortdurende voorstelling van het geheele horizontale oorzakelijkheidsverband, in het psychisch bewustzijn van den dader. En op welk tijdstip zou die gecompliceerde voorstellingsreeks aanwezig moeten zijn? Het beroepsmisdrijf is immers, gelijk we zagen een „toestandsdelict”. Bij iedere daad van uitoefening van zijn bedrijf — een andere oplossing is in 't kader dezer theorie wel niet mogelijk — zou de geheele voorstellingsreeks van het beroepsdelict bij den dader aanwijsbaar moeten zijn! Quod absurdum!

De beroepsinbreker, die met zijn handlangers een inbraak pleegt, heeft bij 't plegen van die daad wel wat anders te doen, dan zich te binnen te gaan brengen, wat voor wegen alzo voor 't bepaalde type van zijn beroepsmisdrijf openstaan. Dat hij misschien over een maand met zijn kameraden gaat vagebondeeren, of afpersingsbrieven rondzenden, dat is iets, wat hem op het oogenblik, dat hij zijn slag moet slaan, natuurlijk niet aangaat. Het is althans een toevalligheid te noemen, wanneer hij

zich op het bewuste oogenblik in zijn gedachten met die toekomst zou bezig houden. Maar is dit een reden, om de aanwezigheid van beroepsopzet in den horizontalen zin des woords te loochenen?

De wilsleer anderzijds is, in haar verpsychologiseerden vorm, even onbruikbaar voor de constructie van het beroepsopzet.

In haar beste formuleering, die van v. HIPPEL⁴⁾, neemt zij opzet aan wanneer „dem Täter... der Eintritt des erstrebten Erfolges und des rechtswidrigen Erfolges zusammen lieber (ist) als der Verzicht auf seine Interessen”.

Zal hier echter van een reële *psychische* situatie sprake zijn, dan moet de dader ook bij ieder vergrijp de voorstellingsreeks in zijn bewustzijn hebben, op de toevalligheid waarvan we reeds wezen.

De geheele opvatting van de schuld als een psychische relatie ontbindt zich zelve, wegens haar schending van 't beginsel der souvereiniteit in eigen kring, in tegenstrijdigheden.

In een schuldleer, die *geheel en al* aan den zin der vergelding is georiënteerd, omvat noodwendigerwijs het op het misdadig beroep als zoodanig gerichte opzet het geheele causaliteits- en onrechtmatigheidsverband van het beroepsmisdrijf. Dit geheele horizontale verband geldt in rechtszin als *opzettelijk* geweld, in tegenstelling tot het onopzettelijk, nalatig willen in juridischen zin, dat wij aannemen bij hem, die de rechts-eischen van zorgvuldigheid bij zijn handelen niet in acht heeft genomen en zich nu ook de gevolgen van zijn daad tot zijn *wil* ziet toegerekend.

Maar opzet in strafrechtelijke beteekenis eischt niet noodwendig zijn psychisch substraat in een voorstellingsreeks van alle gevolgen der onrechtmatige gedraging. Niet psychische feiten beslissen over de al of niet aanwezigheid van opzet, maar de eisch der vergelding, *schoon in organisch verband met de psychische orde*.

Dit is het ,wat BINDING intuïtief heeft gevoeld, toen hij zijn van psychologisch standpunt bezien ongerijmde stelling neerschreef, dat men ook het niet-voorgestelde kan *willen*. Van psychologisch standpunt ongerijmd inderdaad, maar wij merkten reeds herhaaldelijk op, dat de *wil* als wezenlijk *normatieve* subjectseenheid in den psychischen kring slechts substraatsfuncties bezit en dus van psychologisch standpunt niet te vatten is. Waar nu alle schuld onloochenbaar *wilsschuld* is, kan ook het wezen der schuld nimmer langs beschrijvend-psychologischen weg worden gevat, dus ook niet dat van het strafrechtelijk *opzet*.

Op geen enkel levensterrein komt de verpsychologiseerde wilsleer uit.

Zou b.v. de koopman niet bij iedere daad van koophandel, die hij verricht, den wil en het opzet hebben zijn „bedrijf” uit te oefenen, op grond van de omstandigheid, dat hij niet bij iedere individueele handeling de voorstellingsreeks in zijn bewustzijn heeft van al datgene, wat noodwendig tot de uitoefening van zijn bedrijf behoort?

Het maatschappelijk leven heeft, in zijn voorwetenschappelijke begripsvorming vaak beter inzicht in den reëlen stand van zaken, dan de

vooringenomen theorie, die zweert bij de psychologische beschouwingswijze. Het weet althans, dat de wil niet een natuurlijk iets is, maar in zijn specifieke zin moet worden *geduid* naar maatstaven van behoorlijkheid.

Beroepsmisdaad en toerekeningsvatbaarheid.

De grondslag voor het schuldoordeel vormt de toerekeningsvatbaarheid. Deze toerekeningsvatbaarheid is, gelijk door hen, die haar niet slechts in naam willen vasthouden, algemeen erkend wordt, vatbaarheid voor schuld in *rechtszin* en niet bloot vatbaarheid voor straf⁵⁾. In deze toespitsing van de strafrechtelijke toerekeningsvatbaarheid op de strafrechtelijke schuld openbaart zich haar onderscheid met de burgerrechtelijke toerekeningsvatbaarheid, die vereischt is voor de handelingsbevoegdheid. Toerekeningsvatbaarheid in strafrechtelijken zin wil zeggen, dat des daders rechts-subjectiviteit zulke vereischten bezit, dat hem voor zijn gedraging een verwijt in vergeldingszin kan treffen dat zijn gedraging uit schuldooqpunt den zin kan hebben van een manifestatie tegen de heiligheid der rechtsorde, 't zij in den lichter vorm van gebrek aan eerbied voor het recht (nalatigheid), 't zij in den zwaarder vorm van opstandigheid tegen het recht (opzet). De strafrechtelijke toerekeningsvatbaarheid is dus immer toerekeningsvatbaarheid in verband met concrete rechtsgedragingen, wil men, een toerekeningsvatbaarheid *ad hoc* in den zin van BINDING⁶⁾. Het gaat immer om vaststelling van den concreten vergeldingszin van onrechtmatige handelingen op grond van den concreten geestestoestand van den dader.

De vraag is nu, wanneer de toerekeningsvatbaarheid in dezen zin uitgesloten moet worden geacht, met 't oog op den beroepsmisdadiger met name, of de bij hem veel voorkomende morele afstomping grond kan opleveren, om met v. LISZT zijn toerekeningsvatbaarheid te loochenen of althans slechts in zeer verminderden graad te laten gelden.

VON LISZT⁷⁾ en op zijn voetspoor v. LILIENTHAL⁸⁾, FINGER, MEYER-ALLFELD, OLSHAUSEN e. a. hebben de toerekeningsvatbaarheid opgevat in den zin van „normale Bestimmbarkeit durch Motive”.

Men heeft tegen deze definitie opgemerkt, dat volgens haar alle misdadigers ontoerekeningsvatbaar moeten worden geacht, wijl immers ieder vergriep in concreto het gebrek aan zulk een „normale Bestimmbarkeit” zou bewijzen. Deze kritiek doet den zin der definitie geen recht, daar deze laatste een *algemeen toestand* van den dader bij zijn gedraging en niet een geesteshouding *van geval tot geval* wil aanduiden.

Juister heeft v. HIPPEL haar onhoudbaarheid aangetoond door er op te wijzen, dat v. Liszt's definitie iederen maatstaf onthoudt ter beoordeeling van wat onder „normaal” verstaan wordt en FRANK merkt in zijn kommentaar op het Duitsche Strafwetboek tercht op, dat zij een bloot formeele definitie is zonder reëlen inhoud⁸⁾.

VON LISZT heeft zelf de vaagheid van het begrip „normale Bestimmbarkeit” toegegeven. Hij vereenzelvigt het met „Empfänglichkeit für die durch die Strafe bezweckte Motivsetzung”.

En nu oppert hij zelf twee kritische bedenkingen tegen de bruikbaarheid van zijn begrip.

1^o Wat is een normale reactie? Waar vinden we den maatstaf, waarmee hier gemeten zal worden? „Der Begriff des Normalen schlieszt einen gewissen Spielraum mit logischer Notwendigkeit in sich; aber wie uferlos weit müssen die Grenze des „normalen” Seelenzustandes gespannt werden, sollen sie alle die Spielarten mit umschlieszen, auf deren Bestrafung zu verzichten wir heute noch mit allen Kräften uns sträuben!”

2^o Wanneer toerekeningsvatbaarheid inderdaad gelijk is aan ontvanke-lijkheid voor door de straf beoogde motiveering, hoe dan nog toerekeningsvatbaarheid aan te nemen ten aanzien van hen, die door hun ingewortelde neiging tot misdadigheid hun overbeterlijkheid getoond hebben?

De klassieke dogmatiek heeft zich tegen de steeds heftiger wordende aanvallen der tegenstanders verschanst in het begrip der „verminderde toerekeningsvatbaarheid”. Juist in dit begrip ziet v. Liszt echter het beste bewijs voor de onhoudbaarheid van vaste grenzen tusschen al of niet toerekeningsvatbaarheid¹⁰⁾.

Hij geeft het in het leerboek van KRAFFT-EBING terug te vinden voorbeeld van een twaalfjarige moordenares, die als kindermisje het aan haar zorgen toevertrouwde driejarig kind in koelen bloede vermoordt om het de eenvoudige oorringen te ontnemen. Ze ontkent niet en toont geen berouw. De roofmoord is bewezen. Haar ethische stompzinnigheid geeft aanleiding de vraag der toerekeningsvatbaarheid te stellen. De artsen beweren, dat hier een geval van „moralischen Irrsinn” aanwezig is. Maar de rechters laten zich door de bedenkingen der psychiaters niet op een dwaalspoor brengen. Zij veroordeelen tot straf, maar wegens verminderde toerekeningsvatbaarheid tot een lichtere.

Volgens v. Liszt had hier ontoerekeningsvatbaarheid moeten zijn uitgesproken. Uit alles blijkt, dat v. Liszt den maatstaf voor de toerekeningsvatbaarheid tenslotte geheel aan de psychatrie wil overlaten en dus principieel het juridisch begrip der toerekeningsvatbaarheid verwerpt.

Gelijk hij aan het slot van zijn voordracht over de strafrechtelijke toerekeningsvatbaarheid de bekende en beruchte uitspraak doet: „Die begriffliche Scheidewand zwischen Verbrechen und Wahnsinn weicht und fällt — und mit ihr die starre Herrschaft desjenigen juristischen Begriffs, über den ich heute zu Ihnen zu sprechen die Ehre hatte: der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit¹¹⁾. M. a. w. v. Liszt's begrip der toerekeningsvatbaarheid is geen strafrechtelijk begrip en mist daarmee alle beteekenis voor de strafrechtsdogmatiek.

VON HIPPEL geeft deze definitie¹²⁾: „Unzurechnungsfähigkeit liegt vor, wenn Bewusstseinsstörung, krankhafte Störung der Geistestätigkeit oder

mangelnde Verstandesreife entscheidend für die Vornahme der Handlung waren; wirkten jene Momente zwar nicht entscheidend, aber *wesentlich beförderend*, so ist *verminderte* Zurechnungsfähigkeit gegeben”.

Van beslissende beteekenis is dan het geestelijk defect voor de daad, wanneer het den dader 't zij van het intellectueel inzicht in haar beteekenis als onrecht beroofde of wel hem ongeschikt maakte, zijn wil overeenkomstig dit inzicht te bepalen.

Tegen deze definitie moet ik mijnerzijds het bezwaar opperen, dat, hoezeer zij meer houvast biedt dan die van v. Liszt, zij den *juridischen zin*, den *vergeldingszin* der strafrechtelijke toerekeningsvatbaarheid niet voldoende tot uitdrukking brengt.

Hier schijnt de toerekeningsvatbaarheid in de lijn van een zeer verbreide meening¹⁴⁾ schier geheel tot een psychologische vraag te zijn geworden. De rechter heeft voor het vaststellen van de *juridische laakbaarheid* der daad slechts de logische conclusie te trekken uit de praemissen, die hem door den psychiater worden aangeboden.

Gelijk v. HIPPEL zelf zijn gedachtengang nader uiteenzet:

„Diese Definition ergibt zunächst richtig, dass die Zurechnungsfähigkeit *in concreto* zu prüfen ist; denn nicht darum handelt es sich, ob dem Täter irgendwelche anderen verbrecherischen Handlungen zum Vorwurf gemacht werden könnten, sondern ob und inwieweit ein Vorwurf gegenüber der wirklich begangenen Tat möglich ist. Dieser Vorwurf ist in vollem Maße gegeben, wenn uns in der Tat die Persönlichkeit des Täters, *frei von* den genannten inneren Hemmungen entgegentritt. Der Vorwurf mindert sich in dem Maße, wie jene Hemmungen wachsen. Er kommt in Wegfall in dem Augenblick, wo sie *entscheidende Bedeutung* erlangen, d. h. wo die Tat ohne den betr. Defekt voraussichtlich nicht begangen wäre; denn dann findet sie in jenem ihre volle kausale Erklärung. Die Handlung ist dann, medizinisch ausgedrückt, Symptom eines mangelhaft funktionierenden Gehirns; psychologisch gesprochen, entstanden aus Motiven, die in seelischen Defekten ihren Ursprung hatten. Sie erscheint *damit* ihrer geistigen Herkunft nach nicht als antisozial, sondern als entschuldigt”. (Ik cursiveer in den laatsten zin).

In 't vervolg van zijn betoog komt Von Hippel trouwens zelve tot een redeneering, die ten duidelijkste bewijst, dat het vraagstuk der strafrechtelijke toerekeningsvatbaarheid buiten den zin der strafrechtelijke vergelding niet is te vatten.

FRANK had n.l. tegen zijn definitie aangevoerd, dat ook de lege lata reeds bij het in zeer belangrijke mate voorhanden zijn der bedoelde defecten ontoerekeningsvatbaarheid moet worden aangenomen¹⁵⁾, dus niet eerst bij *beslissende* beteekenis dezer factoren voor 't begaan der handeling. Von Hippel geeft dit laatste toe, ontkent echter, dat daarmee iets tegen de bruikbaarheid zijner definitie zou zijn bewezen. Immers: wanneer inderdaad de psychiater een zeer belangrijken graad van psychische defecten bij den dader heeft aangetoond, zonder dat hij daarom

zou durven beweren, dat zonder de aanwezigheid dezer defecten de daad achterwege zou zijn gebleven, geldt het bekende rechtsbeginsel: *in dubio pro reo*.

Daarmede is echter tegelijk bewezen, dat de strafrechtelijke toerekeningsvatbaarheid slechts naar *vergeldingsmaatstaf* kan worden vastgesteld. Het rechtsbeginsel spreekt het laatste woord en niet de psychiatrie of de medische wetenschap¹⁶).

Of, gelijk LACASSAGNE het treffend uitdrukte: „Le médecin doit démontrer que cet état mental est anormal, de nature pathologique, et capable d'annuler le libre arbitre. Le juge appréciera.”

Maar tegelijk stellen we vast, dat met het begrip der strafrechtelijke toerekeningsvatbaarheid wij ons bewegen in specifiek-psychische en logische analogieën-sferen des rechts, die buiten verband tot de desbetreffende substraatskringen niet zijn te vatten. Slechts *in levensverband* kan de zin der juridische analogie worden vastgesteld; slechts *in levensverband* komt de vergeldingszin der strafrechtelijke toerekeningsvatbaarheid tot zijn recht.

Gelijk bekend, wordt ter vaststelling van de geestesdefecten, welke het schuldverwijt in concreto uitsluiten, in de verschillende strafwetboeken drieërlei methode gevolgd, die men in de wetenschap in zeer oneigenlijken zin de *biologische*, de *psychologische* en de *gemengde* genoemd heeft.

De eerste methode tracht de oorzaken aan te geven waaruit de bedoelde defecten voortspruiten (b.v. art. 64 Code pénal: Il n'y a ni crime, ni délit, lorsque le prévenu était en démence au moment de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister).

De tweede methode tracht, zonder de *oorzaken* dezer defecten aan te geven, de bedoelde geestesdefecten zelve te omschrijven (vgl. Teil II tit. 20 par. 16, Preus. Landrecht: ontbreken van vrije wilsbepaling, evenzoo par. 46 van Entwurf I van het R. Str. g. B. ; par. 38 van het Strafwetboek van Lübeck van 1863: gemis aan het bewustzijn der strafbaarheid van de daad).

Bij toepassing der gemengde methode eindelijk worden zij voor ontoerekeningsvatbaar verklaard, bij wie door bepaalde oorzaken bepaalde geestelijke defecten aanwezig zijn.

Geen dezer methoden kan echter, voorzover zij inderdaad op medisch en psychologisch gebied blijven, den maatstaf aangeven, waarnaar de toerekeningsvatbaarheid moet worden aangenomen of ontkend.

Want het gaat hier ter laatste instantie om nadere bepaling van den rechtstoestand van het individu in de vergeldingsgemeenschap en alleen de vergeldingsmaatstaf is in staat te bepalen, bij welken graad van geestelijke defecten de toerekeningsvatbaarheid uitgesloten en bij welken graad zij slechts in zgn. „verminderde mate” aanwezig mag worden geacht.

Slechts den psychischen, niet den beslissenden *vergeldingsgraad* kan de psychiater vaststellen. Wij kunnen v. Hippel's definitie dus slechts aan-

vaarden onder toevoeging van het essentieel criterium „uit vergeldingsgezichtspunt”. Vatten wij nu in 't bijzonder de toerekeningsvatbaarheid van den beroepsmisdadiger in het oog, dan komt primair alles aan op de vraag, of de uitoefening van het bepaalde type van beroepsmisdaad hem in materiëelen zin kan worden toegerekend, of hij m.a.w. niet aan zulk een, ter laatste instantie naar vergeldingsgezichtspunt te bepalen mate van geestesstoring of geestelijke gebrekkigheid lijdt, dat zijn gedraging niet als *beroepsmisdaad* kan worden bestempeld.

Daar de beroepsmisdaad een toestandsmisdrif is, zal ook de toerekeningsvatbaarheid zich over den toestand moeten uitstrekken, waarin de crimineele gedraging bestaat. Het spreekt van zelf, dat in onzen gedachtengang incidenteele acute geestesstoringsen hier niet in aanmerking kunnen komen. Ook bewustzijnsstoringsen, die bij de bepaling van de al of niet toerekeningsvatbaarheid ten aanzien van gelegenheidsvergripen een rol kunnen spelen, zijn uiteraard bij het beroepsmisdrif, wegens zijn bijzonder karakter, zonder beteekeenis.

