

Nieuwe nuttige gegevens voor de strafrechtsdogmatiek?

In deze editorialem werd meer dan eens de aandacht gevestigd op recente ontwikkelingen in de literatuur over misdaadbestrijding of criminele politiek. Het lijkt niet zonder nut om na te gaan of er in nieuwe publikaties geen nuttige gegevens te vinden zijn voor de strafrechtsdogmatiek.

Practici hebben weinig belangstelling voor deze tak van het strafrecht. Men kan ze best begrijpen want er is in de strafrechtsdogmatiek veel energie aangewend in byzantijnse discussies. De strafrechtsdogmatiek is echter van groot belang voor het onderwijs van het strafrecht en hierdoor bepaalt ze — op bewuste of onbewuste wijze — de redeneringstrant van de praktici. Daarom is het niet overbodig de laatste evoluties op dit gebied te bestuderen, doch men moet tegelijkertijd ervoor opletten niet te vervallen in wereldvreemde beschouwingen. Aandacht moet dan ook besteed worden aan de strafprocessuele relevantie van een eventuele nieuwe formulering op gevaar af de praktici aan zichzelf te doen twijfelen.

De klassieke leer en de stelling van Legros

Het gebrek aan belangstelling voor de strafrechtsdogmatiek in ons land is voor een deel te wijten aan de verstarring van de standpunten. Twee opvattingen kruisen gewoonlijk de degen: de klassieke leer van de grondlegger van het Strafwetboek Haus, die thans verdedigd wordt door Jacques Verhaegen¹ en de theorie van Robert Legros uiteengezet in zijn thesis 'L'élément moral dans les infractions' in 1952.

De klassieke opvatting stelt dat opzet een bestanddeel is van alle misdaden en wanbedrijven tenzij de wetgever uitdrukkelijk de onachtzaamheid voldoende acht. Dit beginsel wordt omgekeerd m.b.t. de overtredingen van het Strafwetboek en de overtredingen en wanbedrijven uit de bijzondere wetten. Voor die misdrijven is de onachtzaamheid de regel, benevens andersluidende aanduiding. De werkelijke draagwijdte van dit beginsel 'geen misdaad of wanbedrijf zonder opzet' hangt vanzelfsprekend af van de definitie van het opzet. Handelt met opzet hij die wetens en willens een misdrijf pleegt. Doch het begrip opzet slaat niet alleen op hem die rechtstreeks het plegen van het misdrijf beoogt (het algemeen opzet), doch ook op de dader die de mogelijkheid een strafbaar feit te plegen aanvaardt (het eventueel opzet). Voor de verdere uiteenzetting van de klassieke leer lijkt het voorzichtig Haus zelf aan te halen: 'Pour qu'une infraction

1. Zie o.m.: Le dol éventuel et sa place en droit pénal belge, in *Liber Amicorum H. Bekaert*, 1977, 437-452; L'imprudence punissable en législation et en jurisprudence belges, *J.T.*, 1979, 349-355; La définition de l'intention dans les codes pénaux modernes, in *Liber Amicorum F. Dumon*, 1983, 527-536.

puisse être considérée comme l'effet d'une résolution criminelle ou d'une négligence coupable, il faut d'abord que l'auteur ait pu comprendre l'illégalité de son action; il faut, ensuite qu'il ait eu le pouvoir de s'en abstenir. La culpabilité de l'agent ou l'imputabilité de l'action suppose donc le concours de l'intelligence et de la liberté. Si l'une ou l'autre de ces facultés sont supprimées, l'acte bien que matériellement contraire à la loi pénale, n'est imputable ni au dol, ni à la faute de l'auteur et cesse, par conséquent, d'être une infraction'.²

De aanhangers van de klassieke leer hebben ook ruime aandacht voor de weerslag van de dwaling. Niet alleen de onoverwinnelijke dwaling sluit het bestaan van het opzet uit. Ook de verdachte die de dwaling kon vermijden, maar toch oprecht in feite dwaalde, kan slechts gestraft worden wegens nalatigheid, op voorwaarde dat de strafwet het feit ook als nalatigheidsdelict bestraft.

