

Ook TBS is bedoelde leedtoevoeging

Vincent Geeraets*

Sinds 1 november 1928 kent Nederland een bijzondere regeling wat betreft het omgaan met gevaarlijke gestoorden: de TBS (voor 1 september 1988: TBR). In geval van (gedeeltelijke) ontoerekeningsvatbaarheid kan de rechter sinds die tijd de persoon in kwestie TBR (TBS) opleggen. De invoering van de TBRV ging bepaald niet gemakkelijk. Al in 1911 waren er twee wetsontwerpen verschenen inzake de TBR, maar het duurde nog zeventien jaar eer de 'psychopatenwetten' in het *Staatsblad* konden worden gepresenteerd. De moeilijkheden rond het totstandkomen van de wetten kunnen aan twee oorzaken worden toegeschreven. Ten eerste waren er de nodige financieel-economische problemen. Dat zorgde er bijvoorbeeld voor dat de wetten pas in 1928 werden ingevoerd, hoewel ze al in 1925 waren goedgekeurd door de Eerste Kamer. Daarnaast botsten op het punt van de TBR aanhangers van verschillende visies op straf hevig met elkaar. Aan de ene kant stonden de aanhangers van de 'klassieke leer', die grofweg gezegd meenden dat straf 'verdiend' moet zijn. Zij stelden dat in de straf de misdaad tot uitdrukking dient te komen. Aan de andere kant waren er de aanhangers van de 'nieuwe richting', die veel meer geïnteresseerd waren in preventie. Bij hen waren de sleutelwoorden 'effectiviteit' en 'behandeling'.

De uiteindelijke regeling van de TBR is een compromis geworden tussen deze twee stromingen. Aan de ene kant werd via het 'normale' strafrecht vastgehouden aan de vergeldingsleer en de notie 'geen straf zonder schuld' van de klassieke leer, terwijl de behandelings- en effectiviteitstheorieën van de moderne richting via de TBR ingang vonden. Maar een dergelijk compromis roept bijna vanzelfsprekend filosofische vragen op. En dan gaat het vooral om deze vraag: 'Hoe verhouden straf en TBR zich nu eigenlijk tot elkaar?'. Aan deze kwestie is de nodige aandacht geschonken. Jonkers en Pompe hebben als eerste de straf en de maatregel (waaronder de TBR) ten opzichte van elkaar gekarakteriseerd, en hun analyse vormt het referentie-

* Promovendus Rijksuniversiteit Groningen, vakgroep rechtstheorie.

punt voor daaropvolgende debatten. Beide auteurs menen onder andere dat TBR geen straf is, omdat met TBR, in tegenstelling tot straf, geen leedtoevoeging wordt beoogd.¹

Dit onderscheid heeft een belangrijke status in de polemieken rond straf en TBR/TBS (verder: TBS). Zo gebruikt Knigge de dichotomie tussen bedoelde en onbedoelde leedtoevoeging op verschillende plaatsen als *het* verschil tussen de straf en de maatregel.² Verder wordt het onderscheid *an sich* niet betwist. Zo is Van der Landen in zijn proefschrift weliswaar zeer kritisch over het huidige stelsel, maar het is niet zo dat hij het criterium ter discussie stelt.³ Ook Kooijmans maakt in zijn dissertatie melding van het criterium zonder daar verdere kritische kanttekeningen bij te plaatsen.⁴ In een heel andere context, ten slotte, refereren *herstelrechtdenkers* aan deze dichotomie. Volgens Walgrave dient straf(recht) met haar bedoelde leedtoevoeging plaats te maken voor herstel(recht) waarbij geen *bedoeld* leed wordt toegevoegd (ook al kunnen een herstelrechtsprocedure en de daaraan gekoppelde maatregelen wel leed toevoegen aan de misdadiger).⁵ Ook voor deze criticiasters van het huidige systeem van straf is het onderscheid tussen bedoelde en onbedoelde leedtoevoeging van grote betekenis.