Blijven dus slechts over: de chronische ziekelijke storing der geestvermogens en de gebrekkige verstandelijke ontwikkeling.

De zgn. moreele krankzinnigheid.

Ten aanzien van deze vraag nu viel in de radicale, haar grenzen overschrijdende richting in de psychiatrische wetenschap een toenemende neiging waar te nemen, om bij de zgn. „onverbeterlijke misdadigers” — en dit zijn natuurlijk met name de beroeps- en gewoontedelinquenten — in algemeenen zin „moreele krankzinnigheid” aan te nemen. PAUL DUBUISSON heeft in een belangwekkend opstel in de *Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales* ¹⁷⁾ den ontwikkelingsgang in dit opzicht ons scherp geteekend. In 't begin der 19e eeuw maakte de heerschende richting een scherpe onderscheiding tusschen de krankzinnigen en de misdadigers en aanvaardde ontoerekeningsvatbaarheid op grond van krankzinnigheid slechts bij uitzondering. Men moest volslagen gek zijn, om ontoerekeningsvatbaar te worden verklaard. Het terrein van de misdaad was dus groot en scherp omlijnd, dat der ontoerekeningsvatbaarheid zeer klein.

De eerste vooruitgang door de psychiaters gemaakt, was de uitbreiding van de ontoerekeningsvatbaarheid tot die ongelukkigen, die door een zgn. partieele krankzinnigheid waren bezocht, door op hen de leer de monomanieën toe te passen (ESQUIROL c. s.).

De tweede werd voorbereid door de prijsgeving van de leer der monomanieën, waarvoor een theorie in de plaats werd gesteld, die oneindig gunstiger was voor de misdadigers, daar zij toeliet, den grond voor ontoerekeningsvatbaarheid buiten het geïncrimineerde feit om te zoeken en anderzijds, door geen gradatie in de ontoerekeningsvatbaarheid te aanvaarden, den onverbrekelijken samenhang tusschen krankzinnigheid en de ontoerekeningsvatbaarheid te poneeren.

Vervolgens heeft de psychiatrie, immer verder gaande, het begrip der moreele krankzinnigheid („moral insanity”, insania moralis) ingevoerd en daarmee de grenzen tusschen misdaad en krankzinnigheid verflauwd. Was langen tijd dit begrip wegens gemis aan somatische kenmerken precair, het kreeg een vaste basis, sinds de beroemde MOREL het type der erfelijk belaste gedegeneerden ontdekte, dat wel degelijk ook somatische afwijkingen vertoonde.

Tenslotte hebben dan de radicale psychiaters het werk voltooid door de grenzen tusschen misdaad en krankzinnigheid geheel te doorbreken, waar zij in de misdaad een bloote varieteit der krankzinnigheid aannamen ¹⁸⁾.

Het ligt buiten onze bevoegdheid, te beweren dat nimmer het begrip der moreele krankzinnigheid, waarbij geen ziekelijke storing der verstandelijke vermogens, doch slechts een volkomen moreele afgestomptheid kan worden geconstateerd, als zoodanig een boven alle bedenking verheven bestaansrecht zou kunnen verwerven.

Doch wèl wenschen we hier de aandacht te vestigen op het oordeel van een bekend psychiater hier te lande, Dr. J. VAN DER TORREN, dat, waar bij de moral insanity nog nooit standvastige ziekelijke orgaanveranderingen zijn aangetoond, evenmin als volkomen nieuwe, de norm vreemd zijnde psychische fenomenen, maar alles gaat om een meer of minder van normale psychische eigenschappen, men ook niet het recht heeft van *biologisch* standpunt een geval van moral insanity, een continuen, niet of bijna niet voor verbetering vatbaren toestand, zonder meer ziekelijk te noemen.

En dan is zeer merkwaardig de volgende uitspraak: „Nu is echter de medische wetenschap niet opgesloten gebleven in fraaie gebouwen, maar zij is de maatschappij binnen getreden, deze laatste hare diensten aanbiedend en zich in aansluiting aan haar zelfs verder ontwikkelend. Daarmede moet zij echter ook menigmaal en terecht, van haar streng biologisch standpunt afstand doen en treden andere normen ter beoordeeling in de plaats. Dan treden waardeeringsoordeelen op als de volgende: dat psychische eigenschappen dan als uiting van ziekte zijn te beschouwen, indien zij het individu ten gevolge harer uitingen schade toebrengen, zijn vermogen tot aanpassing verminderen, schadelijk zijn voor de soort, voor de maatschappij. En dan herinnert de schrijver aan de uitspraak van JASPERS: „Gegenüber der Grenze zwischen Pathologischem und Normalem, die immer auf irgend einer *Bewertung* beruht, gibt es sachlich nur eine Scheidelinie psychologischer Untersuchungen, die Linie zwischen der Untersuchung *allgemeiner* und *individuell variierender* psychologischer Zusammenhänge. Unsere Wissenschaft (die allgemeine Psychopathologie-Ref.) beginnt sachlich im Gebiet des „Normalen” mit der *Psychologie der individuellen Differenzen* und der *Charakterologie*. Dem entspricht es, dass in der ärztlichen Sprechstunde und in der Irrenanstalt zahlreiche Menschen „behandelt” werden, die nicht

an irgend einem Krankheitsprozess, sondern nur an einer irgendwie ungünstigen Variation ihrer Anlage, an ihrem „Charakter“ u. a. leiden.” (K. JASPERS, *Allgemeine Psychopathologie* 1e Aufl. S. 3) ¹⁹).

Wanneer echter voor de zgn. „moreele krankzinnigheid” geen medische criteria kunnen worden aangegeven en zich hier veeleer sociale maastaven van ongunstige variaties in het karakter gaan inschuiven, dan meen ik vanuit mijn standpunt der souvereiniteit in eigen kring het recht te hebben, *bij den huidige stand der psychiatrische wetenschap* het begrip der moreele krankzinnigheid als zelfstandig ziektebeeld af te wijzen.

Ik meen hierbij geen partij te kiezen in een zuiver psychiatrische vraag, waartoe ik uiteraard volstrekt onbevoegd ben, doch kies slechts positie tegen een ongeoorloofde grensoverschrijding van de psychiatrische wetenschap.

En ik zou niet gaarne instemmen met de kritiek, geoefend op het bekende arrest van het Hof te Arnhem dd. 28 Maart 1918 W 10244, waarbij beslist werd, dat de aanvaarding van het begrip *insania moralis* in de rechtspraak niet mogelijk is, daargelaten nu of de oplegging van levenslange gevangenisstraf, ondanks den verkregen indruk van zeer gebrekkige ontwikkeling der geestvermogens, uit vergeldingsoogpunt niet een te zware straf moest worden geacht. Iets geheel anders is natuurlijk een pathologische afwijking bij het misdadig individu, waarbij de moreele afstomping slechts een onzelfstandig symptoom is van een algeheele geestesstoring. Doch voor zulke gevallen komt het ons met den psychiater NAECKE voor, dat de naam „moreele krankzinnigheid” een nonsens is. ²⁰).

De psychiater KIRN merkt op, dat terwijl de Italiaansche school het getal der „geboren” misdadigers op $\pm 40\%$ van alle delinquenten schatte, het onderzoek in de Duitsche strafgevangenissen uitwees, dat zich onder haar bevolking slechts een klein getal bevond, dat verschijnselen van zgn. „moreele krankzinnigheid” vertoonde *en dat deze toestand geen zelfstandig ziektebeeld vormt, doch veeleer onder zeer verschillende omstandigheden als begeleiding van menigvuldige storingen kan optreden en ook eerst in latere levensjaren kan zijn verworven* ²¹).

Deze uitspraak beteekent een verloochening zoowel van de „moreele krankzinnigheid” als zelfstandig ziektebeeld, als van het generale verband, dat een zekere richting in de psychiatrische wetenschap tusschen dit verschijnsel en de *degeneratie als erfelijke belasting* heeft gelegd.

En om tenslotte een deskundig oordeel van den jongsten datum te releveeren van een psycholoog, die in 't algemeen de „moral insanity” als zelfstandig ziektebeeld *niet* verwerpt, laten we hier de uitspraak volgen van Prof. ROBERT SIDNEY ELLIS, hoogleeraar in de psychologie aan het Colorado College, die ten aanzien van de „moral imbeciles” het volgende opmerkt:

„There is, *a priori*, no particular reason why instinctive and emotional variations should not occur in the same manner as intellectual variations

are known to occur, but due to our defective methods of measuring the emotions we have not yet reached the point where we can determine satisfactorily these emotional differences" ²²).

Een eerlijke erkenning dus, dat bij den huidige stand der psychiatrische wetenschap het begrip „moreele krankzinnigheid” een uiterst precair bestaan voert.

Toerekeningsvatbaarheid of niet, dat is geen vraag, die men in den lijn der moderne richting, die de zgn. onverbeterlijke beroepsmisdadigers maar generaliter op grond van „moral insanity” onvatbaar voor schuld wil verklaren, a priori voor een geheele categorie van misdadigers kan stellen of beantwoorden. Ze kan slechts voor ieder concreet geval worden opgeworpen.

En dan springt aanstonds in het oog, dat de eigenlijke moeilijkheid hier niet kan schuilen in de beantwoording met *ja* of *neen*, maar veeleer in wat men de graden van „verminderde toerekeningsvatbaarheid” heeft genoemd.

De vraag: toerekeningsvatbaar of niet? is dan reeds in beginsel bevestigend beantwoord. De strafrechtelijke verantwoordelijkheid is in beginsel erkend en wat men „verminderde toerekeningsvatbaarheid” noemt, behoort in wezen niet meer tot de vraag der toerekeningsvatbaarheid, maar tot die der concrete *schuld*.

Nu wezen wij er reeds hierboven op, dat de radicale richting in de psychiatrie de grenzen tusschen ontoerekeningsvatbaarheid en de zgn. verminderde toerekeningsvatbaarheid steeds meer heeft willen uitwischen.

Doch tegen deze radicale richting komt in den jongsten tijd van psychiatrische zijde zelve een steeds krachtiger wordend protest.

In zijn jongste studie *Kriminologische Grundlagen von Strafe und Sicherung* (Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. 1928 S. 171 flg.) schrijft de Marburger hoogleeraar Dr. EDMUND MEZGER: „Denn es ist keine Zweifel: jene Ausdehnung der Unzurechnungsfähigkeit auf das grosse und weite Gebiet der Psychopathie schlankweg entspricht *nicht* mehr unsern heutigen Anschauungen: hier *hat* sich bereits ein bemerkenswerter Wandel vollzogen. Eine unverkennbare Tendenz der Psychiatrie geht heute nach einer starken *Einschränkung* der Unzurechnungsfähigkeit in dieser Richtung.

Die Psychopathen werden heute wieder in weiten Umfang durchaus als zurechnungsfähig angesehen”.

In dit oordeel wordt men bevestigd, wanneer men kennis neemt van de nieuwe onderzoeken op 't gebied van de psycho-pathische querulanten (zie RAECKE *Der Querulantenwahn* 1926) en der hysterie met hare willekeurige reflexversterking (KRETSCHMER).

WILLMANN heeft de inderdaad uit *het humanistisch wetenschapsideaal* en niet uit het wetenschappelijk onderzoek zelve ontsproten tendenzen der radicaal psychiatrische richting op dit punt scherp doorschouwd, wanneer hij in zijn studie *Die sogenannte verminderte zurechnungs-*

fähigkeit als zentrales Problem der Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch (1927, S. 228) spreekt van „jener Generation von Irrenvätern, in denen sich der Hochmut eines naturwissenschaftlichen Materialismus mit einer alle kriminalpolitischen Erwägungen ablehnenden Humanität verband”, waar zij „die Grenzen von Geisteskrankheit in Strafsachen ganz ungebührlich weit ziehen lieszen”.

En hij wijst op de uitspraak van een grondig kenner der psychopathische afwijkingen als BIRNBAUM, dat men „diesen psychopathisch undisziplinierten Herrschaften zeigen müsse, dasz ihre pathologische Undisziplinierbarkeit sie nicht völlig straffrei macht” en dat deze methode „manchmal Wunderdinge” bewerkt.

Bij handhaving van de juiste grenzen kan men anderzijds natuurlijk met pathologische afwijkingen bij de concrete vaststelling der schuld ten volle rekening houden.

Nu kan ten aanzien van de gelegenhedsmisdaad deze zoogenaamde „verminderde toerekeningsvatbaarheid” reeds een rol spelen bij vaststelling van den *schuldvorm*. Waar onder overigens gelijke omstandigheden bij een normaal mensch „opzet” zou moeten worden aangenomen, kan b.v. bij een zeer achterlijk individu zeer wel slechts „nalatigheid” aanwezig zijn (denk aan vergiftiging of brandstichting).

Het bijzonder karakter van de beroepsmisdaad sluit echter principiëel alle beteekenis van de z.g. verminderde toerekeningsvatbaarheid ten aanzien van schuldvorm en schuldtype uit. Slechts voor bepaling van den *schuldgraad* kan zij beteekenis hebben.

En daarbij kunnen moreele afstomping of geringe verstandelijke ontwikkeling nimmer op zichzelf beteekenis hebben.

Zulk een „moreele afstomping” beteekent een geleidelijk verflauwen van de stem van het geweten en voert tot hardheid en ongevoeligheid tegenover den naaste. Maar dit is een oordeel Gods, dat de dader zich *door eigen schuld* op den hals haalt en dat zijn schuld ten aanzien van zijn daad eer verscherpt dan verlicht!

En wat de geringe verstandelijke ontwikkeling aangaat, die vooral bij de plegers van de meer ruwe vormen van beroepsmisdaad nog al eens wordt geconstateerd, ook deze kan op zichzelf den *schuldgraad* niet verlichten, daar de dader veeleer dat gebrekkig verstand en zijn wil beide geheel en al op een misdadig leven heeft toegespitst. Eerst, wanneer concreet verband tusschen de beroepsmisdaad en bepaalde pathologische afwijkingen of gebreken kan worden vastgesteld, zonder dat de toerekeningsvatbaarheid daardoor in beginsel wordt opgeheven, kan de concrete schuld van den dader een lichter graad vertoonen. En niet slechts pathologische afwijkingen, maar ook de funeste invloed van het misdadig maatschappelijk milieu, *voorzoover de dader daarin buiten zijn wil* moest leven, en in 't algemeen de levensomstandigheden, waarin hij vóór hij zijn misdrijf aanving, verkeerde, behooren bij de afweging van dien *schuldgraad* in rekening te worden gesteld.

Wat het laatste punt betreft is intusschen weder van belang de uitkomst van het modern criminologisch onderzoek, volgens welke, geheel anders dan bij gelegenheidsvergripen, slechts zelden gebrek of benarde economische omstandigheden de onmiddellijke aanleiding tot het vervallen in beroepsmisdaad vormen, doch veeleer een ingewortelde neiging tot misdadig leven ²³).

De „anti-sociale neiging”, gegrond in bepaalde, eventueel overgeërfdde karaktereigenschappen, is echter onder geen omstandigheid op zich zelve als schuldverlichtingsgrond te aanvaarden.

Wanneer de erfelijkheidsleer ook hier haar biologische oorzakelijkheidsbeschouwing gaat doorvoeren en de zgn. *degeneratie* in den zin eener *onveranderlijke* erfelijke belasting als schuldverminderings- of zelfs schulduitsluitingsgrond poneert ²⁴), toont ze slechts de grenzen der biologische wetenschap niet te kennen. De Fransche psychiater H. COUTAGNE b.v. noemt de „erfelijk belaste gedegeneerden” en de hysterici in één adem als klassen van psychopathen, bij welke verschillende misdrijven tegen den eigendom, met name die welke een meer gecompliceerd karakter vertoonen dan de diefstal, als bedrog en oplichting, veelvuldig voorkomen ²⁵). Het naturalisme is aanstonds gereed de misdadige aandrift als gevolg van de „zonden der vaders” op rekening van de blinde natuurnoodwendigheid te stellen. Onze gereformeerde dogmatiek weet van den strijd tegen zulke naturalistische betoogen mee te spreken!

De misdadige aandrift is allerminst met v. Liszt als „sociaal-pathologisch” verschijnsel te beschouwen, ze is geen ziektebeeld in natuurwetenschappelijken zin, doch een slechts in de normatieve wetskringen te vinden *wilshouding*.

Wanneer vaststaat ²⁶), dat zelfs zuiver psychische erfelijke eigenschappen onder den invloed van het milieu e. d. factoren voor wijziging vatbaar zijn, dan moet men de naturalistische beschouwing wel tot het uiterste overspannen, door moreele en sociale defecten, op grond van erfelijke belasting, tot een onveranderlijk geestelijk ziektebeeld te stempelen.

Natuurwetenschappelijke „verklaring” van beroepsmisdaad is principieel een innerlijke tegenstrijdige opgaaf en wie op Kant's voetspoor meent, deze opgaaf te kunnen handhaven met gelijktijdige handhaving van een normatief te duiden wilsvrijheid, verwikkelt zich in een onoplosbare antinomie, die wij in een ander verband uitvoerig hebben ontleed.

Natuurlijke factoren kunnen den wil wel geheel of ten deele verlammen, zij kunnen ook voor de wilsactiviteit een abnormaal pathologisch substraat vormen, zij kunnen den wil niet *leiden*. De *wil* is de leidende factor bij een misdaad en naarmate die wil zich in de daad met grootere intensiviteit op het kwade richt, stijgt de schuldgraad, stijgt de beteekenis van het misdrijf als manifestatie tegen de heiligheid der rechtsorde. Omgekeerd daalt de bedoelde beteekenis van het misdrijf in graad, naarmate de druk van psychopathische afwijkingen en van sociale

omstandigheden op de menselijke activiteit onafhankelijk van den redelijken wil sterker moet worden geacht.