Legros heeft deze klassieke opvattingen in zijn thesis in twijfel getrokken. Bij de ontleding van de rechtspraak, die zich over het al dan niet aanwezig zijn van het algemeen opzet had uit te spreken, komt hij tot de vaststelling dat het bestaan van die opzetvorm steeds wordt afgeleid uit het ontbreken van een grond van rechtvaardiging. Het algemeen opzet is dus een negatief element van het misdrijf. Dit houdt meteen in dat de inbreuk op de strafwet op zichzelf een schuldige gedraging uitmaakt (schuld door wetsovertreding). In dit opzicht bestaat er geen verschil tussen de overtredingen enerzijds, en de misdrijven die volgens de klassieke leer algemeen opzet vereisen anderzijds. Voor al die misdrijven ligt het moreel bestanddeel in het plegen van het misdrijf zelf. Wel vereist de wet soms uitdrukkelijk voor sommige misdrijven een bijzonder moreel element, dat kan bestaan ofwel in onachtzaamheid, ofwel in de wil tot een resultaat (bijzonder opzet). Legros stelt ook dat het klassiek begrip van eventueel opzet kunstmatig in het leven werd geroepen omdat de aanhangers van de klassieke leer geen uitzondering op de opzetvereiste dulden. Het eventueel opzet is een middel om de te strenge eisen van deze leer af te zwakken.

De stelling van Legros vertoont talrijke voordelen op de klassieke opvattingen:

1. De rechtvaardigingsgronden zijn excepties. De vraag naar rechtvaardiging kan slechts rijzen, wanneer de gepleegde daad of onthouding volgens de omschrijving van de wet een misdrijf is, d.i. wanneer al de constitutieve elementen van een delictomschrijving aanwezig zijn. Ontbreekt één van die bestanddelen, dan is er geen misdrijf en behoeft de gestelde gedraging geen rechtvaardiging.

2. De onoverwinnelijke dwaling doet bij opzettelijke misdrijven het opzet niet verdwijnen, maar ontnemt net als de dwang of de overmacht aan het misdrijf het karakter van schuldige gedraging. De niet-onoverwinnelijke feitelijke dwaling die de dader m.b.t. een opzettelijk misdrijf (b.v. bij heling) oprecht begaat, houdt geen verband met de gronden van rechtvaardiging. Bij deze dwalingsvorm ontbreekt het opzet, dat een van de constitutieve bestanddelen van het misdrijf is en wat door de wet niet verboden is, moet ook niet worden gerechtvaardigd. De dwaling als rechtvaardigingsgrond moet dus worden onderscheiden van de dwaling die het ontbreken van een constitutief element tot gevolg heeft.

2. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, I, nr. 600.

De stellingen van Legros zijn echter ook in bepaald opzicht vatbaar voor kritiek. Op de volgende punten kan eerder aangeleund worden bij de opvattingen van Verhaegen.

1. De stelling volgens welke bij misdrijven waarvoor de wet geen bijzonder opzet vereist het moreel bestanddeel in het plegen van het misdrijf zelf zou liggen (schuld door wetsovertreding) heeft de rechtspraak er abusievelijk toe geleid veroordelingen uit te spreken wegens onachtzaamheid, daar waar de wettelijke delictomschrijving duidelijk de doelgerichte wil inhoudt van de dader te doen wat de wet verbiedt (b.v. bij openbare zedenschennis).

2. Alle gronden van rechtvaardiging moeten niet als gelijkaardig worden opgevat. In de leer van Legros wordt die benaming zowel aan het gebod van de wet en het bevel van de overheid, de wettige verdediging, de noodtoestand, de geestesstoornis, de jeugdige leeftijd, de dwang als aan de dwaling gegeven. Het is meer verantwoord en meer functioneel een onderscheid te maken tussen excepties die de wederrechtelijkheid van de geïncrimineerde gedraging opheffen en aldus werken ten gunste van de deelnemers en excepties die enkel betrekking hebben op de persoon die onder bepaalde voorwaarden niet ter verantwoording kan worden geroepen voor een wederrechtelijke gedraging.

