

Strafbaarstelling, moraliteit en de neurowetenschappen

De impact van de neurowetenschappen op de strafbaarstelling van gedrag

Radboud Universiteit Nijmegen



Faculteit der rechtsgeleerdheid
Radboud Universiteit Nijmegen

Scriptie Nederlands recht
Master strafrecht

Auteur: J.N. (Zef) Coppelmans (voorheen: Faassen)

Studentnummer: 0223867

Begeleider: mr. M.G.J.M. (Martine) van der Staak

Tweede lezer: Prof. mr. P.H.P.H.M.C. (Piet Hein) van Kempen

Datum: 26 juni 2013

Eindcijfer: 9

© 2013, Zef Coppelmans (voorheen: Faassen)

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere wijze, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.

If only it were so simple! If only there were evil people somewhere insidiously committing evil deeds, and it were necessary only to separate them from the rest of us and destroy them. But the line dividing good and evil cuts through the heart of every human being. And who is willing to destroy a piece of his own heart?

- Aleksandr Solzhenitsyn, The Gulag Archipelago.

Samenvatting

Dit onderzoek (scriptie) ziet op de strafbaarstelling van gedrag. Centraal staat de vraag wanneer het is gerechtvaardigd om gedrag strafbaar te stellen. Een scherp antwoord op deze vraag is van belang: ze vormt een grens aan de macht van een overheid. Meer specifiek staat de vraag centraal of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie (seksueel getinte afbeeldingen van *virtuele* kinderen, nagebootst met een animatie of tekening) rechtvaardig is. Beide vragen zijn onderzocht op basis van inzichten uit de morele filosofie en de neurowetenschappen.

Onderzocht is eerst wat in het algemeen een rechtvaardige grondslag is voor strafbaarstelling van gedrag. Binnen de morele filosofie kan onderscheid worden gemaakt tussen twee typen morele theorieën die antwoord geven op deze vraag. Consequentialistische theorieën beoordelen gedrag *enkel* op het gevolg. Voorbeelden zijn de utilitaristische visies van Bentham, Mill en Feinberg: het gedrag wordt beoordeeld op de schadelijkheid of op het grootste geluk voor de grootste groep. Niet-consequentialistische theorieën beoordelen gedrag niet enkel op haar gevolgen, maar tevens op andere overwegingen. Voorbeelden zijn visies die strafbaarstelling funderen in de morele verwerpelijkheid of in de strijd van het gedrag met absolute morele waarden (deontologie, deugdethiek). Niet duidelijk is welke visie voorziet in het beste antwoord op bovenstaande vraag. De gedragswetenschappen bieden uitkomst: inzichten uit de neurowetenschappen tonen dat niet alle morele theorieën stand houden.

Aangesloten wordt bij het werk van de psychologen Daniel Kahneman (Princeton), Jonathan Haidt (NYU) en Joshua Greene (Harvard) omtrent het feilbare menselijke denken. Centraal staat het inzicht dat het menselijk brein (grofweg) twee systemen bevat voor de verwerking van informatie: het intuïtieve systeem (automatisch en onbewust) en het reflectieve systeem (calculerend en bewust). De interactie tussen beide systemen leidt echter tot vertekeningen: ook in het morele denken. Mensen blijken casus die feitelijk hetzelfde zijn, te beoordelen op verschillende wijze. Het treindilemma is een voorbeeld: de meeste mensen vinden het moreel juist om één persoon te doden en vijf levens te redden door een schakelaar over te halen, maar onjuist om vijf levens te redden door één persoon van de brug te duwen.

Greenes onderzoek (fMRI) biedt een verklaring voor de feilbaarheid van het morele denken. Bekend is dat het intuïtieve systeem het primaat heeft in morele oordeelsvorming. Greene toont dat bepaalde typen gedrag (zoals het duwen van de man) een sterkere emotionele en intuïtieve respons in het brein activeren dan andere typen gedrag (omzetten schakelaar). Dit verschil in emotionele respons is aldus Greene een gevolg van de evolutionaire, culturele en individuele ontwikkeling van het intuïtieve systeem. De huidige wereld verschilt in grote mate van de omgeving waarin de menselijke emoties zijn geëvolueerd: de recente technologische en interculturele groei maken dat morele casus bestaan waarmee emoties geen ervaring hebben (zoals abortus, economische criminaliteit of een treinschakelaar). Dit zorgt in dergelijke casus voor een over- of onderreactie van het intuïtieve systeem: de emoties reageren te heftig (seks tussen broer en zus, abortus) of reageren nauwelijks (economische criminaliteit, treinschakelaar, armoede in de wereld).