Dit alles geldt in beginsel zoowel voor het herhaalde gelegenheidsvergriep als voor het beroepsdelict. Doch in concreto zullen aan de schuldverlichtende factoren in bovenbedoelden zin juist bij het beroepsmisdrijf op verre na niet dezelfde beteekenis als bij het eventueel meermalen herhaald gelegenheidsvergriep kunnen worden toegekend *en wel om deze reden, dat het beroepsmisdrijf zonder uiterst sterke concentratie van den redelijken misdadigen wil niet denkbaar is.*

De beroepsmisdaad rust op constante berekening en eischt koelbloedigheid. De misdadige wilsactiviteit is voortdurend gespannen. Driften en neigingen moeten hier bij de uitoefening van het bedrijf onder voortdurende contrôle van den redelijken wil blijven, zal de boosdoener niet slag op slag zijn spel bederven. Dit is geheel iets anders dan de toestand, waarin de recidiverende gelegenheidsdelinquent verkeert, die herhaaldelijk voor de verleiding „bezwijkt” en zijn booze neigingen niet voldoende beheerscht. Al die geestesstoringsen, welke zich openbaren in een destructieve werking op het wilsleven en waardoor de activiteit van de persoon op vaak doellooze wegen komt ²⁷⁾, kunnen tot de beroepsmisdaad als zoodanig nimmer in een strafrechtelijk essentieele betrekking staan. Beroepsmisdaad is, zoo men wil, een uiterst *rationeel* delictstype.

De klassieke richting heeft ook in de schuldvraag bij het beroepsdelict immer het gelegenheidsvergriep op 't oog en weet daarom met de wezenlijke schuldfiguur bij het beroepsmisdrijf geen weg. Al het wezenlijke van deze schuldfiguur wordt door haar in het *gevaarlijkheidsbegrip* der crimineele politiek overgeheveld en nu ziet zij zich gedwongen de schuldvraag bij beroeps- en gelegenheidsvergriep in beginsel naar gelijken maatstaf te behandelen. Vandaar dan de antinomie, dat de meest zware misdadigers bij gebreke aan voldoende zware „gelegenheidsschuld” naar verhouding slechts uiterst licht zouden kunnen worden bestraft.

Kohlrausch's schijnoplossing van de antinomie in de klassieke opvatting der toerekeningsvatbaarheid.

Ik vond deze antinomie nergens scherper uiteengezet dan in Prof. KOHLRAUSCH's studie *Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung* ²⁸⁾, waarbij de schrijver zich intusschen aan zelfmisleiding schuldig maakt, door te meenen, dat het „compromis” tusschen klassieke en moderne richting de zoowel practisch als theoretisch eenig juiste oplossing dezer tegenstrijdigheid zou zijn.

Met groote scherpzinnigheid doorziet Kohlrausch het wezen der bedoelde antinomie. Hij voert haar terug op de tegenstrijdigheid tusschen de absolute ook de geestelijke verschijnselen overspannende causaliteitswet (in humanistischen zin) *eenerzijds*, die bij haar aanvaarding noodwendig voeren moet tot het adagium: „Der Charakter belastet, das Motiv entlastet”, m. a. w. onafhankelijk van schuld in juridischen en zedelijken

zin, zou uitnoodigen tot scherpere repressie van den dader naar den maatstaf zijner gevaarlijkheid, en tusschen het strafrechtelijk schuld-beginsel *anderzijds*, dat noodwendig zich moet stellen op het standpunt, dat de dader om strafbaar te zijn, anders had *kunnen* handelen en dus noodwendig moet voeren tot het adagium „Der Charakter entlastet, das Motiv belastet”²⁹⁾.

„Diese Konsequenzen” aldus constateert onze schrijver met groote eerlijkheid, „sind einander diametral entgegengesetzt”³⁰⁾. Naar de eerste opvatting, de deterministische, moet schuld identiek worden met karakter-toestand, een bepaalde krachtsverhouding tusschen slechte en goede neigingen met een constant overwicht van een van beide (HEYMANS) en Prof. KOHLRAUSCH erkent, dat op dit standpunt een afgrenzing tusschen toerekeningsvatbaarheid en ontoerekeningsvatbaarheid niet mogelijk is. De dader wordt gestraft voor zijn karakter, dat hem noodwendig en gelijkvormig tot de misdaad determineert.

„Eine kontinuierliche Skala führt hier von dem an sich guten Menschen, dessen schlechte Tat nur in der ungewöhnlichen Situation ihre Erklärung findet, über den Gewohnheitsverbrecher hinüber zu der Bestie in Menschengestalt, deren Tat einer anderen Erklärung als des Hinweises auf die verbrecherische Persönlichkeit nicht mehr zu bedürfen scheint”³¹⁾.

Deze consequentie, hoezeer ze van het ook door Kohlrausch aanvaarde deterministisch standpunt dwingend is, zou gelijk de schrijver toegeeft, tot de volkomen ontbinding van het strafrecht moeten voeren, „wenn nicht Erwägungen ebenso zwingender Art die ersten durchkreuzten”.

Deze tweede gedachtelijn, die aldus de eerste doorkruist, knoopt aan bij de opvatting van de straf als gerechte vergelding, waarbij Kohlrausch overigens die vergelding opvat in den verwaterden zin van „generale preventie”. Voor deze opvatting is de noodwendige grondslag: Wanneer de dader bestraft wordt, *wijl* hij het ge- of verbod overtreden heeft, zoo geschiedt zulks in de meening, dat hij het *kon* opvolgen en *niet noodwendig behoefde* te overtreden.

Uit deze opvatting vloeit dan weder voort, dat de consequenties voor de toerekening omgekeerd zijn aan die van de vorige beschouwingwijze. De *schuld* is hier niet gelijk *gezindheid* of *karakter*; ze bestaat niet daarin, dat de dader *slecht is*, maar daarin dat hij *slecht handelt*, ofschoon hij anders kon. Zij stijgt dus met de bekwaamheid om goed te handelen en neemt met deze bekwaamheid af tot het punt, waar het gebied der alle moreele motiveering bare, der ontoerekeningsvatbare menschen begint.

Alleen op dit standpunt is een scherpe grens tusschen toerekeningsvatbaarheid en ontoerekeningsvatbaarheid te trekken.

Intusschen ligt de bedenking, die tegen de consequente doorvoering dezer tweede (indeterministische) gedachtelijn rijst, voor de hand.

Tegenover het voordeel, een grenslijn tusschen toerekeningsvatbaarheid en ontoerekeningsvatbaarheid te kunnen trekken, staat de ongerijmde gevolgtrekking, dat de naar zijn karakter goede mensch zwaarder moet

worden bestraft, dan de slechte „der von Natur mit verbrecherischen Neigungen behaftete“.

En dagelijks staan we nochtans voor deze ongerijmde consequenties bij de beoordeeling der gevallen van zgn. „verminderde toerekeningsvatbaarheid“!

„Der Zwiespalt zwischen unserer Einsicht in den naturgesetzlichen Ablauf alles Geschehens und unsrer Anerkennung verpflichtender Vorschriften, zwischen Müssen und Sollen, Naturgesetzen und Normen“³²), ziedaar het wezen der hier door Kohlrausch ontleede antinomie. En wie onze vroegere geschriften geraadpleegd heeft, erkent in deze kenschetsing onmiddellijk de oer-antinomie in de humanistische wetsidee terug, die wij als een onoplosbaar conflict tusschen wetenschaps- en persoonlijkheidsideaal omschreven.

Nochtans meent Kohlrausch deze antinomie te kunnen oplossen. De twee uiterste uitwegen uit het conflict, t. w. de natuurwetenschappelijke onderschikking van het „behooren” aan het „kunnen” en de Kantiaansche onderschikking van het „kunnen” aan het „behooren” (Du kannst, denn du sollst”) verwerpt hij althans voor het *strafrecht*, ofschoon hij hun wijsgeerig recht erkent.

Het strafrecht echter moet beide uitwegen afwijzen. Het kan niet met Kant de verplichtende kracht der normen in het gebied van het transcendente verleggen, „want het strafrecht is een zuivere ervaringswetenschap, berust dus (sic!) op de algemeengeldigheid der causaliteitswet”.

Het strafrecht kan echter evenmin wegens de algemeengeldigheid van die causaliteitswet de verbindende kracht der normen loochenen: „denn die normsetzende Instanz, der Staat, ist höchst real und unleugbar”. De voor het strafrecht eenig mogelijke oplossing is nu volgens Kohlrausch deze, dat men de bekwaamheid tot handelen overeenkomstig de norm, niet individueel doch in generalen zin opvat.

„Nicht deshalb wird gestraft, weil *dieser Täter unter den konkret gegebenen* inneren und äusseren Umständen recht handeln „konnte”, sondern *weil ein solcher Täter unter solchen* inneren und äusseren Umständen recht handeln „konnte”.

In ieder oordeel derhalve, dat een daad tot de schuld van een dader toerekent, zou een *generaliseering* van het geval liggen, een vergelijking van het concrete gebeuren met een normaal gebeuren, en dit laatste zou dan weer niets anders zijn dan een verwachte, en geëischte gedraging.

„So ist das generelle Können tatsächliche Voraussetzung jedes Zurechnungsurteils, das individuelle Können aber wird zu einer staatsnotwendigen *Fiktion*“³³).

Is dit nu een oplossing der antinomie? Immers neen! ze keert in den vorm der fictie onmiddellijk weder terug. Kohlrausch's „oplossing” is een „par force tour”, die hij zelf nader als volgt omschrijft: „Der Staat löst ihn (t. w. de bedoelde tegenstrijdigheid) in jedem einzelnen Falle, indem er den Knoten zerhaut. Der Täter wird dem Gemeinwohl geopfert, er hat

in dessen Interesse zu leiden. Über diesen Zwiespalt zwischen staatlichen Aufgaben und individuellen Fähigkeiten werden wir nie hinwegkommen". Waarmede dus Kohlrausch het voortbestaan der antinomie erkent.

Een practische verzoening tusschen de eischen der staatsraison en de stelling, dat iedere daad het noodwendig product harer voorwaarden is, ziet de schrijver dan tenslotte in de samenkoppeling van straffen en beveiligingsmaatregelen, waarbij de laatste aan den deterministischen lijn, de eerste aan het schuldbeginzel recht laten wedervaren. Waarmede nog eens de volstreckte tegenstrijdigheid in deze samenkoppeling is onderstreept.

Op ons standpunt bestaat de bedoelde antinomie in het leerstuk der toerekeningsvatbaarheid niet.

Wij duchten ook den verderen voortgang der psychiatrische wetenschap niet, integendeel wij juichen dien toe, doch wij stellen tegenover iedere grensoverschrijding dezer wetenschap het bolwerk van het beginzel der soevereiniteit in eigen kring. En wij weten, daarmede zoowel de psychiatrie als de strafrechtswetenschap te dienen.

Wie het schuldtype van het beroepsmisdrijf eenmaal gevat heeft, komt niet op het dwaalspoor der klassieke dogmatiek, het typisch schuldgezichtspunt bij het beroepsdelict met dat der „gevaarlijkheid" te gaan verwisselen en hij ziet zich evenmin genoodzaakt de vraag der zgn. verminderde toerekeningsvatbaarheid van den dader los van het misdrijftype voor gelegenheids- en beroepsvergrijp gelijk te stellen.

Wat een verdiepte vergeldingsmaatstaf als „verzachtende omstandigheid" moet laten gelden bij een gelegenheidsvergrijp, kan daarom nog niet bij het beroepsdelict als zoodanig worden aangemerkt.

Er is geen sprake van, dat de vergelding hier principiële gelijkheid van behandeling zou eischen.

De z.g. „verminderde toerekeningsvatbaarheid" moet in verband worden beschouwd met het bijzonder onrechtmatigheids- en schuldtype van het beroepsmisdrijf en zal daarom bij de bepaling van den concreten schuldgraad slechts een zeer bescheiden rol kunnen spelen.

Slechts wanneer een inderdaad wetenschappelijk en niet een in naturalistischen zin vooringenomen medisch onderzoek, uitwijst, dat een beroepsmisdadiger, zoo al niet als krankzinnig, dan toch als zwaar psychopaath moet worden beschouwd, en dat zijn daad ten deele slechts op rekening van die zware psycho-pathische afwijkingen kan worden gesteld, is er aanleiding de verminderde toerekeningsvatbaarheid uit vergeldingsoogpunt bij bepaling van den schuldgraad te laten wegen.

De beteekenis van lichtere afwijkingen wordt echter bij de beroepsmisdaad volkomen geneutraliseerd door de zwaarte van het vergrijp.

Tegen die zwaarte weegt ook de sterke band aan het misdadig sociaal milieu niet op. In zijn ten vorigen jare verschenen werk *The Elements of Crime* (1927) wijst Dr. BORIS BRASOL, voormalig procureur-generaal bij het Hooggerechtshof te St. Petersburg, er op, dat de beroepsmisdadiger

door in het „bedrijf” te gaan, automatisch alle banden met de geordende samenleving verbreekt en nog slechts op zijn relaties met de misdadigers-maatschappij is aangewezen. Daardoor is hem ook de terugkeer op den goeden weg uiterst bemoeilijkt³⁴). Volkomen juist, doch daarmee is zijn zware schuld niet op „het sociaal milieu” af te wentelen. De verantwoordelijkheid voor de daad omvat mede die voor de wellicht ongewenschte gevolgen, die de beroepsmisdadiger zich door eigen schuld op den hals heeft gehaald.

De vergeldingseisch met betrekking tot de straftoemeting bij het beroepsmisdrijf.

Uit het oogpunt der organisch gevatte strafrechtelijke vergelding is de bestraffing van de beroepsmisdaad naar den maatstaf van een hoogstens gequalificeerd gelegenheidsvergriep volstrekt onbevredigend.

Leest men de levensbeschrijvingen van zware misdadigers (*overigens geenszins alle beroepsmisdadigers in onzen zin*), welke Mr. LASONDER in zijn meermalen genoemd proefschrift geeft, dan treft wel zeer sterk het onder 4 beschreven geval, dat zich inderdaad met beroepsmisdaad in onzen zin dekt.

Een misdadiger van goeden huize, oud 41 jaar, die reeds op zijn 10e jaar zijn eerste straf wegens diefstal ondergaan heeft, leeft na zijn ontslag uit de verbeteringsschool te Gent geheel als beroepsinbreker, vaak in samenwerking met internationale dievenbenden, speelt van de groote sommen gelds, die hij zich uit zijn beroep weet te verwerven, de „grand seigneur”, schiet bij een betrapping op heeterdaad een agent met den revolver neer, maakt zich schuldig aan flesschentrekkerij enz. enz. Eindelijk wordt hij ingerekend en wegens 112 bewezen diefstallen (de onbewezen waren nog veel talrijker volgens hem!) veroordeeld tot 20 jaar gevangenisstraf. Na voorwaardelijke invrijheidstelling vat hij, na mislukte reclasseeringspogingen van Roomsche-Katholieke zijde, zijn misdadig beroep opnieuw op en wordt na weer eens betrapt te zijn op inbraak, veroordeeld tot... 7 jaar gevangenisstraf!! Hij verklaart openlijk na zijn ontslag weer te zullen gaan stelen; hij is immers een „beroepsdader”, zegt hij. Toch zou hij het niet weer in Holland doen, maar hij zou naar Parijs gaan, waar bij de internationale dievenbende nog een veel betere carrière te maken is!!

Een feller illustratie op onze veroordeeling der „klassieke” vergeldingsleer kan wel bezwaarlijk worden geboden.

De vergeldingsgedachte is hier tot een ware karikatuur geworden. Als in een eenvoudig optelsommetje worden de individuele vergriepen behandeld; uit hun verband gerukt en in hun zin miskend, fungeeren ze in deze abstracte optelsom als gewone gelegenheidsvergriepen! Het laatste vonnis van 7 jaren, schoon geheel passend in 't kader onzer huidige strafwet, is een openlijke bespotting der straffende gerechtigheid.

En dan verklaart eenerzijds de moderne richting, dat de vergeldings-

leer de maatschappij hulpeloos aan de beroepsmisdaad overlevert en anderzijds de klassieke richting, dat de vergeldingsleer niet tot taak heeft de rechtsgemeenschap te beschermen!

Wij eischen van niemand, dat hij voetstoots de door ons in deze verhandeling gegeven dogmatische constructie der beroepsmisdaad zal aannemen. Er zal ongetwijfeld nog veel aan te verbeteren zijn.

Doch niemand, die eerlijk oordeelt, zal kunnen ontkennen, dat op den door ons gekozen grondslag der Calvinistische wetsidee, de vergeldingsgedachte haar organischen goddelijken zin openbaart, terwijl de vergeldingsopvatting der klassieke school, ondanks al haar schakeeringen, juist ten aanzien van den zwaarsten vorm van criminaliteit (de beroepsmisdaad), het beeld vertoont van een enghartig rationalistische constructie, van een uitdenksel van de „sovereine” menschelijke rede!

Een beveiligingsrecht, dat de grondige gebreken dezer humanistische vergeldingsleer, moet compenseeren, is — ik deins voor deze krasse uitspraak niet terug — onvoorwaardelijk veroordeeld!

Ook het rechtsbewustzijn, waarop het neo-classicisme zich zoo bij voorkeur beroept, komt in opstand tegen de berusting, waarmede men in de klassieke school een betrekkelijk korte vrijheidsstraf aan den beroepsinbreker of den professioneelen vrouwenhandelaar opgelegd, als afrekening met de straffende gerechtigheid poogt te rechtvaardigen.

Een maximaal levenslange gevangenisstraf is naar onze opvatting der vergelding voor de meeste typen van beroepsdelicten meer in overeenstemming met de eischen van de straffende gerechtigheid.

Want naar het onrechtmatigheidstype en het schuldtype beide staan b.v. beroepsvrouwenhandel en beroepsdiefstal waarbij ook tegen zware mishandeling of zelfs doodslag niet wordt opgezien, als de omstandigheden zulks meebrengen, zeker niet achter bij den moord, die, als gelegenheidsvergreep beschouwd, zich slechts tegen een enkel slachtoffer richt, terwijl het beroepsmisdrijf zich in beginsel tegen de geheele samenleving keert.

Het humaniteitsideaal als uitvloeisel van het humanistisch persoonlijkheidsideaal, heeft ongetwijfeld in de geschiedenis het zijne bijgedragen tot de humanisering van het strafstelsel. Doch zijn donkere keerzijde was de verweekelijking van moraal en gerechtigheidszin beide, waarop niet ten onrechte door FOERSTER³⁵⁾ een schel licht is geworpen.

Niet het recht Gods, maar het recht van den mensch staat bij den humanist op den voorgrond. Zijn vergeldingsopvatting, voorzover hij nog aan de straffende vergelding vasthoudt, is niet in de goddelijke rechtsordinantie, doch in de souveriniteit der rede gegrondvest.