3. Legros meet deze laatste groep excepties, en met name de dwang of overmacht en de dwaling of onwetendheid, naar de te geobjectiveerde criteria. Daar waar de wet het heeft over de dader die gedwongen werd door een macht die hij niet heeft kunnen weerstaan, wordt geen absolute onmogelijkheid van verzet vereist, doch een kracht bedoeld, waartegen weerstand bieden redelijkerwijze niet is te vorderen. Ook bij de beoordeling van de dwaling wordt thans in de rechtspraak niet zozeer gezocht of de dader ze absoluut kon vermijden, maar of onder dezelfde omstandigheden een vooruitziend en redelijk mens ook foutief zou hebben gehandeld.³

De doctoraten van Vellinga en Strijards

In Nederland zijn gedurende de laatste jaren enkele opmerkelijke doctoraten m.b.t. de strafrechtsdogmatiek verschenen. Onze noorderburen steunen hierbij op de rijke Duitse doctrine, doch getuigen tegelijkertijd van een groot pragmatisme.

Uit de doctoraten van Vellinga (Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van schuld, Gouda Quint, 1982) en van Strijards (Facetten van dwaling in het strafrecht, Gouda Quint, 1983) puren we volgende interessante ideeën.⁴

Het schuldvraagstuk mag niet langer star en monolithisch benaderd worden. Men ging er steeds van uit, dat bij ieder misdrijf zich slechts een schuldvorm voordoet: hetzij opzet, hetzij onachtzaamheid. Dit had met name invloed op de plaats van de toerekeningsvatbaarheid in de structuur van het strafbaar feit. De toerekeningsvatbaarheid was steeds aangemerkt als een voorwaarde voor schuld. Wie niet toerekeningsvatbaar was, kon geen schuld hebben. De opvatting hierover is

3. Cass. 6 oktober 1952, *Pas.*, 1953, I, 37 en *Arr. Cass.*, 1953, 35.

4. De thesis van VERMUNT D.J.P.M., 'Onrecht en wederrechtelijkheid in de strafrechtsdogmatiek' (Gouda Quint, 1984) werd hier opzettelijk buiten beschouwing gelaten.

echter veranderd: de toerekeningsvatbaarheid wordt thans naast opzet en onachtzaamheid als onderdeel van de schuld gezien. Een ontoerekeningsvatbare dader kan ofwel opzet of onachtzaamheid hebben. Deze ontwikkeling werd in de hand gewerkt doordat het accent binnen de schuld verschoof van het psychische naar het normatieve.

Deze gewijzigde visie op het schuldbegrip leidde mede tot de ontdekking van de verwijtbaarheid als element van de schuld. De Hoge Raad stelde in een arrest van 14 februari 1916 dat 'geen straf zonder schuld' als beginsel van strafrecht gold. Sedertdien neemt de rechtspraak constant dit beginsel aan als aanknopingspunt voor een nieuwe ongeschreven strafuitsluitingsgrond: de afwezigheid van alle schuld (Avas). Dit betekent niet dat bij ieder delict de schuld uitdrukkelijk moet worden vastgesteld alvorens tot een veroordeling te kunnen komen. De schuld is geen bestanddeel van ieder delict. Enkel indien afwezigheid van alle schuld blijkt, is de dader niet strafbaar. Aan dit beginsel ligt de gedachte ten grondslag, dat vervulling van de bestanddelen van een delict in de regel ook betekent dat de dader de schuld heeft; slechts in uitzonderlijke gevallen zou deze ontbreken. Deze opvatting is processueel van groot belang. Opzet en onachtzaamheid als bestanddelen van het delict moeten telastegelegd en bewezen worden. De verwijtbaarheid daarentegen hoeft niet telastegelegd en bewezen te worden. Wordt aannemelijk dat deze niet aanwezig is, dan gaat de dader vrijuit wegens het ontbreken van de verwijtbaarheid. Daaronder ligt de gedachte dat de dader geen straf kan worden opgelegd, indien hij niet anders had kunnen handelen. Bij deze dader is schuld afwezig.

Hierbij moet worden opgemerkt dat de aanvaarding van het beginsel 'geen straf zonder schuld' niet betekent dat bij de misdrijven, waarin in de delictomschrijving niet uitdrukkelijk opzet of onachtzaamheid als bestanddeel is opgenomen, een van beide schuldvormen moet worden ingelezen. Ook bij deze misdrijven moet de schuld niet als een bestanddeel van het delict opgevat worden, maar enkel als een strafuitsluitingsgrond.