Kortom, het gaat om een belangrijk onderscheid dat in meerdere discussies een rol speelt en het is daarom van belang om aan deze dichotomie te schenken. Vooral ook, omdat het zo op het eerste gezicht helemaal niet duidelijk is waarom de leedtoevoeging van de TBS onbedoeld zou zijn. Immers, dat TBS leed kan toevoegen en dat ook heel vaak doet, daar is iedereen het over eens. Maar waar is dan de stelling op gestoeld dat deze leedtoevoeging, hoewel te voorzien, toch onbedoeld is? Het beantwoorden van deze vraag is

- 1 In totaal signaleren de auteurs tezamen acht verschillen: 1) Strafpogging is bedoelde leedtoevoeging, maatregel is onbedoelde leedtoevoeging; 2) Het delict en de straf zijn onlosmakelijk verbonden, voor de maatregel vormt het delict slechts een aanleiding; 3) Schuldvergoeding is specifiek voor de straf, niet voor de maatregel; 4) De schuld limiteert de straf, de maatregel wordt niet gelimiteerd door schuld; 5) De maatregel bedoelt de straf aan te vullen; 6) De gevaarlijkheid is het fundament van de maatregel; 7) De maatregel heeft primair een speciaal-preventieve functie, de straf heeft primair een generaal-preventieve functie; 8) Het beginsel van individualisatie heeft bij de straf en de maatregel een verschillende betekenis. Zie D. van der Landen, *Straf en maatregel*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 4 e.v. en T. Kooijmans, *Op maat geregeld? Een onderzoek naar de grondslagen en normering van de strafrechtelijke maatregel*, Rotterdam: Kluwer 2002, p. 10.
- 2 J.M. van Bemmelen & Th.W. van Veen, *Ons Strafrecht; Het materiële strafrecht*, 14^e dr., bew. door D.H. de Jong & G. Knigge, Deventer: Kluwer 2003, p. 15. G. Knigge, *Het irrationele van de straf*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 7. Knigge stelt: 'Ook de maatregel berokkent leed, maar dat leed is niet als zodanig bedoeld'.
- 3 Van der Landen 1992, p. 4 en 341.
- 4 Kooijmans 2002, p. 10.
- 5 L. Walgrave, 'Herstelrecht en de wet', in: B. van Stokkom (red.), *Straf en herstel*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2004, p. 72: 'In herstel kan het leed een gevolg zijn, maar dat is niet bedoeld.'

een (rechts)filosofische kwestie. Het vergt een analyse van ons gebruik van begrippen die horen bij de taalspelen rondom 'intentionaliteit'. In dit artikel zal ik proberen te onderbouwen dat op grond van deze analyse geconcludeerd moet worden dat ook bij TBS sprake is van *bedoelde* leedtoevoeging.⁶

1 De bedoeling van straf

Er zijn twee criteria denkbaar voor het maken van een onderscheid tussen bedoelde en onbedoelde gevolgen van een handeling. Aan het eerste criterium heb ik in de inleiding al gerefereerd; het komt erop neer dat een gevolg bedoeld is indien het door de persoon in kwestie voorzien wordt. Het is duidelijk dat op basis van dit criterium de leedtoevoeging door de TBS *bedoeld* is. Immers, de leedtoevoeging ten gevolge van TBS is voorzienbaar en het wordt ook daadwerkelijk voorzien dat de TBS een leedtoevoegende werking heeft. Kortom: zowel straf als TBS brengt op basis van dit criterium bedoelde leedtoevoeging met zich. Het is duidelijk dat dit criterium geen basis biedt voor een conceptueel onderscheid tussen straf en TBS.

Maar er is ook een andere, *beperktere* analyse van de tegenstelling bedoelde leedtoevoeging versus onbedoelde leedtoevoeging mogelijk. Het tweede criterium behelst niet alleen dat het nodig is dat de leedtoevoeging te voorzien is, maar ook dat die leedtoevoeging in overeenstemming is met de primaire intentie van de persoon die verantwoordelijk is voor de handeling. Als een bepaald gevolg niet aansluit bij wat primair beoogd was, dan is dat gevolg onbedoeld. Bij de toepassing van dit criterium is het van cruciaal belang te weten wat het motief voor de handeling is. Het motief voor de handeling bepaalt immers wat beoogd werd en wat niet. Met betrekking tot straf en TBS moet het motief gezocht worden in de legitimering van straf respectievelijk TBS. Een legitimering is immers niet alleen een rechtvaardiging achteraf, maar het bepaalt (in het ideale geval) ook de intentie die ten grondslag ligt aan het opleggen van de straf of de TBS. Het (mogelijke) verschil in legitimering tussen straf en TBS is binnen dit tweede criterium kortom bepalend voor het conceptuele onderscheid tussen straf en maatregel, en heeft dus een normatief karakter. Dat is controversieel, aangezien we