Doch zoo weinig is deze humanistische vergeldingsleer in staat de rechten van den mensch te beschermen, dat zij haar stem niet verheft tegen een beveiligingsrecht, dat den misdadiger *onverdiend* volgens haar standpunt, als een wild dier, of een krankzinnige onschadelijk maakt, door hem gedurende zijn geheele verder leven of een groot gedeelte daarvan op te bergen tot nut van 't algemeen!

De gereformeerde vergeldingsleer aanvaardt geen „offer” van den beroepsdelinquent. Zij eischt zijn *bestrafing* met een wezenlijk *verdiend* leed en in vervulling van dien eisch schiet zijn bestraffing naar den abstracten maatstaf van het gelegenheidsvergriep ten eenenmale te kort³⁶).

Hoe men de grenzen van het beveiligingsrecht ook wil uitzetten, het zal *recht* moeten blijven, d. w. z. den zin der vergelding, zij 't al niet der straffende vergelding moeten openbaren.

Maar die zin der vergelding wordt in 't gezicht geslagen, wanneer men onder het fraaie etiket van beveiligingsmaatregel een lading laat doorgaan, die in wezen niets anders is dan „Ersatz” voor de in wezen en strekking volkomen misduide vergeldende straf.

Dit soort modernistisch en neo-klassiek beveiligingsrecht is in strijd met het goddelijk karakter, met de verheven majesteit van het Recht, het is het testimonium paupertatis van een strafrechtstheorie, die op het bedriegelijk kompas van het humaniteitsideaal zeilt.

Ook de doorvoering van het individualiseerend strafrechtelijk schuld-beginsel levert bij de eigenlijke typen van beroepsdelicten geen rechtsgrond op voor zulk een verzachting in strafmaat, dat daardoor toch weder een pseudo-beveiligingsrecht noodzakelijk zou worden ter aanvulling van de straf.

Wanneer inderdaad zware pathologische afwijkingen bij den delinquent worden vastgesteld, dan zal hij, gelijk wij hierboven uiteenzetten, ook inderdaad als psychopaath moeten worden beoordeeld. Met lichtere afwijkingen kan in het régime van het strafgesticht worden rekening gehouden. Zij zijn op zichzelf geen grond voor mitigatie in *strafmaat*. Verzachtende omstandigheden in de strafrechtelijke benadering der zedelijke motieven, die tot het beroepsdelict geleid hebben, kunnen zonder bezwaar in de strafmaat tot uitdrukking komen. Ook het zware onrechtmatigheidstype van beroepsmisdaad laat gradueering toe door het anticiperend schuldbeginsel: ook de z.g. motievenschuld moet in organisch verband met die onrechtmatigheid gevat worden.

Derhalve kunnen die in 't kader van 't strafrechtelijk schuldbeginsel passende verzachtende omstandigheden alleen geput worden uit een geïndividualiseerden vergeldingsmaatstaf, uit de materiele rechtswaarde der motieven. De strafrechtelijke schuld *benadert* slechts de zedelijke gezindheid in de wetsgedachte der vergelding. Wie alleen uit vuig winstbejag of zucht tot avontuur in beroepsmisdaad vervalt, heeft zelfs geen enkelen grond aan te voeren, die als een licht tegenwicht tegen den eisch van eerbiediging van het geschonden rechtsgoed zou kunnen gelden. Het onrechtmatigheidstype vertoont zijn volle spanning en zwaarte. Wie daarentegen, gesteld, dat zulks voorkomt, in uiterste nood tot beroepsmisdaad vervalt, die hij zelf innerlijk verafschuwt, kan wel eenig tegenwicht aanvoeren, dat weliswaar aan de zwaarte van het onrechtmatigheidstype niets verandert, doch dit type in concreto in lichter *graad* doet verschijnen.

Wordt nu jure constituendo de beroepsmisdadiger bij toepassing van het individualiseerend schuldbeginself op grond van den lichter grad van het onrechtmatigheidstype van het misdrijf niet met de maximale straf getroffen, dan zal hij dus weer in de maatschappij terugkeeren. Dus toch weer op die maatschappij worden „losgelaten”?

Ja, want er blijft ook voor den reclasseeringsarbeid een belangrijke taak over in 't opvangen van niet totaliter verdorven beroepsdelinquenten en de wetgever zou te dezen aanzien dien reclasseeringsarbeid in de hand kunnen werken door een bijzondere regeling voor voorwaardelijke invrijheidstelling voor dergelijke chronische misdadigers in 't leven te roepen, waarbij die maatregel eerder zal kunnen worden toegepast, dan zulks volgens de geldende strafwet mogelijk is.

Overigens zal bij aanvaarding van 't wetsontwerp Donner de beroepsmisdadiger in elk geval na 10 jaren weer in de maatschappij terugkeeren, 't geen uit het oogpunt van het modernistisch beveiligingsrecht niet te verdedigen valt, daar dit uiteraard het onbepaalde vonnis eischt. Gelijk dan ook die eisch met grooten nadruk werd gesteld op het IXe *internationale penitentiaire congres te Londen* (1925).^{36a}

Bij den verhardten, zedelijk en rechtelijk geheel afgestompten beroepsmisdadiger (de in de moderne criminologie veel gebruikte, maar in den jongsten tijd toch ook zeer sterk bestreden qualificatie „onverbeterlijk” aanvaarden wij niet gaarne), zullen, voor zoover geen zware pathologische afwijkingen in verband met het misdrijf kunnen worden vastgesteld, verzachtende omstandigheden bij de beoordeeling van het beroepsdelict bezwaarlijk aanwezig kunnen zijn, zoodat hier toepassing der maximale straf gerechtvaardigd zal zijn.

Conclusie.

Beveiligingsmaatregelen in den voorgestelden zin blijken dus ook met betrekking tot de vraag inzake toerekeningsvatbaarheid en schuld in verband met de straftoemeting ten aanzien van de beroepsmisdadigers alle houdbare beteekenis en rechtsgrond te ontberen en het is niet toevallig, dat ook van klassieke zijde aarzeling en onzekerheid valt te bespeuren, wanneer het er op aankomt den rechtsgrond ervoor aan te geven.

Bij „pathologische” gevaarlijkheid in engeren zin valt die rechtsgrond in 't oog, maar hier maakt het beveiligingsrecht geen „offerlam” en niemand, die aan den zin der schuld vasthoudt, zal hier in verleiding komen in steê van den maatregel de *straf* te eischen of zich verzetten tegen een cumulatie van straf en maatregel.

Tegen een buiten zijn natuurlijke grenzen uitgezet beveiligingsrecht echter dient de rechtsgemeenschap beveiligd te worden!

* * *

De bewaring als bijkomende straf.

In het licht van het bovenstaande kan ook de van verschillende zijden,

onlangs weer door Prof. Mr. POMPE ³⁷⁾ in zijn praeadvies voor de Ned. Juristenvereniging, voorgestelde constructie van de bewaring van den chronischen misdadiger als „bijkomende straf” niet voldoen.

Immers deze constructie blijft dogmatisch staan op het veroordeelde standpunt, dat de beroepsmisdaad in het juridisch raam van het afgetrokken gelegenheidsvergriep wringt, het blijft bij de constructie van de beroepsmisdaad als *qualificatie* der gelegenheidsmisdaad. Aan den zin der straffende vergelding wordt ook langs dezen weg niet genoeg gedaan.

Etiketten-schwindel?

Is nu tenslotte onze geheele scherpe aanval op de samenkoppeling van straf en beveiligingsmaatregel ten aanzien van den beroepsmisdadiger een leeg woordenstrijd, bloot een kwestie van naamgeving, zonder practische beteekenis?

Toch niet! Want men vergete niet, dat de wetgever bij aanvaarding van het „compromis” er op uit zal moeten zijn, aan den beveiligingsmaatregel van bewaring ook in de uitvoering alle karakter van straf te ontnemen.

Men kan met verschillende specialiteiten op het gebied van het gevangeniswezen twisten over de vraag, in hoeverre zulks practisch uitvoerbaar zal zijn, men zal EXNER moeten toegeven, dat de principiële onmogelijkheid ervan niet staande gehouden kan worden, daar men dan hetzelfde zou moeten beweren ten aanzien van de onderscheiding tusschen preventieve hechtenis en vrijheidsstraf. De eisch der straffende vergelding geeft materiële beteekenis aan de vraag „beveiligingsmaatregel of straf?”

We behoeven er voorts slechts aan te herinneren, — vooral BIRKMEYER en BELING ³⁸⁾ hebben zulks uitvoerig in 't licht gesteld — dat de reactie met beveiligingsmaatregelen principiël aan geen enkele der eng omlijnde voorwaarden (onrechtmatige, aan schuld te wijten causale gedraging, vallende in een wettelijke delictomschrijving) gebonden is, om ons het belang der onderscheiding in haar volle draagwijdte voor oogen te stellen. Nu moge uit laatstbedoeld oogpunt bezien, de onderscheiding aan practische beteekenis verliezen wegens de samenkoppeling van den beveiligingsmaatregel aan de straf, ook bij aanvaarding dezer, althans ten aanzien der beroepsmisdaad, innerlijk tegenstrijdige samenkoppeling eischt het beveiligingsrecht geheel zelfstandige regeling ten aanzien van verschillende punten, waarvan we hier slechts *de verjaring* noemen ³⁹⁾. *Uit wetstechnisch oogpunt moet dan ook tegen het ontwerp-Donner als bezwaar worden aangevoerd, dat het zonder voldoende met het bijzonder karakter van het beveiligingsrecht rekening te houden, de regeling van zulke punten achterwege heeft gelaten.*

Tenslotte — en dit is wel in dit verband het voornaamste — zal bij aanvaarding van onzen gedachtengang het strafrechtelijk optreden tegen de beroepsmisdaad een geheel anderen vorm aannemen, dan in het geldend

strafrecht mogelijk is, en wel zulk een vorm, dat daardoor tevens de rechtsgemeenschap afdoende wordt beveiligd. Wij behoeven ter adstructie dezer stelling slechts naar ons geheele voorafgaand betoog te verwijzen.

De practijk van den bewaringsmaatregel in Engeland.

Principiële bezwaren tegen de voorgestelde beveiligingsmaatregelen ten aanzien van den beroepsmisdadiger, gelijk ik in 't voorafgaande ontwikkeld heb, zullen op utilistisch gezinde gemoederen slechts weinig indruk maken. Nog altijd is men van deze zijde geneigd, de beginselen aan de „graue Theorie” over te laten en met alle zelfbewustzijn, dat den man van de practijk zoo vaak siert, zich alleen af te vragen, of van den voorgestelden maatregel een nuttig effect kan worden verwacht. Alsof van een principiële valsche oplossing ooit een nuttig effect zou kunnen uitgaan, dat niet in ander opzicht door de meest schadelijke gevolgen voor het rechtsbewustzijn der bevolking zou worden opgewogen!

Voor al in reclasseeringskringen, die het strafrecht als een soort ambtelijke motor voor den reclasseeringsarbeid beschouwen, belooft men zich gouden bergen van de „Sicherungsverwahrung”.

Het kan tegenover zulke practici niet ondienstig zijn, de practijk van het „bewaringsstelsel” zelve te laten spreken. Het Britsche stelsel, neergelegd in de bekende Prevention of Crime Act 1908 diende Minister Donner tot voorbeeld. Hoe zijn de resultaten van dit stelsel tot nu toe geweest? Heeft deze wet inderdaad tot een bestrijding van de beroeps- of gewoontemisdadigheid bijgedragen?

ROBERT HEINDL heeft in zijn meermalen aangehaald standaardwerk over den beroepsmisdadiger ⁴⁰⁾, op grond van statistisch materiaal, zich uitstrekkende over de jaren 1908—1914 de conclusie getrokken, dat de toepassing der Prevention of Crime Act een daling van de zware criminaliteit met niet minder dan 20 % tengevolge zou hebben gehad!

Alleen maar... Heindl's conclusie berustte op een volstrekt foutieve waardeering van het door hem gebruikt statistisch materiaal. Bij zijn raadpleging van het „Report of the Commissioners of Prisons” (London 1913) ontleende hij zijn cijfers aan de totaalgetallen der tot tuchthuis- of gevangenisstraf veroordeelden.

Deze getallen zijn echter daarom volstrekt ongeschikt tot vergelijking, wijl door de Probation of Offenders Act 1907 en de Children Act 1908 andere methoden dan de vrijheidsstraf in het Britsche straffenstelsel zijn ingevoerd.

Terecht merkt Dr. v. HENTIG in zijn belangwekkende verhandeling: „Ueber den Einfluss der Sicherungsverwahrung auf die Englische Kriminalität” ⁴¹⁾ op: „Der Rückgang der Einlieferungen in die Strafanstalten bedeutet demnach keinen Rückgang der Kriminalität, sondern nur einen Wechsel der Behandlungsmethoden”.

Raadpleging van de Britsche crimineele statistiek tot en met het jaar

1925 bracht dezen schrijver tot een geheel andere conclusie over de werking der bedoelde wet.

Om het belang der zaak neem ik hier zijn berekening over. 57 % van alle misdadigers, die tot bewaring in „Camp Hill” na het ondergaan der tuchthuisstraf werden veroordeeld, waren inbrekers in den zin van het Engelsche strafrecht.

Welnu, op de 100.000 inwoners werden wegens inbraak gevonnist:

Over de jaren	1899—1909	—	6.90
„ „ „	1904—1908	—	9.49
„ „ „	1909—1913	—	10.70
„ „ „	1920—1924	—	11.20
„ het jaar	1925	—	11.10

Hierbij zijn om begrijpelijke redenen de abnormale oorlogsjaren, buiten beschouwing gebleven. De inbraken toonen dus een stijgende lijn, die slechts in de laatste jaren een lichte daling vertoont, welke daling echter weer wegvalt, als men let op het aantal aangebrachte, in steê van 't aantal gevonniste inbraken.

Behalve bij inbraak heeft de Britsche rechtspraak de Prevention of Crime Act in hoofdzaak bij diefstal, bedrog en heling toegepast en slechts hoogst zelden bij brandstichting, muntmisdriven of gewelddadigheidsdelicten.

Welnu, hoe staat het met de voorgegeven daling der zware criminaliteit ten aanzien van deze drie overige hoofdvormen van beroepsdelicten?

Dr. v. Hentig schrijft: Noch bij de bedrogscriminaliteit noch bij de heling valt na 1909 teruggang te bespeuren.

Integendeel.

Gevonnist werden op de 100.000 inwoners:

Over de jaren:	wegens bedrog:	wegens heling:
1899—1903	4.64	3.37
1904—1908	6.21	4.01
1909—1913	6.46	4.51
1920—1924	7.91	4.95
1925	6.45	4.62

Rest de diefstal. Inderdaad valt bij dezen delictsvorm een teruggang in 't aantal veroordeelingen te bespeuren. Doch — Dr. v. Hentig wijst er terecht op — men zij uiterst voorzichtig met 't trekken van conclusies uit deze cijfers. Immers om een reeks van sociologische oorzaken, die de statisticus nimmer uit het oog mag verliezen, is het jaar 1908 een bijzonder ongelukkig uitgangspunt voor kriminologische bewijsvoeringen.

De inleiding bij de Britsche krimineele statistiek voor het jaar 1908 telt eenige van deze oorzaken op.

De sedert den oorlog zich langzaam ontwikkelende crisis verhief zich

plotseling tot een hoogtepunt. De faillissementen namen toe. Groote werkstakingen beroerden het land. 10 $\frac{3}{4}$ miljoen werkloosheidsdagen werden geteld, een ongekend hoog getal. Procentsgewijze bedroeg het getal werkloozen in de vakverenigingen 7.8 (in de voorafgaande 10 jaren 2.8; 2.0; 2.5; 3.3; 4.0; 4.7; 6.0; 5.0; 3.6; 3.7;). 't Getal der wegens bedelarij en landlooperij veroordeelde personen steeg van 34187 tot 39994, een hoogtepunt, dat sedert 50 jaren niet was bereikt. Hierbij kwamen nog ongewone atmosferische verhoudingen (nog in April teisterden sneeuwstormen het land). De zomer was bijzonder nat en koud.

Bezie nu in 't licht van het bovenstaande de statistische cijfers van de bij de politie aangegeven diefstallen:

Over de jaren:	zware diefstal:	eenvoudige diefstal:
1899—1903	35.58	151.02
1904—1908	31.14	155.98
1909—1913	28.46	172.16
1920—1924	23.53	164.56
1925	22.92	172.09

Terecht merkt Dr. v. Hentig op: Von 11 pro Jahr zur Verwahrung eingelieferten Diebe bei einer Gesamtzahl von 75000 Diebstahlen (1925) ist kaum eine erhebliche Einwirkung auf den Rückgang der Kriminalität zu erwarten". Bovendien heeft de sociale wetgeving na den oorlogstijd vooral door de werkloosheidsverzekering ongetwijfeld preventief gewerkt.

Een gezamenlijk overzicht der bij de politie aangegeven misdrijven per 100.000 inwoners tenslotte levert het volgend beeld:

1899—1903	—	247.98
1904—1909	—	281.48
1909—1913	—	279.37
1920—1924	—	279.99
1925	—	293.10

In 't licht van deze zeer voorzichtig beoordeelde cijfers schrijft Dr. v. Hentig: „Wir kommen zu folgenden Ergebnis: Ein Einfluss der Sicherungsverwahrung auf die Kriminalität der Gewohnheitsverbrecher ist in England nicht sichtbar. Beim Einbruch, beim Betrug und bei der Hehlerei, ebenso bei der Gesamtzahl aller Verbrechen ist die Steigerung unzweideutig. Beim schweren Diebstahl ist ein erhebliches Nachlassen, beim einfachen Diebstahl eine leichte Senkung ersichtlich, die aber kaum als Wirkung der Verwahrungsgesetzgebung anzusehen ist".

De Engelsche rechtbanken gaan slechts ongaarne en relatief zeer zeldzaam tot het opleggen van den bedoelden beveiligingsmaatregel over, hetgeen kan blijken uit de volgende cijfers:

1909: 46; 1910: 178; 1911: 57; 1924: 38; 1925: 27

Momenteel bestaat de geheele crimineele bevolking van dit gesticht uit 151 mannen en vrouwen. Wat zeggen deze cijfers op het contingent van beroeps- en gewoontemisdadigers, dat het Britsche Eilandenrijk onveilig maakt!