De schuld wordt aldus in het Nederlandse strafrecht opgebouwd uit afzonderlijke onderdelen: *opzet (of onachtzaamheid), verwijtbaarheid, toerekeningsvatbaarheid*.

Opzet en verwijtbaarheid staan los van elkaar. Een dader die dwaalt kan immers opzettelijk handelen, hoewel het gedrag hem in bepaalde voorwaarden niet kan worden verweten. In de regel zal de dwaling het strafbaar opzet sparen. Aldus wordt er duidelijk afgeweken van de klassieke opvatting die de vraag 'kan dwaling relevant zijn?' zonder meer verengde tot 'kan dwaling het strafbaar opzet uitsluiten?'. Die zienswijze was een gevolg van de monolitische benadering van de schuld omdat alles via het opzet moet worden gespeeld. In dit verband spreekt men van opzetsparende dwaling. De dader kan, ondanks zijn opzet, geen verwijt treffen, wanneer hij niet foutief dwaalde.

Opzet staat ook los van de *toerekeningsvatbaarheid* van de dader. Ontoerekeningsvatbaarheid wil niet zeggen dat men geen opzet kan hebben, maar dat men vrijuit gaat omdat het opzet is gevormd onder invloed van de bij de wet omschreven toestand.

Verwijtbaarheid en toerekeningsvatbaarheid tenslotte moeten ook van elkaar onderscheiden worden. Bij de verwijtbaarheid wordt de vraag van het 'an-

ders kunnen handelen' beantwoord vanuit de omstandigheden waarin de dader verkeerde. Bij de toerekeningsvatbaarheid wordt die vraag beantwoord vanuit de psychische gesteldheid van de dader.

De verwijtbaarheid is ook niet identiek met de *onachtzaamheid*. In de constructie van de schuld blijft er na de onachtzaamheid nog ruimte voor de verwijtbaarheid, omdat de reikwijdte van dit element veel groter is. Subjectieve, d.i. de dader persoonlijk betreffende elementen, kunnen langs de verwijtbaarheid strafuitsluitend werken, niettegenstaande de onachtzaamheid. A fortiori bestaat er ook een verschil tussen onachtzaamheid en toerekeningsvatbaarheid.

Deze enkele ideeën geven slechts gedeeltelijk de rijkdom van de doctoraten van Vellinga en Strijards weer. Doch er moet ook nagegaan worden of er in eigen land geen interessante ontwikkelingen in de strafrechtsdogmatiek zijn, op gevaar zich overdreven te laten beïnvloeden door vreemde rechtstelsels, zoals soms terecht wordt opgemerkt t.a.v. bepaalde landgenoten die vaak onder invloed van de Franse rechtspraak denken.

De bijdragen van Brosens en Gorlé

In de laatste jaren zijn in het Rechtskundig Weekblad twee bijdragen over strafrechtsdogmatiek verschenen, die niet de verdiende aandacht hebben gekregen.

Walter Brosens heeft onder de titel 'Het morele bestanddeel der misdrijven en het toekomstig Strafwetboek' (*R. W.*, 1978-79, 1809-1834) gewezen op tenminste drie onjuistheden van de klassieke leer.

1. Een strafstelsel dat uitgaat van het beginsel 'geen misdaad of wanbedrijf zonder opzet' zou enkel mogelijk zijn wanneer er een groot aantal uitzonderingen en beperkingen op de regel zouden voorzien zijn.

2. Ten onrechte wordt gesteld dat het beginsel naar luid waarvan minstens onachtzaamheid aan de verdachte verwijtbaar moet zijn, miskend wordt door de huidige Belgische rechtspraak. Onze rechtspraak erkent het bestaan van gronden van rechtvaardiging ten opzichte van alle misdrijven, de overtredingen op de reglementaire voorschriften inbegrepen. Dit is dan nog het geval als de wetgever gemeend heeft onwetend gepleegde overtredingen te moeten doen bestraffen.⁵

3. De stelling van de aanhangers van de klassieke opvatting m.b.t. de niet-onoverwinnelijke oprechte feitelijke dwaling gaat volledig in tegen de uitgesproken strekking naar gelijkstelling van de gevolgen van de feitelijke en de rechtsdwaling. Er wordt immers niet gesteld dat de oprechte niet onoverwinnelijke rechtsdwaling het bestaan van het opzet uitsluit, terwijl dit wel in geval van gelijkaardige feitelijke dwaling wordt beweerd.