6 Ik richt mij hier slechts op de TBS en niet op andere maatregelen, hoewel deze maatregelen natuurlijk ook interessant zijn met betrekking tot het onderscheid tussen bedoelde en onbedoelde leedtoevoeging. Zo worden met betrekking tot de *voordeelsontnemingsmaatregel* in een commentaar op het rapport van de werkgroep 'legislatieve projecten vermogenssancties' alle in noot 1 vermelde verschillen tussen straf en maatregel genoemd en bevestigd. Indien mijn analyse in de tekst correct is, betekent dit dat er ook met betrekking tot deze maatregel een afbakeningsprobleem is. Zie: M.S. Groenhuijsen & A.M. van Kalmhout, Voordeelsontneming in het strafrecht, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 122.

juist met betrekking tot de doelen van straf fundamenteel van mening verschillen.

Vrij algemeen wordt in de strafrechtliteratuur aangenomen dat straf in Nederland gebaseerd is op een combinatie van vergelding en generale preventie, terwijl de TBS gebaseerd is op speciale preventie.⁷ Voordat ik onderzoek of dit normatieve onderscheid de dichotomie tussen bedoelde en onbedoelde leedtoevoeging met betrekking tot straf, respectievelijk TBS, rechtvaardigt, wil ik eerst kort stilstaan bij het onderscheid zelf en enige verwarring wegnemen. Opvallend is dat met betrekking tot de legitimering van straf de vergelding en de generale preventie gecombineerd wordt. Immers, de vergelding wordt meestal vanuit een Kantiaans perspectief aangehangen, terwijl de generale preventie vaak met een beroep op het utilitarisme verdedigd wordt. De vereniging lijkt vooral mogelijk doordat in ieder geval door sommige schrijvers aan de vergeldingstheorie een bijzonder beperkte inhoud gegeven wordt. Knigge stelt bijvoorbeeld over de vergelding in zijn oratie het volgende:

‘(...) dan is inderdaad kenmerk van de straf, dat zij een reactie is op een voorafgaande misdrijving. Zij pretendeert immers deswege verdiend te zijn. Met andere woorden: in het begrip straf, zoals wij dat kennen, ligt de vergelding besloten. Met de straf wordt *per definitie* beoogd verdiend leed toe te voegen. (...) Straffen *is* vergelden. Beide termen zijn, althans zo goed als geheel synoniem.’⁸

In het hiervoor aangehaalde citaat stelt Knigge dat vergelden een reactie op een voorafgaande misdrijving is. Aangezien straf per definitie een reactie op normovertreding inhoudt, betekent dit inderdaad dat straf per definitie vergelden is. Maar de legitimeringsvraag van straf is nu juist waarom het *terecht* is om aan het overtreden van normen leedtoevoeging te verbinden. Het is duidelijk dat de vergelding van Knigge niet een antwoord, maar een herhaling van deze vraag is. Hij herhaalt de gerelateerdheid van straf in plaats van de diepere zin van deze gerelateerdheid te verhelderen. Met de vergelding van Knigge is nog geen normatieve keuze gemaakt en het is daarom ook niet verwonderlijk dat dergelijke vergelding geen tegenstelling vormt naar de generale preventie. De koppeling tussen een bepaalde misdrijving en gedwongen leedtoevoeging zou immers gelegitimeerd kunnen zijn, omdat wij (door middel van deze koppeling) anderen ervan willen weerhouden hetzelfde te doen (generale preventie).

7 J. Rummelink, Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot het Nederlandse strafrecht, 15^e dr., Arnhem: Gouda Quint 1996, p. 920-921.