HEINDL moge al gelijk hebben met zijn bewering, dat de sterkte van het corps der beroepsmisdadigers in geen verhouding staat tot de hoeveelheid der jaarlijks door hen gepleegde misdrijven, in elk geval is het getal der beroepsmisdadigers, dat in Camp Hill „bewaard” wordt slechts een gering percentage van het totaal.

De crimineele statistiek voor Engeland en Wales over 1925 (verschenen in 1927) schat toch het aantal „beroepsmisdadigers”, dat in vrijheid leeft, op 2400 mannen en 108 vrouwen en dit getal is, gezien de berekeningen van Mr. Trapman voor Nederland, zeker laag geschat. Merkwaardig is ook deze uitspraak van Dr. v. Hentig: „So glänzend die Idee von Camp Hill war, so ist sie doch an irgend einem Widerstand im englischen Nationalcharakter, an einem instinctiv richtigen inneren Vorbehalt praktisch versandet”. Of het juist is, wat de schrijver in een noot hieraan toevoegt, dat de Engelsche rechter innerlijk de dubbele „behandeling” van straf en beveiligingsmaatregel afwijst, kunnen wij niet beoordeelen. Doch dat ieder rechter, wiens rechtsgevoel zuiver reageert, intuïtief de tegenstrijdigheid dezer samenkoppeling behoort te gevoelen, staat bij mij onomstootelijk vast.

De practijk in Australië.

Tegenover de practijk van den bewaringsmaatregel in Engeland zou men ons kunnen wijzen op de resultaten van de Habitual Criminal Acts van Nieuw Zuid Wales (1905), Nieuw Zeeland (1906), Victoria (1906), Tasmania (1907) en Zuid Australië (1909).

Hier is in 't algemeen voor den bewaringsmaatregel de vorm van het onbepaalde vonnis gekozen.

Als een merkwaardigheid van de eerste dezer wetten, die van Nieuw Zuid Wales, vermelden wij, dat zij een formeele opsomming geeft van de delicten, bij wier meervoudige herhaling de bewaringsmaatregel kan worden toegepast.

Een overzicht van den inhoud der Australische wetten kan men vinden in het werk van ROBERT HEINDL.

Wat nu de resultaten van de toepassing dezer wetten betreft, bericht HEINDL „eine rapide Minderung der schweren Kriminalität, ja eine Entvölkerung der Gefängnisse” (t. a. p. S. 360). Ja de enorme resultaten van de wet van Nieuw Zuid Wales zouden de onmiddellijke aanleiding zijn geweest voor de uitvaardiging der latere wetten in andere deelen van Australië, daar deze zich bedreigd zagen door een invasie van de beroepsmisdadigers, die uit vrees voor den bewaringsmaatregel Nieuw Zuid Wales zouden hebben ontvlucht.

Gezien Heindl's overijlde conclusie op grond van foutieve waardeering

van het feitenmateriaal ten aanzien van de werking der Britsche wet, zijn wij geneigd, dit optimistisch getuigenis niet voetstoots te aanvaarden, ofschoon wij momenteel niet in staat zijn, Heindl's gegevens nader aan de werkelijkheid te toetsen.

In elk geval is het voor de voorstanders van het ontwerp-Donner wel zeer gevaarlijk, op deze gegevens een voorspelling ten aanzien van de invoering van den bewaringsmaatregel hier te lande te bouwen. Reeds de volstrekt andere toestanden maken hier een vergelijking onmogelijk.

Maar zelfs wanneer men in Australië door een drastische toepassing der desbetreffende wet, zulk een schrik onder de beroepsmisdadigers zou hebben weten te verspreiden, dat zij in grooten getale het land verlieten, om elders hun fortuin te zoeken, zoo zou daarmee de maatregel nog niet gerechtvaardigd zijn.

Zoolang zal worden erkend, dat het doel de middelen niet heiligt, zoolang de straffende vergelding haar stem zal blijven verheffen tegen een straffenstelsel, dat den beroepsmisdadiger geen „loon naar werk" toedeelt, zoolang de beveiligingsmaatregel als middel moet dienen om een tekort aan straffende vergelding te compenseeren, kan geen enkele redeneering den bewaringsmaatregel redden voor het vernietigend vonnis der gerechtigheid en daarmee evenmin voor het lijdelijk verzet van het rechterlijk geweten! Een straffenstelsel in den door ons voorgestelden zin, is naar onze vaste overtuiging eisch der gerechtigheid en houdt ongetwijfeld beter belofte in voor een wezenlijke toepassing in een land, waarin de vergeldingseisch immer zoo sterk in het volksgeweten sprak.

De noodwendige leemte in de dogmatische constructie van de gewoontemisdaad.

Met opzet beperkten wij tot nu toe ons dogmatisch onderzoek tot de beroeps- of bedrieffsmisdaad en lieten de gewoontemisdaad rusten, ofschoon in het wetsontwerp-Donner, gelijk in de meeste buitenlandsche ontwerpen op dit stuk, beide grondvormen der chronische criminaliteit op denzelfden voet worden behandeld.

Het valt intusschen licht in te zien, dat de z.g. gewoontemisdaad een geheel andere juridische structuur vertoont dan de beroepsmisdaad. Niet een economisch, maar een bijzonder psychisch en sociaal substraat levert hier het basement voor die structuur.

Juist die psychische en sociale substraatzijde der delictsvormen, die de moderne criminologie tot nu toe onder den niets-zeggenden verzamelnaam gewoontemisdaad samenvat, is nog niet behoorlijk wetenschappelijk onderzocht. Wanneer nu zelfs de criminologie met dit substraatsonderzoek nog zoo weinig gevorderd is, mag het op zijn zachtst gezegd, voorbarig worden genoemd, reeds in dit stadium te trachten de lege ferenda, de strafrechtelijke structuur van deze vormen van toestandsmisdaad definitief op te bouwen.

Dat de antisociale gezindheid, de ingewortelde crimineele neiging op

zichzelf geen basis voor die structuur en dus ook geen grond voor een bijzondere strafrechtelijke repressie kan zijn, springt in het oog voor ieder, die aan het strafrecht niet in naam, doch in wezen wil vasthouden. Het gaat hier, evenals bij de beroepsmisdaad, in wezen om het bijzonder karakter van de causaliteit, onrechtmatigheid en schuld dezer chronische delictsvormen.

Typeerend voor de verlegenheid waarin de gewoonte-misdaad de heerschende dogmatiek gebracht heeft is wel de definitie van Prof. M. E. MAYER: „*Diejenige (strafbare) Handlung ist gewohnheitsmässig begangen, die sich weniger aus der äusseren Veranlassung und überwiegend aus dem Charakter (der Individualität) des Täters erklärt*”.

Deze definitie, waaronder Mayer als speciaal geval (!) ook de beroepsmisdaad wil brengen, beteekent niets minder dan de abdicatie van de strafrechtsdogmatiek van haar taak: de ontleding van de dogmatische figuur der gewoontemisdaad.

Dat ook hier het abstracte schema van het gelegenheidsvergreep niet kan bevredigen, is evenzeer duidelijk.

Moet nu, bij gemis aan een behoorlijke dogmatische basis voor een betere strafrechtelijke regeling de wetgever ten aanzien van de z.g. gewoontemisdaad den toestand maar bij het oude laten? Wij zouden zulks niet gaarne beweren.

De practijk moet vaak — hoe ongewenscht men zulks op zichzelf ook moge vinden — de theorie vooruitjilen, waar een noodtoestand moet worden opgeheven. En de crimineele statistiek levert wel grond op voor de constateering van zulk een noodtoestand ten aanzien van het huidige strafrechtelijk optreden tegen gewoontemisdadigers. Van den strafwetgever mag niet meer worden geëischt, dan dat hij naar zijn beste weten, op den grondslag van het beginsel, den vergeldingseisch toepasse. Voorschijns zie ik geen anderen weg, dan de gewoontemisdaad naar analogie van de beroepsmisdaad te behandelen.

Alleen zal hier het horizontaal onrechtmatigheids- en schuldtype minder breede toepassing kunnen vinden dan bij het beroepsmisdrijf, wijl het delictstype hiertoe weinig objectief houvast biedt en ook — althans in vele gevallen — zich meer in eenzelfde vorm zal openbaren (vgl. winkeldiefstal uit gewoonte, niet uit winstbejag, gepleegd, het voortdurend plegen van ontucht met minderjarigen van 't zelfde geslacht uit een ingewortelde gewoonte of neiging etc.). Ook zal de zgn. „verminderde toerekeningsvatbaarheid” hier in de schuldleer een veel grooter rol spelen.

Het grootste bezwaar uit dogmatisch oogpunt levert hier het oogen-schijnlijk ontbreken van een objectieven grondslag voor een bijzonder onrechtmatigheidstype. Het crimineel beroep of bedrijf is voor een juridische causaliteitstheorie, die zich van het naturalistisch vooroordeel heeft losgemaakt, licht als grondslag voor een chronisch en horizontaal gericht onrechtmatig oorzakelijk ingrijpen in de vergeldingsgemeenschap te vatten. Doch de ingewortelde neiging is op zichzelf niet voor de constructie van een bijzonder onrechtmatigheidstype te gebruiken. De radicale

moderne richting kan alleen daarom dit bezwaar niet gevoelen, wijl ze re vera den juridischen wil onder naturalistisch mechanistisch gezichtspunt meent te kunnen vatten. Doet men zulks, dan zou men kunnen meenen in de causaliteitstheorie den gezochten objectieven grondslag gevonden te hebben.

Wie echter vasthoudt aan de waarheid, dat een mechanische determineering van den wil een tegenspraak in zich zelve inhoudt, kan met de tegen-maatschappelijke gezindheid als zoodanig strafrechtelijk niets aanvangen. Voorshands zal de eenige uitweg zijn, hoe onbevredigend zulks ook moge zijn, het een „gewoonte maken van vergrijpen” als zoodanig te gebruiken voor een nieuw onrechtmatigheids- en veroorzakingstype, dat ook bij dezen vorm van misdaad ongetwijfeld aanwezig is, doch alleen in wetenschappelijk nog niet op te klaren gestalte.

Zulks zal evenwel niet mogelijk zijn, zonder rekening te houden met het bijzonder karakter der gewoontemisdaad tegenover de beroepsmisdaad, een punt, dat ik binnen het bestek dezer verhandeling niet verder kan uitwerken.

De gewoontemisdaad in haar engeren zin genomen, kan een minder ernstig vergrijp tegen de rechtsorde zijn dan de beroepsmisdaad in onzen zin, terwijl in elk geval haar belangrijkheid als crimineel verschijnsel veel geringer is dan die der beroepsmisdaad. Ook de strafpositie zal hiermede rekening moeten houden.

De leemten, welke helaas de dogmatiek op dit punt moet laten, moge een aansporing zijn voor de criminologische wetenschap, om over de substraatsvoorwaarden van dezen ernstigen vorm van toestandsmisdaad nader licht te verspreiden.

NASCHRIFT.

Inzake het recht der Calvinistische wetenschapsbeschouwing, en het misverstand eener „neutraal-wetenschappelijke” kritiek.

Gezien de misvatting en weinig zakelijke critiek (wel in scherp contrast met de besprekingen van mijn arbeid in het buitenland!), die van de zijde van sommige mijner bestrijders, die principiëel mijn uitgangspunt niet kunnen deelen, aan mijn methode en grondbeginselen is ten deel gevallen, zie ik mij genooddaakt, hier een kort verweer daartegen saam te stellen. Het zou toch remmend zijn voor den invloed van mijn verderen wetenschappelijken arbeid hier te lande, wanneer de bedoelde misverstanden zich verder verbreidden en ook de critiek heeft er recht op, dat ik mijnerzijds alles in het werk stel, om *zakelijke* helderheid te scheppen.

Men zie hier niet in een zondigen tegen de regelen der wetenschappelijke bescheidenheid. Het gaat mij in mijn werk niet om mijzelve, maar om het doen doordringen van den invloed der beginselen, die ook in

de wetenschap de eere Gods beoogen en voor de bereiking van dit doel wil ik al mijn krachten geven.

Allereerst stuitte ik daarbij op de heerschappij van de opvatting, dat de wetenschap neutraal terrein is.

Deze opvatting berust naar mijn zienswijze op een grondig misverstand, maar dit misverstand leidt er licht toe, ook de scherpe aanvallen, die ik op de humanistische wetenschap en wijsbegeerte richt, in een verkeerd licht te zien. Mijn „polemische betoogtrant” wordt in strijd geacht met de eischen van het zakelijk wetenschappelijk onderzoek. Ik mag tegen dit verwijt wel in de eerste plaats opmerken, dat deze polemische betoogtrant waarlijk geen unicum in de wetenschappelijke wereld is. Wie b.v., om slechts enkele te noemen, op het gebied der rechtsliteratuur de werken van BINDING, KELSEN, GUMPLOWICZ of POLAK ⁴²⁾ ten onzent bestudeert, zal getroffen worden door de heftigheid in strijdwijze, die de mijne verre overtreft.

Dit bewijst op zichzelf natuurlijk niets voor het goed recht van dien betoogtrant. Dit recht ontleen ik alleen en uitsluitend aan de noodzakelijkheid, om achter de schijnbaar neutrale wetenschappelijke instelling, de beginselen te doen zien, die ik funest acht.

Het is het parool van de neutraliteit der wetenschap, dat ik mij voorgenomen heb met alle mij ten dienste staande middelen te ontmaskeren als een grondig valsche leuze, als een door een vooropgezette levens- en wereldbeschouwing zwaar belaste uiting van het humanistisch wetenschapsideaal.

Het is die valsche leuze, gegrond in de groote humanistische geestesbeweging der 16e en 17e eeuw, die door Kant met zijn criticisme tot een soort vanzelfsprekende waarheid is verheven en die door zijn epigonen op alle terrein van het wetenschappelijk denken geloovig wordt na gesproken. Het is die leuze, die het wetenschappelijk denken aan de banden heeft gelegd van de humanistische denkwijze en met een ware tyrannie tegen ieder wordt aangevoerd, die weder openlijk voor het innig verband tusschen zijn wetenschappelijke instelling en zijn levens- en wereldbeschouwing wenscht uit te komen.

Vraag van hem, die haar in 't diepst van zijn wezen als een innerlijke onwaarachtigheid gevoelt, die aan haar de heerschende verwarring met name op 't gebied der geesteswetenschappen wijt, niet dat hij zelve voor het neutraliteitsaxioma zal buigen!

Dat ware de aanmatiging te ver gedreven!

Onze wetenschapsbeschouwing kan niet meer worden teruggewezen met de apodictische uitspraak, dat zij in „gelooven” is gegrond en dus de grenzen der menschelijke rede overschrijdt. Zij zal haar recht bewijzen in de resultaten van het wetenschappelijk denken, dat door haar zich liet bevruchten.

Maar zij zal dat niet kunnen, wanneer ze niet overal laat zien, hoe achter schijnbaar neutraal wetenschappelijke theoriën en opvattingen beginselen werken, die in een wetsidee zijn gegrond.

De term „humanisme” is geen schimpwoord, gelijk sommigen mijner critici schijnen te meenen. Ze is niets dan de typeering van de diepste geestelijke tendenzen, die het modern wetenschappelijk denken overheerschen. Zoolang het parool van de neutraliteit der wetenschap als een axioma wordt aanvaard, zal niemand zijner aanhangers zich gekrenkt kunnen gevoelen, dat ik den oorsprong dezer wetenschapsbeschouwing noem met den naam, die haar wezen uitdrukt.

Niemand kan mij hoogere eere bewijzen, dan dat men mijn wetenschapsbeschouwing tot haar wortel terugvoert en haar noemt met den naam, die zij verdient.

Wanneer echter achter de klaarblijkelijke geraaktheid over 't gebruik van den naam „humanistisch” zich de gedachte mocht verbergen, dat er maar één wetenschapsbeschouwing recht van bestaan heeft, nl. die welke, met aanvaarding van de zelfgenoegzaamheid der menschelijke rede, aan het neutraliteitsaxioma vasthoudt, dan zal ik tot mijn leedwezen mijn tegenstander, die zoo oordeelt, nog herhaaldelijk moeten krenken, ja zoo diep en fel krenken, dat ik vreeze, voor zoover van hem afhangt, ternauwernood langer als wetenschappelijk man te zullen worden aangezien! Een troost blijft dan intusschen de gedachte, dat wetenschappelijke verdienste niet van menschenoordeel afhankelijk is.

Mijn wijsgeerige methode eischt verder, dat ik de wetenschappelijke strijdvrage, die de grondslagen eener wetenschap raken, in 't licht mijner organische wetsidee bezie. Zulks is echter niet mogelijk, wanneer ik de bedoelde vragen geïsoleerd zou behandelen. Het vraagstuk der rechtelijke veroorzaking b.v. kan ik op mijn standpunt, niet behandelen in 't licht van de afgetrokken tegenstelling tusschen de gebieden van het zijn en het behooren, een tegenstelling, die ik veeleer, in haar gebruikelijken vorm, op niet onduidelijke wijze heb teruggewezen.

De isoleering van een wetenschappelijke grondvraag is trouwens van geen enkel wijsgeerig standpunt houdbaar. Men leze maar eens BINDER's standaardwerk over de rechtsphilosophie door, om daarvan nog ten overvloede overtuigd te worden.

In het licht mijner wetsidee, krijgt de eisch, om ieder wetenschappelijk grondvraagstuk in organisch verband met de andere wetenschappen te behandelen, echter een geheel *praegnanten* zin.

Geen enkele zakelijk gehouden critiek is dus gerechtigd, weder los van mijn uitgangspunt deze methode te gaan bestrijden. En ik meen ook, dat de stand van het rechtswetenschappelijk denken der laatste decennien, het goed recht van mijn *organische* beschouwingswijze onomstootelijk heeft aangetoond.

Het is toch bekend, hoe van alle zijden, vooral in staatsrecht, volkenrecht en strafrecht, de vraag naar het verband tusschen het recht en de overige levensverschijnselen zich onweerstaanbaar naar voren dringt. De diepere wetenschappelijke strijd dezer dagen beweegt zich juist bij voorkeur om de *grensvragen*.