Ook uit de studie van Frits Gorlé 'Nogmaals over het morele bestanddeel van het misdrijf' (*R. W.*, 1980-81, 89-102) kunnen interessante bedenkingen worden geput:

1° Het beginsel dat principieel alleen de opzettelijke misdrijven tot strafrechtelijke aansprakelijkheid aanleiding zouden geven, moet grondig worden

5. Zie noot 3.

herdacht nu het vaststaat dat in de moderne maatschappij met al haar technische hulpmiddelen en de daaruit voortvloeiende gevaren, de onopzettelijke misdrijven veel meer schade aanrichten dan de opzettelijke.

2° Wanneer de wetgever zich onthoudt enig moreel bestanddeel in een delictomschrijving op te nemen, geeft hij zijn bedoeling te kennen dat de rechter de dader niet op hart en nieren moet beproeven. In deze gevallen is dat misdrijf strafbaar, ongeacht de aard van het moreel bestanddeel bij de dader aanwezig.

3° Fout is er maar wanneer a) de dader schuldbekwaam is (d.w.z. niet krankzinnig, noch strafrechtelijk minderjarig) en wanneer b) vaststaat dat het opzet of de nalatigheid waarmee hij gehandeld heeft niet door enige schuldopheffingsgrond wordt uitgeschakeld. Alhoewel tegen de achtergrond van de thesissen van Vellinga en Strijards qua volgorde en formulering hier enigszins voorbehoud moet worden gemaakt, is dit laatste ook een belangrijke verworvenheid.

Thans moet worden gepoogd of de kritiek op de klassieke leer en op de stelling van Legros, de gegevens geput uit de doctoraten van Vellinga en Strijards en uit de belangwekkende bijdragen van Brosens en Gorlé het niet mogelijk maken op nuttige wijze te komen tot een eigen formulering. Hierbij zijn er ongetwijfeld terminologische problemen, zoals de door Lieven Dupont vermelde meerduidige betekenis van het woord schuld. Schuld zal alleen worden gebruikt in de betekenis van verwijtbaarheid. Ook kan het blijken dat de disharmonie over bepaalde begrippen eerder de wijze van voorstelling van zaken dan de inhoud betreft en dus tenslotte weinig originaliteit bevat...

Poging tot formulering

M.b.t. het moreel bestanddeel van het misdrijf rijst meer en meer de vraag of de jarenlange discussie omtrent het beginsel dat strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens opzettelijke misdrijven de regel is, veel zin heeft gehad. Iedere delictomschrijving moet het door de wetgever vereiste moreel bestanddeel vermelden en in elk geval moet er bij ieder misdrijf sprake zijn van enige schuld. De Belgische rechtspraak heeft die vereiste duidelijk aanvaard door het bestaan van strafuitsluitingsgronden ook aan te nemen ten opzichte van overtredingen op de reglementaire voorschriften.⁵ Een meer principiële stelling lijkt in het modern strafrecht moeilijk aanvaardbaar. Ze is te veel toegespitst op de bescherming van de traditionele waarden uit het Strafwetboek, en miskent het groeiend belang van het economisch en sociaal strafrecht en van talrijke bijzondere strafwetten. Een onderzoek heeft in dit verband aangetoond dat waar in 1867 er slechts 77 bijzondere wetten van toepassing waren, dit aantal in 1971 gestegen was tot 1112. Wezenlijke juridische belangen worden meer en meer beschermd in die wetten die richtinggevend zijn voor de evolutie in de maatschappij. Deze vaststelling werd ook gedaan in West-Duitsland en in Oostenrijk waar buiten het traditioneel strafrecht bijzondere systemen van 'Ordnungswidrigkeiten' en 'Verwaltungsübertretungen' van kracht zijn. Het in deze stelsels afgekondigd beginsel dat slechts opzettelijk handelen gesanctioneerd kan worden, werd op zijn kop gezet.