8 Knigge 1988, p. 8.

Knigge staat overigens niet alleen in het hanteren van een te beperkt vergeldingsbegrip. John Rawls maakt bijvoorbeeld dezelfde fout, wanneer hij in *Two Concepts of Rules* het volgende gesprek tussen vader en zoon weergeeft: ‘Stel dat de zoon vraagt: “Waarom hebben ze J gisteren in de gevangenis gestopt?” Dan antwoordt de vader: “Omdat hij de bank in B. heeft beroofd. Hij is berecht en schuldig bevonden. Daarom werd hij in de gevangenis gestopt”’.⁹ Volgens Rawls is dit een voorbeeld van een redenering die is gebaseerd op de vergelding. Dat is niet het geval. In werkelijkheid vraagt de zoon zich alleen maar af waar de straf betrekking op heeft, welke basis de straf heeft, kortom waarop wordt gereageerd. De legitimeringsvraag komt pas later aan de orde, wanneer de zoon vraagt ‘waarom mensen naar de cel gaan als zij zich schuldig gemaakt hebben aan het beroven van een bank’. Daar zou heel gemakkelijk een preventief antwoord op kunnen volgen. Bijvoorbeeld: ‘De bankovervaller gaat naar de cel, omdat wij willen voorkomen dat andere mensen ook banken gaan overvallen’, of ‘Hij gaat naar de cel om goede mensen tegen slechte mensen te beschermen’.¹⁰ Pas deze vervolgvraag van de zoon vraagt naar de legitimering van het strafrecht. Knigge en ook Jonkers en Pompe bevinden zich weliswaar in goed gezelschap met hun te beperkte vergeldingsconcept, maar dat zij een dermate beperkte uitleg geven aan de vergelding blijft desalniettemin moeilijk te begrijpen. In *Zin der Vergelding* heeft Polak al gewaarschuwd tegen het hanteren van een te beperkt vergeldingsbegrip. Hij stelt:

‘In de ruimste zin van het woord betekent vergelding niets anders dan contra-bejegening (...). Dat alle straf qua contrabejegening met leed *et ipse* vergelding is in deze zin, behoeft nauwelijks opgemerkt. Naar deze betekenis van het woord ware straf zonder vergelding zoveel als regen zonder nattigheid of vorst zonder kou. Maar van “vergelding” spreekt men ook in een engere, normatieve zin. (...) Gaan wij nauwlettend na, wat dit nadere element is [dat de ‘brede’ vergelding tot normatieve vergelding maakt – VCG], dan blijkt het een zeker *qualitatief en quantitatief verband* van de contrabejegening met de primaire bejegening of gedraging, “waarvoor” vergolden wordt, met dien verstande, dat de contrabejegening daaraan “gelijkwaardig”, “aequivalent” of wel in zekere zin “gelijk” zij.’¹¹

9 J. Rawls, ‘Two Concepts of Rules’, in: P.C. Westerman, *Rechtsfilosofie, Teksten*, Assen: Van Gorcum 1998, p. 59-60.

10 Let er ook op hoe merkwaardig het voorbeeld van Rawls wordt als we de naam J in zijn voorbeeld vervangen door ‘bankovervaller’.

11 L. Polak, *Zin der vergelding, verzamelde werken*, Amsterdam: G.A. van Oorschot 1947, p. 105.

‘Straf’ staat nooit op zichzelf, maar heeft altijd betrekking op iets anders, op iets voorafgaands. Het gelijkstellen van dergelijke relationaliteit met de vergeldingstheorie heeft als onoverkomelijk probleem dat eigenlijk nog geen normatieve keuze is gemaakt. Het is daarom praktischer om in juridische en filosofische discussies het concept vergelding alleen in de legitimeringsfeer te gebruiken. Onder de paraplu van vergelding vallen theorieën die als inhoud hebben dat tussen misdaad en straf een proportioneel verband (gelijk om gelijk) dient te bestaan, en dat met de straf gestreefd wordt naar herstel van evenwicht.

2 *Doctrine of Double Effect*

Stel dat het inderdaad het meest voor de hand liggend is om de straf op de vergelding c.q. de generale preventie te baseren, terwijl de TBS het beste gelegitimeerd kan worden op basis van de speciale preventie. Wat is in deze hypothetische situatie dan de reden voor de stelling dat de leedtoevoeging van de maatregel in tegenstelling tot die van de straf onbedoeld is? Het gaat waarschijnlijk om de volgende redenering: Bij de TBS is er in vele gevallen weliswaar sprake van leedtoevoeging, maar dit is niet het primaire doel van de TBS. Waar het bij de vergelding gaat om de misdadiger te laten voelen wat hij heeft aangericht, of waar het er bij de generale preventie om draait om door middel van het leed aan de samenleving over te brengen dat bepaald gedrag niet getolereerd wordt, gaat het bij de TBS veeleer om behandeling, in plaats van leedtoebrenging.