De enge begrenzing tot de *vakwetenschap*, blijkt met name op het gebied der rechtswetenschap meer en meer onhoudbaar en dit is ongetwijfeld een der voornaamste redenen, waarom, na een periode van positivistische „hoogconjunctuur” de wijsbegeerte des rechts meer en meer in eere begint te komen. Die wijsbegeerte des rechts heeft, in 't licht *mijner* wetsidee, zich niet te beperken tot de *formeele* methodenvraag, doch door te dringen tot de zakelijke stof der vakwetenschap zelve, die daardoor aanstonds een diepte en universeele belangrijkheid verkrijgt, welke bij een zuiver *vakkundige* beschouwing daarin niet ontdekt kan worden.

Ook voor deze meer materieele opvatting van de taak der rechtsphilosophie zijn waarlijk in den laatsten tijd genoeg aanknoopingspunten ook in het humanistisch denken te vinden, zoodat men mij ook op dit punt moeilijk een verwijt kan maken.

Formeel blijft dan het verwijt, dat men tegen mijn „onhollandsche en zwaarwichtige” terminologie richt.

Ik wil deze critiek gaarne aanvaarden en trachten er mijn voordeel mede te doen. Inderdaad bevredigt het ook mij niet, dat ik telkens naar een vreemde taal moet grijpen, om voor mijn gedachten een scherp vorm te vinden. Ter verontschuldiging diene alleen, dat ik menigen zuiver Hollandschen term niet gebruiken kan, daar zij langzamerhand een dubbelzinnige beteekenis heeft verkregen, die voor een exacte uitdrukkingswijze noodlottig kan worden.

Intusschen zal ik ongetwijfeld er naar streven, mij hoe langer hoe meer van het vreemde juk te ontslaan, want de Nederlandsche taal is rijk genoeg, om haar niet onnoodig met Duijsche termen te belasten.

Van de meer formeele punten stap ik hiermede af, om mij thans te verweren tegen eenige misvattingen, die langzamerhand rondom mijn opvatting van het beginsel der souvereiniteit in eigen kring zijn ontstaan.

Ofschoon ik den zin van dit beginsel nu reeds zoo vaak en in zoo verschillend verband heb trachten uiteen te zetten, treft mij telkens weer de misvatting daarvan bij hen, die mij principiëel bestrijden, voorzoover men niet in „negeering” zijn kracht zoekt! Zoo heeft onlangs weder Prof. LEO POLAK gemeend de geheel eigen methodische beteekenis van het beginsel der souvereiniteit in eigen kring te kunnen afwijzen met de simpele, inderdaad *al* te simpele opmerking, dat het zuiver houden der onderscheiden kategoriale gebieden een eisch is van iedere wetenschappelijke instelling en van elke wijsbegeerte, zoodat hierin geen bijzonder voorrecht der Calvinistische denkrichting kan worden gezien! „Het verhaspelen van ethiek, recht, godsdienst enz. (sic!) is van elk standpunt onjuist”⁴³⁾, aldus deze hoogleeraar.

Hoezeer mij dergelijke hardnekkige misverstanden ook leed doen, ik kan ze psychologisch zeer goed verstaan, daar er een tijd was, waarin ik zelf meende, zonder de hulp der wetsidee, de onderscheiden wetenschappelijke gebieden behoorlijk uit elkander te kunnen houden. De logische analyse (natuurlijk van het onopgeklaard bezit onzer geest)

alleen zou daartoe voldoende moeten zijn. Welnu, dit was juist het postulaat van de humanistische wijsbegeerte, waarin zijn rationalistisch karakter zich zoo sterk openbaarde. Dat dit rationalisme niets uitstaande heeft met de vraag, of men in *Wolfiaansche* lijn meent uit *analytische* oordeelen kennis te kunnen verwerven, dan wel in KANT's kritische lijn, dat alle kennis berust op synthetische oordeelen a priori, moest nu toch eigenlijk niet nog eens uitdrukkelijk gezegd behoeven te worden. Het maakt toch inderdaad een ietwat zonderlingen indruk, wanneer Prof. Polak mijn verwijt, dat hij rationalistisch is ingesteld, in allen ernst meent te kunnen ontzenuwen met de „Binsenwahrheit", dat men met analytische logica alleen geen kennis kan verwerven!

Is er soms sinds Kant nog één serieuze kennistheorie, die zulks beweert? En is nu sinds Kant het rationalisme verdwenen? Of kent de humanistische wetsidee dan alleen logicistische typen? Sinds Descartes is het humanistisch rationalisme in al zijn schakeeringen getypeerd door dien grondvorm van wetsidee, welke de zelfgenoegzaamheid der menselijke *rede* proclameert voor het geheele gebied der wetenschap en in dit postulaat zijn het humanistisch persoonlijkheidsideaal en het wetenschapsideaal beide bij de verschillende *typen* dier wetsidee slechts op verschillende wijzen vervlochten.

Dat ook Prof. Polak deze wetsidee ten grondslag legt aan zijn geheele wijsgeerige en wetenschappelijke instelling, blijkt zonneklaar uit alles, wat hij tot nu toe produceerde. De geheele empirische analytische, of exact natuurwetenschappelijke methode, waarvan de heer Polak zich op Heymans' voetspoor ook ter opsporing van de „algemeen-geldige" waardeeringsmaatstaven voor recht en zedelijkheid tracht te bedienen, staat en valt met de „metaphysische belijdenis" (ik gebruik met opzet deze term), die ik vind op pag. 51 van zijn proefschrift⁴⁴). „Wat wij dus zoeken, is die oordeelsmaatstaf, die het oordelen pas mogelijk maakt, die in alle oordeel verondersteld is... en die dus niet uit dat ordelen zelf, uit „ervaring" kan zijn voortgekomen, maar „oorspronkelijk" („apriories") moet zijn, d. w. z. eigen aan de oordelende, ervarende geest, behoren moet tot die geesteswettelijkheid, die alle oordelen of waarderen en dus ook alle oordeelservaring pas mogelijk maakt. Slechts aan die waarderingservaring, „occasione experientiae", maken wij ons die maatstaf bewust. *De ervaring is dus slechts zijn kenbron, niet zijn oorsprong* — deze kan geen andere zijn, dan wat KANT noemt, de „Beschaffenheit" of „natura", de wezensgesteldheid van de oordelende geest, van het keurend vermogen of de „rede". En daar tot deze diep onder het oppervlak van ons bewustzijn gelegen geesteswettelijkheid ook de wil niet vermag door te dringen, kan er geen sprake zijn van een maatstaf, die de geest behoort aan te leggen, of die hij ter bereiking van enig doel hanteren „moet", maar enkel van de maatstaf, die hij, tegen wil en dank, zij het ook niet zijns ondanks, maar dank zij zich zelf, „per se" aanlegt".

In het licht van dit metaphysisch uitgangspunt noemde ik het gebruik

van de term, exact-logisch bewijs, of van aequivalenten daarvan (het gaat me natuurlijk niet om een woord, maar om den *zin*) van „symptomatische beteekenis. Want wat is de consequentie van deze premisse? Dat bij de aanvaarding van de souvereiniteit der menschelijke rede Prof. Polak's opvatting van den zin der vergelding van de al- of niet houdbaarheid der doodstraf, van de wetten der moraal etc. aanspraak maken op dwingende algemeen-geldigheid, op exact-logische bewijsbaarheid!

Dat m. a. w. zij, die met mij Prof. Polak's humanistische wetsidee verwerpen en een geheel ander inzicht hebben in *oorsprong* en *samenhang* der onderscheiden wetskringen, zullen moeten abdiceeren van de aanspraak in het wetenschappelijk denken nog verder mede te tellen. Gelijk Prof. Polak het zelf op eenigszins verzachte wijze uitdrukt: „Het standpunt van Prof. Dooyeweerd heeft geen wetenschappelijke fundeering in den zin van algemeene geldigheid, in den zin van objectiviteit”⁴⁵).

Heb ik dan iets te veel gezegd, heb *ik* mij aan invectieven schuldig gemaakt, wanneer ik sprak van de „tyrannie van het humanistisch wetenschapsideaal”?

Is Prof. Polak tot de *allesbepalende* beteekenis der wetsidee nog niet doorgedrongen en heeft hij dus nog niet het inzicht bereikt, dat een ander humanistisch denker Prof. SAUER elk zijner wijsgeerige geschriften benut, n.l. dat de wetenschappelijke instelling geheel afhankelijk is van de opvatting, die men heeft over verband en oorsprong der onderscheiden wetsgebieden?

Dat men deze wetsidee niet zelf weer aan de organisatie van de „sovereine menschelijke rede” kan ontleenen, zal toch voor ieder duidelijk zijn, die heeft ingezien, dat het hier niet een vraag van exact logisch bewijs, van wetenschappelijk vast te stellen waarheid betreft, doch veeleer een vraag, die den *zin* van den wereldsamenhang raakt, m. a. w. een vraag van levens- en wereldbeschouwing, die een dieper oorsprong heeft dan de organisatie onzer rede. Daarom versta ik onder objectiviteit en „algemeen-geldigheid” eener wetenschappelijke instelling ook geheel iets anders dan de heer Polak. De aanspraak op die objectiviteit en algemeen geldigheid zijner wetenschappelijke instelling heeft ieder verbeurd, die met dezen hoogleeraar zijn uitgangspunt niet in de souvereiniteit Gods, doch in die van de menschelijke rede legt.

Want wie dit laatste doet *komt noodwendig tot verabsoluteering van wetskringen*. Immers de „menschelijke geest” of rede is een zeer samengesteld, onder verschillende wetskringen ressorteerend wezen. Welke instantie zal dan richten over het verband tusschen deze kringen en hun oorsprong? Houdt men aan het uitgangspunt der rede-souvereiniteit vast, dan kan de keuze slechts vallen op één der functies van de rede, de logische, de ethische, de aesthetische etc. Daarmede is dan de verabsoluteering van een wetskring een voldongen feit geworden; de ééne subjectsfunctie kan niet rechten over de andere, even noodwendige. De eene wetskring kan de competentie der andere niet bepalen. Welke instantie zal dan richten over het verband en de grenzen der kringen?

Op deze vraag kan alleen de wetsidee antwoord geven, want hier moet een *transcendent* standpunt worden ingenomen, een Archimedisches punt boven alle bijzondere wetskringen van psyche, logos, ethos, recht, schoonheid, historie enz.; het *transcendentale* komt niet boven de grenzen der bijzondere wetskringen uit. Welnu, slechts in zijn diepste kern transcendeert de menselijke geest boven den tijdelijken wetssamenhang, slechts de religieuze kern der persoonlijkheid is het eeuwige in den mensch, niet zijn zedelijke, logische, psychische of aesthetische subjectsfuncties, die veeleer geheel in den tijdelijken wetssamenhang zijn ingeschakeld.

De menselijke rede in den zin der humanistische immanentie-idee genomen, is niets dan een kosmische eenheid van logische en na-logische subjectsfuncties. Hier is het gezochte Archimedisches punt niet te vinden.

Alle metaphysica, die op het postulaat van de souvereiniteit der rede is gebouwd, moet — voorzoover ze niet afstand doet van den eisch, den dieperen samenhang der wetskringen aan te geven — gelijk gezegd, zich verliezen in hypostasering en verabsoluteering van bijzondere wetskringen, zooals de geschiedenis der wijsbegeerte ons doorlopend leert, gelijk ze ons zulks ook weer luce clarius doet zien in het „psychomonisme” van Polak’s leermeester, Prof. Heymans. *Het metaphysisch continuïteitspostulaat*, en dit is de ware tegenvoeter van het leerstuk der souvereiniteit in eigen kring, kan zich op verschillende wijzen openbaren, doch het verloochent in geen enkele nuanceering zijn samenhang met de grondstructuur der humanistische wetsidee. Nu tracht wel het positivisme den band tusschen wetenschap en metaphysica door te snijden, doch dit oppervlakkig standpunt kan niet dat van Prof. Polak zijn. HEYMANS wijdt in zijn *Einführung in die Metaphysik* het geheele slot-hoofdstuk aan de consequenties, die het psychomonisme medebrengt voor kennistheorie, ethica en theologie en die consequenties, zijn nog al van ingrijpenden aard! Mijn inzicht in oorsprong en verband der wetskringen is van meetaf beslissend voor den *zin*, die ik in de wetenschappelijk opgegeven data leg. Meen ik b.v., dat alle realiteit in wezen van psychischen aard is (verabsoluteering van de psychische realiteitsfunctie!) dan zal ook mijn kijk op de rechtswereld daarvan noodwendig den invloed ondergaan.

Want de zin des rechts, de zin der vergelding, bestaat niet geïsoleerd, doch in organischen samenhang der wetskringen en alle realiteit is in onderscheiden subjectsfunctie aan de wetten der verschillende kringen in hun kosmisch-organischen samenhang onderworpen.

Het geheele inzicht in de structuur en den zin der rechtsverschijnselen is afhankelijk van de vraag, of ik een souvereine, niet tot psyche te herleiden juridische *realiteitsfunctie* — niet slechts een juridische *norm-gelding* — erken. Daarmede hangt samen, om slechts enkele grepen te doen, mijn kijk op het staatsbegrip, op het begrip van den juridischen wil, van de juridische causaliteit, van schuld, onrechtmatigheid en straf etc.

Ik bracht hiermede b.v. ook in verband Prof. Polak's *verpsychologiseering* der strafrechtelijke leedfunctie.

Het door hem op het voetspoor van zijn leermeester HEYMANS in psychologистischen zin gevat continuïteitsbeginsel *moet noodwendig* — dit is nu inderdaad exact-logisch bewijsbaar! — tot antinomieën voeren. Ik bewees de innerlijke tegenstrijdigheid van Prof. Polak's strafbeschouwing aan de consequenties van zijn verpsychologiseerde leedopvatting, welke strafrecht-ontbindend werken en met den zin der vergelding in contradictoire tegenstelling staan.

Prof. Polak kan de ontwikkeling der hier door mij in zijn stelsel ontleepte antinomie zich helder voor oogen stellen, wanneer hij wil kennismaken van de opvatting van den bekenden strafrechtsleeraar STOOSZ over het wezen der straf.

STOOSZ is in zekeren zin nog als aanhanger der klassieke richting aan te merken, al is zijn opvatting van de vergelding, gelijk die van zoo menig ander neo-klassicus dermate verwaterd, dat de overgang naar het moderne kamp wel zeer gemakkelijk is gemaakt. Ik denk er ook niet aan, de verschillen, die tusschen den heer Polak en Prof. STOOSZ inzake den zin der vergelding te constateeren zijn, hier te verdoezelen. Maar ook Prof. Polak moet bij zijn verpsychologiseerde opvatting van het strafleed wel volkomen beamen de stelling van STOOSZ, dat het wezen der straf naar haar reële zijde bestaat in haar *psychische* inwerking op den schuldige, die haar als vergeldende en gerechte reactie ondervindt; de geschiktheid, om de psychische werking der straf te gevoelen, wordt zoo noodwendige voorwaarde voor de strafbaarheid.

En welke conclusie trekt STOOSZ uit deze vooropgezette beschouwing? Daar zoowel de jeugdige personen als de zware recidivisten (de zgn. onverbeterlijken) voor bedoelde inwerking *niet* ontvankelijk zijn, kunnen de bedoelde categorieën niet gestraft worden, doch past tegenover hen slechts een stelsel van beveiligingsmaatregelen! En dat terwijl hij hun schuldvatbaarheid erkent!

Nu mag ten aanzien van de jeugdige personen deze conclusie niet stringent zijn, op de zgn. „onverbeterlijken” past zij volkomen.

Reeds v. LISZT stak eenigszins den draak met deze beschouwing, toen hij de opmerking maakte, dat naar dit redebeleid de Zwitsersche rechter fanatieke anarchisten, de helden der propaganda van de daad, zou moeten laten loopen! Ze zouden niet kunnen worden gestraft wegens hun psychische onontvankelijkheid voor het strafleed en ze zouden niet bij wijze van beveiligingsmaatregel kunnen worden „opgeborgen”, wanneer ze niet tienmaal of veelvoudig recidivist zijn! Natuurlijk kunnen, gelijk GRETENER opmerkt⁴⁷), ook niet-recidivisten psychisch ongevoelig zijn voor straffen en zoo zal de categorie der wegens gemis aan psychische onontvankelijkheid niet-strafbaren zich wellicht nog op ongedachte schaal kunnen uitbreiden!

Ik vraag Prof. Polak, hoe hij zich uit deze antinomie denkt te redden,

die hierin bestaat, dat de uit vergeldingsoogpunt bezien zwaarste misdrijven *ondanks toerekeningsvatbaarheid van den dader* ongestraft zouden moeten blijven bij aanwezigheid van psychische ongevoeligheid bij den delinquent? In zijn repliek op mijn aanval in de Vereeniging voor Wijsbegeerte des rechts, verklaarde hij immers, dat ik hem geen enkele tegenstrijdigheid in zijn betoog had aangetoond?

Ik herhaal nu nogmaals en verwacht thans met spanning Prof. Polak's antwoord, dat zijn opvatting: „verdiend is louter en alleen het psychiese leed, de smart der objektivering” noodwendig in de antinomie voert, dus zich zelve bij doorredeneering ontbindt, dat deze opvatting bij Prof. Polak ten innigste verband houdt met zijn psychologistische opvatting van alle werkelijkheid, en dat het beginsel der souvereiniteit in eigen kring, welks zin en methodische beteekenis den heer Polak blijkbaar niet duidelijk is geworden, deze antinomie overwint, want naar deze opvatting is het psychisch leedgevoel wel een normaal substraat van alle strafleed, doch is het *leed* zelve, dat toch bezwaarlijk identiek kan zijn met het *gevoelen* van dit leed, een geestelijke realiteitsfunctie met normatieven zin, die dien zin ook behoudt tegenover individuen, die in hun verharding de straf niet als leed gevoelen. In het Oude Testament zendt God het volk van Israel herhaaldelijk straffen, die het echter in zijn verharding niet als zoodanig *gevoelt*, die het zelfs niet als onlust gevoelt. Ja de verharding wordt zelve vaak als straf Gods voorgesteld. Nu mag de straf in dezen zin een ander karakter dragen, dan de straf, die de staat oplegt, ook hier gaat de onderscheiding tusschen „leed” en „leedgevoel” volkomen op. Hoe wil de heer Polak deze straf als psychisch leedgevoel duiden? Onder het vlakke psychologiseerend gezichtspunt schrompelen de geweldigste strafoordeelen ineen tot niets!

Straf kan niet zijn een *smartgevoel*. Een smartgevoel heeft als zoodanig met „verdiend zijn” niets uit te staan, evenmin als een vroolijke stemming. „Verdiend” kan slechts een normatieve realiteit zijn.