5. Zie noot 3.

Ook heeft dit hogervermeld beginsel weinig zin gezien de strekking om niet enkel positieve handelingen doch ook meer en meer onthoudingen strafbaar te stellen. Wie een door de wet voorgeschreven handeling niet verricht, is in principe strafrechtelijk aansprakelijk, behoudens het aannemelijk maken van een strafuitsluitingsgrond. Ook kan er twijfel rijzen omtrent de relevantie van een discussie omtrent het vernoemd beginsel wanneer aangenomen wordt dat in veel gevallen de dader deels opzettelijk en deels bij onachtzaamheid handelt. Wel blijft het geboden het onderscheid te maken tussen misdrijven waar opzet of onachtzaamheid vereist is en waar de wet zwijgt over opzet en onachtzaamheid m.b.t. de bewijslast en de toepassing van de regels inzake strafbare poging en deelneming.

Slechts wanneer al de *constitutieve bestanddelen* van de delictomschrijving aanwezig zijn, kan de vraag naar de rechtvaardiging van de gedraging rijzen. Hierbij lijkt het zowel principieel als pragmatisch van belang een onderscheid te maken tussen *rechtvaardigingsgronden* en gronden van schuldonthefing. Rechtvaardigingsgronden zijn een aantal omstandigheden door de wet (gebod van de wet en het bevel van de overheid, wettige verdediging) of door het recht (noodtoestand) bepaald die, al zijn de bestanddelen van het misdrijf voorhanden, de wederrechtelijkheid die er in normale omstandigheden aan verbonden is, neutraliseren. In die omstandigheden heeft de gedraging bepaald door de strafwet geen strafbaar karakter. Nu het feit zelf niet meer strafbaar is zullen de deelnemers eraan ook gerechtvaardigd zijn. Rechtvaardigingsgronden zijn objectief en werken *in rem*.

Daarentegen zijn *gronden van schuldonthefing*, die slechts aan bod kunnen komen wanneer de constitutieve elementen van het misdrijf verenigd zijn en er geen rechtvaardigingsgrond kan gelden, subjectief en werken *in personam*. Het zijn omstandigheden door de wet (dwang of overmacht) of door het recht (dwaling of onwetendheid) bepaald waardoor de verdachte geen verwijt treft wegens de concrete situatie waarin hij de wettelijke delictomschrijving stelt, al blijft die wederrechtelijk. Nu het delictueel karakter van het feit blijft bestaan, blijven de deelnemers eraan strafbaar. Vermits schuldonthefingsgronden subjectief zijn kan men moeilijk aannemen dat de dwaling b.v. naar zuiver objectieve factoren gemeten wordt, zonder rekening te houden met de persoon van de dader. Daarom zou het te verkiezen zijn dat de relevante dwaling niet meer onoverwinnelijke dwaling, doch wel niet-foutieve dwaling genoemd wordt.⁶ De plaats van de schuldonthefingsgronden in dit schema van het misdrijf en van de strafbare dader stoelt op de bevinding dat de verwijtbaarheid naast het opzet (of de onachtzaamheid) een zelfstandige functie heeft. Ze toont meteen aan dat men niet goed kan inzien onder welke voorwaarden de niet-onoverwinnelijke feitelijke dwaling het opzet zou uitsluiten. Deze dwalingsvorm kan enkel de totstandkoming van het in de delictomschrijving vereist opzet verhinderen. Het is niet de dwaling die maakt dat er geen opzettelijk misdrijf meer bestaat, maar wel het ontbreken van een constitutief element (b.v. bij doding).