Deze redenering is nog niet helemaal scherp. De rechtvaardiging van speciale preventie is namelijk niet zozeer gericht op het behandelen van onverantwoordelijke mensen, maar veeleer op het beschermen van de samenleving tegen gevaarlijke individuen. Kortom, bij de TBS draait het niet primair om leedtoebrenging of behandeling, maar om het beschermen van de samenleving. Daarmee is echter het verschil met de generale preventie niet duidelijk. Je zou immers kunnen beweren dat het bij de generale preventie ook niet zozeer om de leedtoevoeging draait, maar primair om het afschrikken van andere mensen. De leedtoevoeging is in beide gevallen een neven-effect. Dit in tegenstelling tot de vergelding, waar juist het middel leedtoevoeging essentieel is voor het bereiken van het gewenste resultaat.

Hierbij sluit ook het volgende verschil aan. Vooral bij de speciale preventie zou je er namelijk *verheugd* over zijn indien de TBS in een bepaald geval geen leedtoevoegende kwaliteit heeft. Ook bij de generale preventie is dit denkbaar: als de straf de uiterlijke schijn heeft leedtoebrengend te zijn, dan kan het feit dat dit in werkelijkheid niet zo is, verwelkomd worden. De straf heeft dan immers zijn werking zonder leedtoevoegend te zijn. Bij de vergelding is dit echter niet het geval. Mocht het zo zijn dat de straf geen leedtoe-

voegend effect heeft, dan dient dit op basis van de vergeldingstheorie betreurd te worden. Het uitblijven van het leedtoevoegende effect dwarsboomt de bedoeling van de straf.

Met het voorgaande zijn we midden in het vaarwater van de *Doctrine of Double Effect* (hierna: DDE) beland. De DDE geniet vooral bekendheid vanuit het euthanasiedebat met betrekking tot palliatieve zorg. Volgens sommige aanhangers van de DDE zou het levensverkortend effect van palliatieve zorg geen euthanasie zijn, omdat het primaire doel van deze zorg pijnverlichting is. Dat de palliatieve zorg feitelijk de dood versnelt, is op basis van de DDE een neveneffect. Op dezelfde wijze functioneert de DDE met betrekking tot de TBS. Aangezien het niet het primaire doel is van de TBS om leed toe te voegen, moet de leedtoevoeging ten gevolge van de TBS als een neveneffect worden beschouwd en is die leedtoevoeging onbedoeld. De DDE is in de dagelijkse praktijk een gebruikelijke redenering. Wij zijn bijvoorbeeld niet snel geneigd om het gedrag van een tandarts als bedoelde leedtoebrenging aan te merken, ook al weet een tandarts dat hij bij bepaalde ingrepen vrijwel zeker pijn veroorzaakt.

De DDE vormt tevens de inzet voor een aanval op en nuancering van het idee dat het bij de beoordeling van moreel gedrag alleen om de resultaten draait (consequentialisme). Op grond van de DDE kan het zo zijn dat handeling A als verwerpelijker moet worden aangemerkt dan handeling B, hoewel beide precies dezelfde resultaten hebben. Het volgende (veelgebruikte) militaire voorbeeld¹² kan dit illustreren: Strategic Bomber (SB) bombardeert een fabriek om de vijand een ongenadige slag toe te brengen in zijn productiecapaciteit. Als gevolg van het bombardement komen onschuldige mensen om het leven, hetgeen door SB ingecalculeerd is. Terror Bomber (TB) daarentegen bombardeert onschuldige burgers om daarmee de vijand te demoraliseren. Stel dat bij beide bombardementen evenveel burgers om het leven komen.¹³ Aanhangers van de DDE stellen in dat geval dat ondanks het gelijke resultaat, het gedrag van TB moeilijker te rechtvaardigen is dan het gedrag van SB. Het is bij TB namelijk precies de bedoeling dat onschuldige burgers sterven, terwijl dat door SB niet beoogd wordt.

Op grond van de DDE is het daarom belangrijk om ook op conceptueel niveau te differentiëren tussen bedoelde en onbedoelde effecten. Immers als het inderdaad zo zou zijn dat het leedtoevoegende effect ten gevolge van

12 W.S. Quinn, 'Actions, Intentions and Consequences: The Doctrine of Double Effect', *Philosophy and Public Affairs*, nr. 18, 1989, p. 336. V. Halvorsen, *Ethics, Force and Violence in Policing*, Oslo: Unipub forlag 2002, p. 73.