Een tweetal uitwegen, die de heer Polak mogelijkerwijze zou willen kiezen om uit het door mij gestelde dilemma te ontkomen, moet ik van te voren afsluiten.

1^o dat de aard van de straf als *psychisch* leed nog niet zou onderstellen psychische ontvankelijkheid voor dat leed.

Deze schijnbare uitweg zou klaarblijkelijk in een nieuwe antinomie voeren. Immers een psychisch leed kan zonder psychische ontvankelijkheid daarvoor niet bestaan. In *psychischen* zin kan een leed alleen zijn een *smartgevoel* voor dezen concreten dader.

2^o dat, waar de psychische ontvankelijkheid voor andere straffen ontbreekt, desnoods lijfstraffen zouden mogen worden toegepast.

Immers ook het wezen der lijfstraf kan de heer Polak weder in niets anders zien, dan in een psychische leedwerking. Maar hoe, als de verstokte en psychisch ongevoelige beroeps- en gewoontemisdadiger ook van de lijfstraf geen psychisch leed ondervindt? Het is toch immers

reeds herhaaldelijk geconstateerd, dat de zware misdadigers niets om lijfstraffen geven, dat zelfs hun ontvankelijkheid voor fysiek pijngevoel danig is verminderd. En tenslotte welke lichamelijke tuchtiging kan uit Prof. Polaks vergeldingsoogpunt bezien, naar haar ideëlen zin een trans-egoïstische belangenharmoniseering" zijn tegenover het mateloos onrecht, dat de beroepsdader in de rechtswereld gepleegd heeft? Zou hij daartoe weer terug willen gaan tot de door hem op zoo onhistorische wijze met vloek en smaad beladen verminkende straffen? Ik zeg op onhistorische wijze, want de heer Polak schijnt bij zijn overdadig heftige critiek op deze straffen geheel te vergeten, dat het *gerechte* van een strafmiddel in concreto nimmer is vast te stellen buiten verband met het historisch cultuurpeil. Ook hier in zijn critiek, openbaart Prof. Polak weer zijn abstraheerend en rationalistisch standpunt, zijn humanistisch credo van de souvereiniteit der rede. En hoe, wanneer de misdadiger nog alleen voor de doodstraf „psychisch ontvankelijk" ware? Zou de heer Polak tegenover dit nijpende dilemma Stooz' eerlijke conclusie aandurven? Dan wete hij wel, dat deze conclusie zoo vérstrekkend is, dat zij ten opzichte van het geheele strafrecht in den ook door Prof. Polak aanvaardden zin, den bijl aan den wortel legt. En dat de dialectische spanning tusschen klassieke en moderne richting hem reeds midden in het kamp der modernen zou hebben gevoerd, wier strafrechtsbeschouwing lijnrecht met de zijne in strijd is.

De straffeloosheid zou een premie worden op psychische ongevoeligheid! Nog één stap en de psychisch ongevoeligen worden ontoerekeningsvatbaar verklaard.

Gelijk gezegd, ontstaan antinomieën, gelijk hier bedoeld, noodwendig uit de doorvoering van het humanistisch continuïteitsbeginsel, dat op zijn beurt geworteld is in de proclameering der rede-souvereiniteit. Het genoemde beginsel openbaart zich bij Prof. Polak in psychologistischen zin en is in dezen zin slechts te handhaven bij verabsoluteering van den psychischen wetskring.

Ter typeering van dit psychologistisch gevat continuïteitsbeginsel, moge ik hier deze passage laten volgen uit het slothoofdstuk van HEYMANS' *Einführung in die Metaphysik* ⁴⁸⁾: „in der zeitlichen Welt herrschen bloss die psychischen Gesetze, und was wir physische Gesetze nennen sind nichts weiter als spezielle, durch die Hinzunahme bestimmter Bedingungen gekennzeichnete, und nur infolge unserer individuellen Beschränkung eine besondere Wichtigkeit beanspruchende Anwendungen derselben." En dan verder (!): „Wenn es sich aber so verhalten sollte, so wäre damit jedenfalls der Weg angebahnt, auf welchen sich ein Verständnis der Möglichkeit apriorischer Erkenntnis erreichen liesze. Als den tiefsten überhaupt zu erkennenden oder zu vermutenden Grund des Seienden hätten wir uns dann ein einheitliches zeitloses Wesen zu denken, welches kraft seiner eigenen Natur sich in einen zeitlich-kausalen Zusammenhang von psychischen (sic) Vorgängen auseinanderlegt; und in diesem psychischen

Zusammenhang wären wir mitsamt unserem Denken (sic!) eingeschlossen. Dieses Denken wäre demnach in letzter Instanz nur ein Ausschnitt aus dem Denken des Weltwesens selbst; und die Gegenstände, auf welke es sich bezieht, wären sämtlich nur wieder Bewusstseinsinhalte, welke diesem Weltwesen angehören".

Het aldus verpsychologiseerde intellect wordt dan verder geheel in de lijn der rationalistisch-humanistische kennistheorie als *schepper*, als intellectus arche-typi van de logische, arithmetische en geometrische Gegenstände geproclameerd, terwijl de hypothese wordt opgesteld, dat alle overige apriorische kennis zich aldus laat rechtvaardigen⁴⁹).

Maar veel verder nog reikt de verabsoluteering der psyche. Ook de ethische beginselen zijn ons slechts in de desbetreffende „psychische” functies gegeven en kunnen uit deze functies als de algemeene wetten derzelve later worden geabstraheerd en tot meer of minder klaar bewustzijn worden gebracht.

Zie hier dus de metaphysische grondslag van de geheele natuurwetenschappelijke of empirisch-analytische methode op het gebied der norm-wetenschappen.

Alle normen worden — onverschillig den wetskring, waartoe ze behooren — verpsychologiseerd.

„Allerdings”, aldus weder HEYMANS⁵⁰), „werden auch unter den psychischen Gesetzen allgemeine und besondere, grundlegende und abgeleitete zu unterscheiden sein; und es wird die Frage, ob die Gesetze der sittlichen Beurteilung einer oder der anderen Gruppe angehören, nicht von vornherein, sondern erst durch umfassende, zurzeit noch nur in den ersten Anfängen vorliegende psychologische und ethnologische Untersuchungen endgültig entschieden werden können”. Alzoo de psychologie tot richteres over de wetskringen gesteld!

In deze levens- en wereldbeschouwing rust dan verder ook Heymans' en Polak's determinisme met hun wijsgeerige causaliteitsleer.

Tenslotte komend op de consequenties voor de wijsbegeerte der religie schrijft Heymans: „Ob die Begriffe Gott und Unsterblichkeit im System des psychischen Monismus beibehalten werden können oder nicht, hängt schliesslich davon ab, wie weit oder wie eng man diese Begriffe faszt, *jedenfalls würde ihnen aber im Rahmen jener Weltanschauung eine ganz andere Bedeutung beigelegt werden müssen als in demjenigen des Dualismus oder der Kirchenlehre*. Darum halte ich es, (entgegen den Absichten Fechners und Paulsens) für besser, zur Vermeidung von Missverständnissen auf den Gebrauch jener Nahmen überhaupt zu verzichten.

Het leerstuk der souvereiniteit in eigen kring zegt ons dus wel heel wat meer, dan Prof. Polak tracht te doen voorkomen, door het te vereenzelvigen met het op zichzelf niets zeggend en daarom allicht ook voor het humanisme te aanvaarden wetenschappelijk postulaat, dat men de onderscheiden „kategoriale” gebieden behoorlijk moet onderscheiden. Datzelfde postulaat wordt ad extremum vooropgesteld door de Marburger-

richting in de rechtsphilosophie, het wordt weer op geheel andere wijze gevat door Prof. Polak c.s., weder anders door de Badensche en nog weder anders door de Hegeliaansche en de phaenomenologische richtingen in de wijsbegeerte des rechts. Neen, niet op de *woorden*, maar op den *zin* komt het aan, die men in dit postulaat legt. Over dien *zin* loopt de strijd en de heer Polak heeft geen enkel mijner argumenten zelfs kunnen benaderen, doordat hij verzuimd heeft tegenover het leerstuk der souvereiniteit in eigen kring met zijn uitwerking in de theorie der analogiën en anticipaties stelling te kiezen.

Ik wijs er in dit verband nogmaals op, dat dit leerstuk geheel *religieus* is ingesteld en niet rationalistisch in den nu wel niet meer voor misvatting vatbaren humanistischen zin.

Tenslotte nog één opmerking ter definitieve afweer van alle rondspokend misverstand te dezer zake: dit leerstuk beteekent natuurlijk niet een apriorische constructie van de wetskringen zelve, doch is in zijn *methodischen* zin (daarin gaat de diepe zin van dit leerstuk natuurlijk niet op) niets anders dan een *beginsel*, een Leitmotiv, maar als zoodanig beslissend voor de geheele wetenschappelijke instelling. Het staat in dezen zin het scherpst tegenover het humanistisch continuïteitspostulaat, zooals dit in de souvereine rede is gefundeerd. En van welks toepassing in bepaalden zin, we zooeven weder een proeve gaven bij Prof. Heymans.

Waaruit we deze idee putten? Uit de openbaring der goddelijke waarheid over de verhouding van Schepper en Schepping, een openbaring, die zich primair niet richt tot gevoel of logisch denken, tot zedelijkheids- of schoonheidsbewustzijn, doch veeleer tot het eeuwige, onsterfelijke in den mensch, de religieuze kern onzer persoonlijkheid en die eerst vanuit dat religieuze centrum beteekenis verkrijgt voor ons kennen en handelen. Dat tot de opvatting van het beginsel der souvereiniteit in eigen kring onze geheele Calvinistisch-religieuze instelling medewerkt, is hiermede niet ontkend, doch veeleer geïmpliceerd. Waaruit put echter het humanisme zijn continuïteitsprincipe? Uit de evidentie, de onmiddellijke zelfverzekerdheid van het redelijk denken (Heymans)? Een dergelijk antwoord maskeert de waarheid. De wezenlijke bron van dit continuïteitsbeginsel is de religieuze instelling op het diesseitig persoonlijkheidsideaal, de lachwekkende zelfverheffing der menschelijke rede, een metaphysisch vooroordeel, welks geboorte samenvalt met de opkomst van het humanisme als levens- en wereldbeschouwing.

Het humanisme, dat zich ter afweer der religieuze instelling beroept op de grenzen onzer kennis, kent noch zichzelf, noch de grenzen. Het graaft niet diep genoeg!

Aan welke zijde heerscht de objectiviteit, de algemeengeldigheid der maatstaven? Aan de zijde van het psycho-monisme of aan die der souvereiniteit in eigen kring?

Het valt buiten het bestek van dit „Naschrift” het psycho-monisme aan een uitvoerige kritiek te onderwerpen. We vragen in dit verband

slechts: Waarop berust zijn geheele metaphysieke hypothese? Primair op de door niemand ontkende waarheid, dat wij slechts *weet* hebben van datgene, wat als *object* in ons bewustzijn (welk een complexe, het psychisch gebied verre transcendeerende levenseenheid!) is opgenomen.

Maar hoe leidt van hieruit de brug tot een verabsoluteering van den psychischen wetskring? Over niets anders dan het metaphysieke continuïteitspostulaat, gegrond in de au fond *religieuze* belijdenis van de zelfgenoegzaamheid en volstreckte souveriniteit der menschelijke rede.

Alles wordt subjectief *geduid als psychische zin*. De zin der realiteit is niet voor waarneming vatbaar. Ze wordt intuïtief geschouwd en voor critische schouwing is niets gevaarlijker dan het vooroordeel der continuïteit, onverschillig of dit vooroordeel zich in naturalistischen, psychologischen, historistischen, logicistischen of ethicistischen vorm, dan wel in een combinatie daarvan openbaart.

Heymans' wetenschappelijke fundeering zijner psycho-monistische hypothese rust op niets anders dan op een ontleding der psycho-physische processen. Aangenomen wordt nu, dat de zin der geheele werkelijkheid opgaat in den zin van dit kleine fragment der realiteitsfuncties. En dan worden alle andere werkelijkheidsfuncties, de energetische, biotische, logische, sociale, historische, aesthetische, economische, juridische, ethische, etc. in den zin der psychische omgeduid.

Objectiviteit en algemeengeldigheid? Vanwaar dan die eindelooze reeks van antinomiën in het humanistisch denken, die bij de humanistische instelling principiël onoplosbaar zijn?

* * *

Behalve tegen de misvattingen, die over het beginsel der souveriniteit in eigenkring zijn ontstaan, heb ik mij thans ook principiël te verweren tegen hen, die mijn opvatting inzake de bouw der humanistische wets-idee, de onderlinge verhouding van het wetenschaps- en persoonlijkheids-ideaal bestrijden. Eerlijk gezegd, weet ik niet goed, hoe ik deze critiek moet beantwoorden, daar zij alle preciseering en vooral alle *fundeering* mist. Prof. Polak bracht dit punt slechts terloops ter sprake — ik mag *daarvan hem* geen verwijt maken — doch wel verwonderde het mij, dat hij verklaarde geen enkele passage uit zijn geschriften te kennen, waarin hij het humanistisch wetenschapsideaal in mijn zin zou hebben verdedigd. Prof. Polak moet dan mijn uiteenzetting van wezen en strekking van dit ideaal wel hebben misverstaan. Het continuïteitspostulaat van het bedoelde wetenschapsideaal openbaart zich in de meest uiteenlopende schakeeringen. Er is geen sprake van, dat ik het zou hebben vereenzelvigd met de naturalistische nuance. Ditzelfde moet ik ook opmerken tegen mijn geachten recensent Mr. v. BRAKEL in Themis, die mij verwezen heeft naar de meest uiteenlopende wijsgeerige stelsels van humanistisch stempel: het neo-Spinozisme, Prof. Kohnstamm's personalisme (waar ter wereld heb ik dezen hoogleeraar „humanist” genoemd?!), de Marburger-

richting, de Heidelberger school enz., die geen van allen het naturalistisch continuïteitsbeginsel aanvaarden.

Ik mag tegenover deze critiek wel verwijzen naar de uitvoerige grondlegging van mijn beschouwing over het wezen der humanistische wets-idee in vroegere geschriften.

Aan de verschillende typen van deze wetsidee, waaronder ook de Marburger en Heidelberger richting, de phaenomenologische en de neo-Hegeliaansche typen, liet ik alle recht wedervaren in mijn „De beteekenis der Wetsidee voor Rechtswetenschap en Rechtsphilosophie”.

Niet een wonderlijke inval heeft mij tot mijn theorie over de humanistische wetsidee gebracht. Eerst na de verschillende stelsels van humanistisch stempel zorgvuldig historisch en systematisch te hebben gewikt en gewogen, drong zich hun gemeenschappelijke grondslag in een wetsidee aan mij op en tevens de noodwendigheid van de vele schakeeringen in deze wetsidee.

En ik moet helaas tegen mijn geachten recensent nu met volle recht het verwijt richten, dat hij ten onrechte⁵¹⁾ tegen mij heeft meenen te mogen gebruiken, n.l. dat het niet aangaat, in enkele volzinnen stelling te kiezen tegen een theorie, aan welker formuleering een jarenlange studie ten grondslag ligt.

¹⁾ SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, 1921 S. 641. Dat dogmatisch deze constructie onmogelijk juist kan zijn, blijkt reeds hieruit, dat ook strafwetgevingen, die met het individualiseerend schuldprincipe geen rekening hielden en veeleer op den grondslag der „Erfolgshaftung” stonden, reeds de beroepsmisdaad in haar niet opgeklaarden zin uiterst streng bestraffen (doodstraf, bij herhaling van diefstal e.d.). Hier kon men toch de beroepskwalificatie bezwaarlijk als Schuldvertypung zonder meer opvatten?

²⁾ Typeerend voor deze antinomie in de heerschende schuldleer: MERKEL, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe* (1912) S. 328 fg.) „Der Umstand, dass ein Schuldiger bereits mehrfach wegen eines gleichen oder eines gleichartigen Deliktes oder überhaupt bereits öfter bestraft worden ist, will vielmehr, insofern er auf einen Hang zur Begehung bestimmter Delikte oder auf eine geringere Widerstandskraft Anreizungen zur Begehung strafbarer Handlungen gegenüber hinweist, überall in Berücksichtigung gezogen sein. Freilich nicht überall im Sinne eines die Schuld erhöhenden Umstandes. Es ist ein oberflächliches Sichabfinden mit den hier vorliegenden Tatsachen, wenn man sich damit begnügt die Rückfälligkeit als einen Grund grösseren Verschuldung und Strafbarkeit zu charakterisieren, welches zugleich zu einer Verdunklung des hier vorliegenden Problems führt. Bei der Mehrzahl der in Betracht kommenden Individuen, dem Stamme unseres Gewohnheitsverbrechertums, trifft diese Charakterisierung überhaupt nicht zu. Es sind dies Individuen, deren geistige Ausrüstung von Haus aus als eine ärmliche und unglückliche, deren Fähigkeit, durch geregelte Arbeit unter Beobachtung aller staatlichen Anforderungen sich eine selbständige Existenz zu gründen und deren Widerstandskraft gegen Versuchungen zum Verbrechen als eine geringe und im Laufe eines verfehlten Lebens als eine sich stetig mindernde erscheint. Je geringer aber diese Fähigkeit und Kraft ist, um so weniger haben wir es in den Taten solcher Subjekte mit der Macht ihres Willens zu tun, und in desto eingeschränkterem Sinne können wir daher diese Taten auf die Rechnung ihres Willens setzen. Dem Sinken ihrer persönlichen Kraft und Freiheit gegenüber von einer grösseren Verschuldung zu reden, hat deshalb keinen vernünftigen Sinn. In geraden Verhältnissen aber zu dem Fortgang dieses Prozesses erhöht sich die symptomatische Bedeutung der Verbrechen und fordern die durch sie erkennbar gewordenen

Eigenschappen des Schuldigen grōzere Beachtung. Dem Verbrechen substituiert sich hier für den Standpunkt der Strafrechtspflege in einem gewissen Sinne der Verbrecher (sic!). Je tiefer ein Gewohnheitsverbrecher sinkt oder auch von Anfang an steht, um so weniger wird die Frage nach dem Masze der in einer einzelnen Tat sich begründenden sittlichen Verschuldung uns ein Weg anzeigen können, der zur Lösung der hier vorliegenden Aufgabe führt, um so weniger wird überhaupt die einzelne Tat für die Behandlung des Individuums maszgebend sein können, um so mehr werden wir uns vielmehr dem Standpunkte anzunähren haben, den wir dem Irsinnigen gegenüber einnehmen, in Bezug auf dessen Behandlung die Frage einer sittlichen Verschuldung gar nicht in Betracht kommt, während die Frage der Sicherung anderer um nichts weniger ins Gewicht fällt." (Ik cursiveer).