6. LEGROS, R., Vers une théorie uniforme de l'erreur, *J.T.*, 1953, 337-338.

Tenslotte komt de *toerekeningsvatbaarheid* aan bod. Geestesstoornis en jeugdige leeftijd mogen niet in een adem met gronden van schuldonthefing genoemd worden wegens de hogervermelde principiële redenen. Doch ook pragmatisch moet er een onderscheid worden gemaakt. Er moet rekening worden gehouden met de fundamentele koerswijziging in het gerechtelijk optreden t.a.v. beide voormelde gevallen. Het bij de wetten van 8 april 1930 en 8 april 1965 uitgestippeld curatief of educatief optreden maakt dat er beveiligingsmaatregelen worden opgelegd terwijl in geval van dwang of dwaling de dader wordt vrijgesproken. Net als m.b.t. rechtvaardigingsgronden en gronden van schuldonthefing, heeft ook de plaats van de toerekeningsvatbaarheid in deze poging tot formulering haar belang. Er werd soms verwarring gesticht tussen het moreel bestanddeel van het misdrijf en de toerekeningsvatbaarheid van de dader. Een krankzinnige dader kan een misdrijf in al zijn bestanddelen plegen. Doch hij is niet toerekeningsvatbaar. Daarom stelt de wet van 9 april 1930 in dat geval de internering in de plaats van de straf. Trouwens die wet spreekt niet van internering van een persoon die het materieel bestanddeel van een misdrijf heeft gepleegd, maar van een verdachte die een feit, misdaad of wanbedrijf genoemd, d.i. een feit dat beantwoordt aan een wettelijke delictomschrijving (materieel en moreel bestanddeel), heeft gepleegd. De rechtspraak heeft deze zienswijze uitdrukkelijk bekrachtigd.⁷ Hetzelfde kan worden gezegd van de wet op de jeugdbescherming. Artikel 36.4° heeft het op dezelfde wijze over de minderjarigen die vervolgd worden wegens een als misdrijf omschreven feit. Ook is de plaats van de toerekeningsvatbaarheid na de verwijtbaarheid de dader wegens een schuldonthefingsgrond vrijuit gaat en dat pas daarna de toerekeningsvatbaarheid aan bod dient te komen. Een ontoerekeningsvatbare dader, die b.v. in overmacht een delict begaat, heeft immers evenveel aanspraak op honorering van een beroep op die exceptie als de toerekeningsvatbare dader.

Dankzij deze zienswijze betreffende de toerekeningsvatbaarheid wordt ook meer aannemelijk dat de jeugdrechter een zaak uit handen kan geven met het oog op vervolging overeenkomstig het gemeen recht. Ook wordt het meer verstaanbaar dat er soms gepleit wordt om onder de abnormalen een bijzondere categorie van personen met een verminderde toerekeningsvatbaarheid te onderscheiden, t.a.v. wie een gemengde beslissing, die tegelijkertijd een straf en een curatieve maatregel is, zou worden genomen.

Deze poging tot formulering, die niet de pretentie heeft alle problemen op te lossen en voorzeker voor verbetering vatbaar is, komt overeen met de beoordelingsfunctie van de strafrechter.

De strafrechter moet in de eerste plaats onderzoeken of het feit dat aan de verdachte telastgelegd wordt, een misdrijf is en om welk misdrijf het gaat. Hij moet dan ook nagaan of de verdachte het feit gepleegd heeft met opzet of uit onachtzaamheid.

Slechts nadat is vastgesteld dat alle bestanddelen van het misdrijf aanwezig zijn, waaronder het moreel bestanddeel, wordt in een tweede fase de vraag beantwoord of de dader al dan niet toerekeningsvatbaar is.

7. Cass., 10 december 1941, *Pas.*, 1941, I, 447, *Arr. Cass.*, 1941, 252.

De gedachtengang is niet anders wanneer het openbaar ministerie aan de jeugdrechtbank vraagt een maatregel op te leggen aan een minderjarige omdat hij een als misdrijf omschreven feit zou begaan hebben. De jeugdrechter moet ook eerst vaststellen of die minderjarige de materiële bestanddelen van het misdrijf pleegde en ook of het door de wet vereist moreel bestanddeel van het delict aanwezig is, alvorens een maatregel te treffen.

Tussen deze twee fazen — vaststelling van de bestanddelen van een misdrijf en (opschorting van de) uitspraak van de straf of oplegging van een maatregel — kunnen er zowel m.b.t. de toerekeningsvatbare dader als de ontoerekeningsvatbare of minderjarige dader rechtvaardigings- of schuldontheffingsgronden rijzen. Hierbij gaat het om excepties. Processueel is dit relevant. Enkel wanneer de beklaagde deze gronden aanvoert en zijn bewering enige geloofwaardigheid bevat, moet het openbaar ministerie, de vervolgende partij of de burgerlijke partij de onjuistheid ervan bewijzen.⁸

A. De Nauw

8. Zie o.m. Cass., 10 juni 1974, *Pas.*, 1974, I, 1040 en *Arr. Cass.*, 1974, 1113; Cass., 9 juni 1975, *Pas.*, 1975, I, 969 en *Arr. Cass.*, 1975, 1072.