13 De gevallen zijn overigens op basis van de consequenties niet geheel gelijk. De vernietiging van de fabriek zou er namelijk toe kunnen leiden dat de vijand niet meer in staat is gevaarlijke wapens te ontwikkelen, waardoor uiteindelijk vele levens gespaard blijven.

de TBS niet beoogd is, dan kunnen er lagere eisen aan de rechtvaardiging van deze maatregel worden gesteld en is het dus ook wenselijk om de TBS niet te verwarren met straf. Maar er zijn problemen. Het is namelijk veel minder eenvoudig dan het op het eerste gezicht lijkt om te differentiëren tussen SB en TB. TB kan namelijk evenals SB beargumenteren dat hij niet de bedoeling heeft om mensen te doden. Het is voor hem alleen maar nodig dat de mensen in kwestie *schijnbaar* dood zijn, opdat het demoraliserende effect zijn intrede doet. Mocht blijken dat de mensen na de oorlog als door een wonder gespaard zijn gebleven, dan is dit iets waar TB zich over verheugt, net zoals SB zich zou verheugen wanneer blijkt dat de onschuldige omwoners van de fabriek zich net op tijd in veiligheid hebben gebracht. TB hoeft dus helemaal niet de dood van de gebombardeerden te beogen; schijnbare dood is voldoende voorwaarde voor het welslagen van zijn missie.¹⁴

Een oplossing voor dit probleem is dat het bombarderen van mensen en het sterven van die mensen te *dicht* bij elkaar liggen om uit elkaar getrokken te kunnen worden. Het nadeel van deze oplossing is echter, dat het schijnbaar onmogelijk is om een criterium te formuleren, dat aangeeft wanneer bepaalde effecten te dicht in elkaars buurt zijn. Een veelbelovende strategie is daarom om het probleem van 'nabijheid' te omzeilen. Dit is precies wat Quinn in zijn artikel *Actions, Intentions and Consequences* probeert te doen. Volgens Quinn is er wel degelijk een verschil tussen SB en TB. TB heeft namelijk de intentie om de burgers in de explosie te betrekken, omdat juist met dit betrekken zijn doel wordt gediend. Het is immers de essentie van het bombardement dat mensen op een gewelddadige manier als middel gebruikt worden om de vijand te demoraliseren. SB daarentegen heeft die bedoeling niet. Zijn bombardement heeft wel de bedoeling dat een explosie zal plaatsvinden, maar niet om daarin burgers te betrekken, ook al weet hij dat door zijn bommen onschuldige mensen om het leven zullen komen.

In het geval van TB gebruikt de bommenwerper de mensen op een *directe* manier in zijn bedoelingen, terwijl in het geval van SB de bommenwerper de mensen op een *indirecte* manier in het proces betreft. Volgens Quinn is indirect betrekken gemakkelijker te rechtvaardigen dan op een directe manier betrekken, waarbij mensen als een intentioneel object worden gebruikt.¹⁵ Deze enigszins Kantiaanse formulering levert echter voor het strafmaatregeldebat op, dat zowel in het geval van straf als in het geval van TBS *geen* sprake is van een indirecte manier van betrekken. In beide gevallen wordt de persoon in kwestie door middel van de opsluiting op een directe manier gebruikt om het doel te bereiken. Bij TBS wordt met het zonder

¹⁴ Quinn 1989, p. 337.

¹⁵ Quinn 1989, p. 342.

toestemming opsluiten van de persoon in kwestie het einddoel (beveiliging van de samenleving) gediend. Voor de TBS geldt dus evenals voor straf dat geen sprake is van een indirecte manier van betrekken van de persoon in kwestie.