Men ziet uit deze cursiveerde zinsneden duidelijk hoe de bedoelde antinomie den neo-classicus Merkel regelrecht in de armen der moderne richting drijft! Bij dezen grooten en eerlijken strafrechtsleeraar inderdaad een symptoom van beteekenis voor de geheele klassieke richting! Merkel reikt hier v. LISZT de volle hand.

³⁾ Vergelijk weer de analogie in de functie van het discrete, starre getal en het bewegelijk oneindig kleine getal!

⁴⁾ Zie v. HIPPEL *Fahrlässigkeit, Irrtum* in Vergl. Darstellung A. T. III S. 506.

⁵⁾ Zie v. HIPPEL, *Zur Begriffsbestimmung der Zurechnungsfähigkeit* in Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. 32 Bd. (1911) S. 100 fg.

⁶⁾ BINDING, *Die Normen*, Bd. II, (2e Aufl. 1914) S. 194.

⁷⁾ v. LISZT, *Lehrbuch* en Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. Bd. 30 S. 257.

⁸⁾ Zie vooral *Vergleichende Darstellung V*; S. 21—26, 76.

⁹⁾ FRANK, *Kommentar* 5/7 Aufl. par. 51, I. Zie ook v. BAR, *Gesetz und Schuld* II, S. 17, 19/20.

¹⁰⁾ VON LISZT, *Die Strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit*, Strafr. Aufs. und Vorträge I, S. 220 fg.

¹¹⁾ KRAFFT-EBING, *Lehrbuch der gerichtlichen Psychopathologie*, 3e Aufl. S. 301 fg. *Der Criminalfall Marie Schneider*.

¹²⁾ T. a. p. S. 229.

¹³⁾ VON HIPPEL, t. a. p. S. 123, en Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. 23 Bd. S. 416.

¹⁴⁾ Zie GRETENER, *Die Zurechnungsfähigkeit als Frage der Gesetzgebung* (1899) S. 43 fg.

¹⁵⁾ FRANK, *Kommentar*, 5/7 Aufl. par. 51, Nr. I, S. 109.

¹⁶⁾ Beter dan v. HIPPEL dan ook, schoon niet zeer scherp in omschrijving. GRETENER: *Die Zurechnungsfähigkeit als Frage der Gesetzgebung* (1899) S. 40: „In Wahrheit folgt aus dem Umstand dasz die in Frage stehenden Umstände fließenden Übergänge aufweisen, nur die Notwendigkeit einer konkreten Prüfung des Einflusses jener Geisteszustände, auf die Zurechnungsfähigkeit des Täters an der Hand psychologisch-juristischer Kriterien..." (Ik cursiveer).

¹⁷⁾ PAUL DUBUISSON, *De l'évolution des opinions en matière de responsabilité* in „Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales", II, p. 101 sgg.

¹⁸⁾ Vgl. ook de uitspraak van ENRICO FERRI: *Sociologie Criminelle*: Tout criminel est toujours un anormal, soit transitoirement, soit constamment! (aangeh. bij GRETENER t. a. p. S. 27).

¹⁹⁾ J. v. D. TORREN, *Een geval van pathologische moral insanity*. T. v. S. XXXVIII, 1917 blz. 559. Zie ook het *Verslag der Vergadering* van het *Psychiatrisch juridisch gezelschap* van 17 Febr. en 28 April 1914.

²⁰⁾ „Le groupe des fous moraux proprement dits est si petit qu'en pratique on peut le laisser de côté. On trouvera lorsqu'on fera une analyse approfondie de ces cas, que l'intelligence est rarement vraiment bonne. Le nom même est un nonsens (NAECKE).

²¹⁾ KIRN, *Geistesstörung und Verbrechen*.

²²⁾ ELLIS, *The psychology of individual Differences* (1928) p. 323.

²³⁾ Vgl. LASONDER, *De beroepsmisdadigers en hunne strafrechtelijke behandeling* (1908), blz. 195 vlg.

²⁴) H. COUTAGNE, *Manuel des expertises médicales en matière criminelle* (1877) p. 252/3. Vgl. ook GARRAUD *Traite théorique et pratique du droit pénal français*, 3ième ed. (1913) I. p. 628.

²⁵) Vgl. ELLIS, *The psychology of individual Differences* (1928) p. 190 fl. De schrijver typeert zeer scherp de mechanistische richting in de leer van de erfelijkheid van geestelijke factoren in het volgende beeld: „According to this second group human, mental development is not unlike the running of a clock; once it is wound up and started it follows a prescribed course until its energy is expended and then it stops”.

²⁶) Zie over deze vormen van geestesstoring BORIS BRASOL, *The Elements of Crime*, New York, (1927), p. 338 fl.

²⁷) Zie b.v. R. GAROFALO, *La Criminologie*, Paris 1888 p. 120.

²⁸) KOHLRAUSCH, *Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung* (1910).

²⁹) T. a. p. S. 20.

³⁰) T. a. p. S. 14.

³¹) T. a. p. S. 15.

³²) T. a. p. S. 22.

³³) T. a. p. S. 26.

³⁴) BORIS BRASOL, *The Elements of Crime* (Psycho-Social Interpretation), (New York 1927), p. 48/9.

³⁵) FÖRSTER, *Schuld und Sühne*, S. 9 flg. Merkwaardig, dat deze schrijver weder in het andere uiterste overslaat (de polariteit van het humanisme!) en nu eenvoudig de geheel individualiseering der schuld naar de motieven uit paedagogisch oogpunt verwerpt!

³⁶) Merkwaardig is in dit verband ongetwijfeld de spontane erkenning van dezen stand van zaken in de M. v. T. bij het ontwerp-Donner. „Natuurlijk is een dergelijke bewaring van ernstige beroeps- en gewoontemisdadigers, van wie redelijkerwijs mag worden verwacht, dat zij na ommekomst hunner gevangenisstraf toch zouden recidiveren, van groot belang uit het oogpunt der openbare orde. Men gelieve hierbij te bedenken, dat dergelijke misdadigers, behalve voor een deel van de ontdekte criminaliteit, ongetwijfeld ook voor een belangrijk deel van de niet ontdekte en dan nog wel juist van de niet ontdekte zware criminaliteit, aansprakelijk mogen worden gesteld.” (Wij cursiveren).

In 't verband van een rechtvaardiging van het voorgestelde beveiligingsrecht doet deze passus ongetwijfeld wonderlijk aan. Immers de beveiligingsmaatregel stelt juist niet aansprakelijk, is onafhankelijk van de gedachte van onrecht, schuld en strafvergoeding. Ongewild wordt hier echter erkend, dat het beroepsdelict een geheel ander karakter vertoont dan het gelegenheidsdelict en dus ook re vera niet naar den gewonen maatstaf met straf vergolden kan worden!

^{36a}) Zie de *Actes du Congrès Pénitentiaire International de Londres Aout 1925*, publiés par Dr. J. Simon van der Aa (Berne 1927, En Commission chez Staempli 8 Cie. à Berne) DI I p. 365—382.

³⁷) Zie Handelingen der Ned. Juristenvereën. 1928.

³⁸) Zie BELING, *Die Vergeltungsidee*, (Leipzig 1908) passim.

³⁹) Zie hierover o. a. EXNER, *Theorie der Sicherungsmittel* (1914) S. 168 flg.

⁴⁰) HEINDL, *Der Berufsverbrecher* (Berlin, 2e Aufl. 1926).

⁴¹) Dr. v. HENTIG, *Über den Einfluss der Sicherungsverwahrung auf die Englische Kriminalität*; in *Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw.* 2e Heft (1928), S. 60 flg.

⁴²) M. E. MAYER, *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts* (1915), S. 171.

⁴³) Wat Prof. POLAK's strijdwijze betreft en ziedaar tegelijk mijn antwoord op zijn verzoek, hem uit zijn geschriften ook maar één invecatief tegen kerk en openbaringsgeloof aan te toonen, moge ik hier volstaan met slechts een kleine samenlezing uit zijn proefschrift *De zin der Vergelding*. Ik citeer in Prof. Polak's vereenvoudigde spellingswijze! (Blz. 109, noot 1): „Ik misken niet een principieel eties verschil tusschen THOMAS en het naturalisme, dat n.l. bij hem de mens pas en juist door zijn slechtheid, niet reeds om zijn gevaarlijkheid a.z., ten gemenen bate mag worden behandeld en afgemaakt als een dier, maar ook deze leer leidt niettemin tot mensonwaardige „beestachtige” misdadigersbehandeling, zooals die dan ook door de middeleeuwse (en anti-

revolutionaire) bloedpraktijk (sic!) onder de auspiciën en met de sanktie der kerk is vertoond en nog heden tegenover „ketteren” en heksen” in zwang zou zijn, wanneer de kerk nog de macht had van voorheen”(sic!). Ik vraag in gemoede, of dit een invectief is tegen kerk en openbaringsgeloof of een exact wetenschappelijke uitspraak? Blz. 40 en volgende (hiernaar verwijst Prof. Polak uitdrukkelijk in zijn referaat over de doodstraf, waarmee hij meent aan de „theologies gefundeerde” (sic!) strafrechtsleer voldoende eer te hebben bewezen!).

„Tenslotte nog een enkel woord over de weleer invloedrijke theologiese basering van het recht tot straffen op het geloof: „de Heere heeft uitdrukkelijk der menschelijke Overheid de bevoegdheid tot straffen gegeven”, waarvoor men zich dan weer placht te beroepen op een aan PAULUS van Tarsus toegeschreven geloofsuiting (Rom. XIII). Gesteld echter al, des neen, dat de objectieve wetenschap zich zou mogen beroepen op dergelijk subjektief geloof (nog wel op gezag van niet minder subjektieve, vertaalde, nageschreven en ongeschreven overleveringen), dan nog zou alle machtiging door een Godheid even *ontoreikend* zijn, om *onverdiend* leed als *overbodig*, om *verdiend* leed van rechtswege te rechtvaardigen. Bovendien blijft de door zulk een algemene machtiging verleende „bevoegdheid” ook prakties waardeloos, onbruikbaar, zonder maatstaf ter vergelijking van schuld of misdrijf en daarvoor verdiend leed. De wetenschap kan noch mag bij zulk soort oppervlakkige schijnfundeering (!) blijven staan — zij heeft dieper te graven”.

Ik vraag wederom in gemoede, of een dergelijke behandeling van de „theologies gefundeerde” (sic!) strafrechtsbeschouwing, een wetenschappelijk geschrift waardig is? Grenzelooze oppervlakkigheid paart zich hier aan hoogmoedige bejegening van andersdenkenden!

Doch ik ga verder. In een bij bovenstaande tekst gevoegde noot lezen wij het volgende: „PAULUS zelf n.l. weet niets van een „uitdrukkelijke” machtiging van de overheid door God, integendeel beroept hij zich voor haar bevoegdheid tot straffen uitsluitend op zijn geloof, dat alle macht (ἐξουσία), „uit God” is en alle „bestaande” (ὄντα) macht of overheid a. z. van „God verordineerd” en „Gods dienares”, volstrektster van Zijn gericht of toorn” (ἐκδικος εἰς ὀργήν) een onzedelijke, wjl elk zedelijk criterium verloochenende, elk overheidsnonrecht sanktionneerende machtvergoding, die beginselloos elk revolutionair verzet verdoemt... of heiligt, al naar het faalt of slaagt. Het is weer de methodologische doodzonde, die uit wat „bestaat” wil afleiden wat „behoort”, die macht stempelt tot recht. Het Godsgeloof rechtvaardigt van al wat is of geschiedt alles gelijkelik, dus niets”.

Dergelijke opgewonden betoogen, waarmee de schrijver de heiligheid van Gods Woord meent te kunnen aanranden en die hun wetenschappelijk karakter blijkbaar moeten ontvangen van de vlakke neo-kantiaansche *tegenstelling* van „zijn” en „behooren” (waarvan de schrijver het verband met de humanistische levens- en wereldbeschouwing blijkbaar vergeten was) zijn in een wetenschappelijk bedoeld geschrift niet anders te kwalificeeren, dan gelijk ik het deed: als invectieven tegen kerk en openbaringsgeloof. Als een „wetenschappelijk betoog” zal ze geen sterveling kunnen aanvaarden!!

Blijkbaar meende de heer Polak, dat het ieder vrijstaat in Paulus' aangehaalde woorden te leggen, wat hij zelf verkiest! Had de heer Polak nimmer van het onderscheid tusschen overheidsinstituut en persoonlijken willekeur gehoord?

En dan volgt deze ergerlijke en met alle eischen van wetenschappelijk fatsoen spottende uitspraak: „Wel liggen de tijden ver achter ons, waarin eens pausen legaat ARNOLD, na den val van Béziërs het laatste bolwerk der Albigenzen, zijn kruisvaarders-ketterjagers kon toeroepen: „Slaat alles dood! De Heer kent de Zijnen!” en waarin naar zulk een woord kon worden gehandeld. Maar ook heden ten dage nog vinden wij in de geloovige strafrechtliteratuur voortdurend het geweten van wie straffen moet zonder over een redelijke (sic!) strafmaatstaf te beschikken in slaap gesust (sic!) met een beroep op het „korrektief” der „Goddelijke gerechtigheid”, die toch onfeilbaar de fouten der menselijke justitie zal „herstellen” of „compenseeren”.

Nog een enkel staaltje tenslotte uit 's heeren POLAK's boek *Kennisleer contra Materie-Realisme*, een doorlopende reproductie van Heymans' leerstellingen,

blz. 275: „Al zullen en scholastiek en bijbels dogmatisme hun triest bestaan als volgehouden onwaarheid (!) nog wel een poosje, misschien een eeuw of wat, voortslipen... magna est veritas et praevalēbit.”

Een opgewonden schimp die vreemd klinkt na Prof. Polak's geloofsbelijdenis inzake de kennisleer, als „wetenschap der wetenschappen, aan niets en niemand rekenschap schuldig dan aan zich zelf, autonoom en souverain”: „De zuiver theoretiese kennisleer, die niet preekt en nooit schimpt, niet-verlokt noch verdicht, maar betoogt en bewijst” (blz. XII).

Nietwaar, het rasechte humanistisch wetenschapsideaal met zijn neutraliteits-dogma, dat tegelijk slag op slag in schimp en smaadrede vervalt, wanneer het zich in zijn diep irrationeele kern: 't geloof in de soevereine persoonlijkheid, ziet aangetast.

Ter typeering van den groven betoogtrant van Prof. POLAK tegen andersdenkenden geef ik hier slechts dit ééne citaat uit „De zin der vergelding”, dat gemakkelijk met tal van andere te vermeerderen ware.

Blz. 148/9: „Men zou zich nu vergissen, wanneer men meende, dat Prof. ROHLAND, om zulke botheden (!) nog in dezen tijd ten beste te geven, wel min of meer stompzinnig (sic!) moet wezen; hij is integendeel hier en daar, in wat hij over causaliteit en vrije wil geschreven heeft, uiterst scherpzinnig, soms zelfs eer listig (!) te noemen. Van dogmatiese frivoliteit (!) kan men de ondoordachtheden (!), waarmede deze strafrechtverdediger zich afmaakt van een wereldprobleem als het onderhavige (n.l. de vergelding), niet vrij pleiten. Maar soortgelijke, zooals ze daar staan, zinledige taliodwaasheden zijn schering en inslag in de vergeldingsliteratuur...” en even te voren: „Zó, geborneerd, verblind een taliodogmaticus (sic!) is onze professor, dat hij hier niet eens een probleem ziet.”

Het lust mij niet, nog meer van dergelijke fraaiigheden op te sommen. Ik tart ieder in mijn geschriften ook maar één zinsnede aan te wijzen, die zich zóó smalend over een tegenstander uitlaat. Smalende uitdrukkingen heb ik nergens gebezigd.

⁴⁴⁾ Handelingen v. d. Vereen. voor Wijsbegeerte des Rechts, XIV, 2e ged. 1928, opgenomen in „Mensch en Maatschappij”, Juli 1928 blz. 25.

⁴⁵⁾ *De zin der Vergelding*, I, blz. 51.

⁴⁶⁾ Zie „Mensch en Maatschappij”, Juli 1928 blz. 24.

⁴⁷⁾ GREENER, *Die Zurechnungsfähigkeit*, S. 18.

⁴⁸⁾ HEYMANS, *Einführung in die Metaphysik*, S. 33.

⁴⁹⁾ *Einführung in die Metaphysik*, S. 334/5.

⁵⁰⁾ T. a. p. S. 337.

⁵¹⁾ De heer Van Brakel meent, dat het niet aangaat, gelijk ik in mijn verhandeling over het juridisch causaliteitsprobleem deed, in een „Excurs” stelling te kiezen in het eeuwenoude vraagstuk van den vrijen wil. Maar hoe nu? In het standaardwerk van Prof. v. Hamel geschiedt hetzelfde in veel korter bestek, zonder dat daarop, voorzoover mij bekend, ooit aanmerking werd gemaakt! Bovendien vergeet mijn geachte recensent hier, dat de bedoelde „Excurs” steunt op de grondslagen van een wijsgeerig stelsel en dus waarlijk geen oppervlakkige of incidenteele stellingname inhoudt.

AANVULLING:

Op blz. 257 van het 3e kwartaalnummer van dezen jaargang schreef ik in verband met de materiele onrechtmatigheidsleer: „Eerst dan wanneer de gerechtigde zijn aan zijn rechten vastgekoppelde verplichtingen niet nakomt, ontstaat schade of gevaar in rechtszin”. Men zal tegen deze opvatting wellicht aanvoeren de zgn. risico-aansprakelijkheid voor de schadelijke gevolgen van op zich zelf rechtmatige handelingen. In een materieel gevattē onrechtmatigheidsleer valt echter het afwijzen dezer risico-aansprakelijkheid onder het niet-nakomen van verplichtingen, welke aan de rechten zijn vastgekoppeld en kan men dus ook hier niet het bedoelde gevaar of de schade buiten den zin der vergelding vatten.