Zowel voor de vergelding, als voor de generale en speciale preventie geldt derhalve dat de DDE niet van toepassing is. Het ligt daarom meer voor de hand om zowel de straf als de TBS als bedoelde leedtoevoeging aan te merken, omdat in beide gevallen de persoon in kwestie zonder toestemming als direct middel wordt gebruikt. Het door Jonkers, Pompe en Knigge gesignaleerde verschil tussen straf en TBS, bedoeld-onbedoeld, vindt ook in het tweede criterium geen steun.¹⁶

3 Conclusie

Volgens Quinn maakt het veel uit of het te legitimeren effect de primaire bedoeling van de handeling is of slechts een (voorzienbaar) neveneffect. Daar kun je het mee eens zijn of niet, maar dat maakt voor de onderhavige discussie niet uit. Immers, of het nu juist is of niet, de leedtoevoeging ten gevolge van de TBS is sowieso *bedoelde* leedtoevoeging. De leedtoevoeging is bij zowel straf als TBS te voorzien (criterium 1) en in beide gevallen wordt de persoon in kwestie als intentioneel object gebruikt (criterium 2). De dichotomie bedoeld/onbedoeld kan dus niet dienen als demarcatie voor een mogelijk onderscheid tussen straf en TBS.

In de inleiding stelde ik dat het systeem van straf en TBS naast elkaar een compromis is tussen denkers van verschillende stromingen ('klassieke leer' tegenover de 'nieuwe richting'). Een dergelijk compromis, dat zo op het eerste gezicht bijzonder moeilijk te verenigen standpunten (vergeldingsleer/kantianisme met preventieleer/utilitarisme) bundelt tot één geheel, kan 'het beste van beide werelden' betekenen, maar het kan ook een theoretisch allegaartje opleveren. Ik heb in dit artikel geen van beide aangetoond; maar ik stel wel vast dat het wegvallen van de dichotomie onbedoelde en bedoelde leedtoevoeging als onderscheid tussen straf en TBS afbreuk doet aan de theoretische houdbaarheid van het historische compromis. Het laat in ieder geval een leemte open en die leemte moet ons uitdagen opnieuw op onder-

16 Je zou ook kunnen stellen dat gedwongen opsluiting een *vorm* van leedtoevoeging is, net zo goed als mishandeling een vorm van leed toevoegen is. Indien gedwongen opsluiting inderdaad een onderdeel van de verzameling 'leedtoevoeging' is, dan betekent dit dat het bedoeld inzetten van het middel gedwongen opsluiting om een bepaald doel te bereiken (vergelding of preventie) altijd bedoelde leedtoevoeging is. Gedwongen opsluiting en leedtoevoeging zijn dan immers op conceptueel niveau gekoppeld. (In een ander verband doet Hart deze suggestie: H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, London: Oxford University Press 1968, p. 120.)

zoek te gaan naar de verhouding tussen de straf en de TBS. Dit onderzoek zou ook als verrassend resultaat kunnen hebben dat we sinds 1928 via de TBR/TBS mensen straffen die niet verantwoordelijk zijn voor hun handelingen.¹⁷

Summary

Since 1928 it has been possible in the Netherlands for a judge to send a criminal who is not fully responsible, or not responsible at all, to a TBS-facility. This measure may be supplementary to punishment, but it can also replace it. In contrast to punishment, this measure is treatment-oriented (it includes therapy) and is not restricted by a time limit. Every two years a judge determines whether the person still poses a considerable threat to society. If this is repeatedly deemed to be the case, the individual may effectively be locked up for the rest of his/her life. The Dutch debate about TBS reveals wide agreement that TBS can severely harm the interests of the person. However, this harmful treatment is not interpreted as a form of punishment. According to some leading Dutch legal theorists, punishment is the intentional infliction of harm, and because the harm resulting from the TBS is not intended as such, there seems to be a clear difference between the two institutions.

Unfortunately, the analysis usually ends here. There is no investigation into whether the claim of 'unintentional' harm makes any sense at all. This paper is an attempt to redress this lack of analysis. I will argue that 'unintentional harm' refers indirectly to the doctrine of double effect (DDE). This doctrine holds that the pursuit of a good tends to be less acceptable where a resulting harm is intended as a means, rather than when it is merely foreseen. Since the primary aims of TBS are to cure the patient and to protect society, it can be argued that the infliction of harm is merely foreseen; it might be an unfortunate and unintended side effect. DDE is not accepted by everyone, but it will be argued that even if DDE is held to be sound, there is ample reason not to be satisfied with this particular use of DDE. The paper holds that the claim of unintentional harm is not adequate when the person in question is 'used' to protect the interests of others. The paper concludes with the modest claim that it may be difficult to distinguish between punishment and TBS: is TBS perhaps a form of punishment?!

17 Het ligt voor de hand dat in dit onderzoek ook de overige 'maatregelen' worden betrokken.