De feilbaarheid van het morele denken heeft impact op strafbaarstelling: de keuze om bepaald gedrag te verbieden is immers een vorm van moreel keuzegedrag. Gesproken kan worden van een *dual process theory of criminalization*, als uitvloeisel van Greene's *dual process theory*. Een *duaal model voor strafbaarstelling* stelt dat 1) strafbaarstelling voornamelijk is gebaseerd op snelle intuïtieve processen, en in mindere mate op langzame reflectieve processen, 2) dit kan leiden tot rationaliseren en 3) dat keuzes tot strafbaarstelling *biases* kunnen bevatten: soms vindt onze intuïtie bepaald gedrag zéér schadelijk, terwijl dit feitelijk niet het geval is. Meer (empirisch-juridisch) onderzoek is wenselijk.

Greene toont met zijn onderzoek specifiek dat morele oordelen op basis van het intuïtieve systeem leiden tot niet-consequentialistische (deontologische) oordelen, en dat reacties op basis van het reflectieve systeem leiden tot consequentialistische (utilitaristische) oordelen. Dit heeft gevolgen voor de morele visies. Omdat niet-consequentialistische theorieën (onbewust) zijn gebaseerd op het intuïtieve systeem, houdt dit type visies geen

stand: ze bevatten als vanzelfsprekend dezelfde vertekeningen. Consequentialistische theorieën houden volgens Greene wel stand. Deze zijn grotendeels gebaseerd op de reflectieve processen in het brein. Die bevatten niet de genoemde vertekeningen: ze zijn systematisch, flexibel en gecontroleerd.

Om te komen tot een rechtvaardig oordeel over strafbaarstelling van gedrag, zonder de vertekeningen van het feilbare denken, is dus van belang dat wordt getoetst aan een consequentialistische theorie. De theorie van Joel Feinberg verdient de voorkeur boven de consequentialistische theorieën van Devlin en Bentham. Feinbergs schadebeginsel (als uitwerking van Mill) is een objectief criterium, dat geen afbreuk doet aan de gelijkheid tussen mensen. Bovendien is Feinbergs schadebeginsel in de kern gebaseerd op twee fundamentele en algemeen geaccepteerde (maar niet: absolute) waarden van het leven: overleving en voortplanting. Verschillende vormen van inbreuk op deze waarden worden betiteld als schadelijk (zoals moord, bedreiging, diefstal en verkrachting). Tot slot is Feinbergs werk gebaseerd op de reflectieve processen in het brein: het bevat een strikte logica, is systematisch en flexibel. Dit maakt zijn schadebeginsel (tot op heden) de meest rechtvaardige algemene grondslag voor strafbaarstelling van gedrag.

Om de vraag te beantwoorden of het verbod op virtuele kinderpornografie rechtvaardig is, dient de grondslag voor deze strafbaarstelling te worden getoetst aan Feinbergs schadebeginsel. De grondslag voor de strafbaarstelling van virtuele kinderporno wordt, aldus vier argumenten van de wetgever, gevonden in de schadelijkheid van het materiaal. Twee argumenten zijn 'bewijstechnisch': (1) een kind kan bij de vervaardiging betrokken zijn geweest, wat niet is te bewijzen. Ook kan (2) het virtuele materiaal de vervolging van echt materiaal in de weg staan, omdat een verdachte te allen tijde kan claimen dat het verdachte materiaal virtueel is. De andere argumenten zijn specifiek gericht op het voorkomen van schade, die ontstaat als gevolg van het in omloop brengen van het virtuele materiaal. Enerzijds omdat (3) kinderen kunnen worden verleid met het materiaal, anderzijds omdat (4) moet worden voorkomen dat een subcultuur in stand wordt gehouden die misbruik van kinderen bevordert.

De toets aan Feinberg leidt tot de conclusie dat geen van de argumenten terecht is gebaseerd op het schadebeginsel. Overall ontbreekt een gedegen onderbouwing van het causale verband tussen de gedraging en de schade. De eerste twee argumenten worden in het geheel niet onderbouwd met wetenschappelijk bewijs. Bovendien bestaat, aldus het Amerikaanse hoogerechtshof, geen aanleiding om te veronderstellen dat kinderen worden betrokken bij de vervaardiging van virtueel materiaal: men zou daarmee onnodig grote risico's lopen (aangezien virtuele variant hetzelfde effect sorteert). Ook in het derde argument ontbreekt de causaliteit. Dat kinderen met virtuele kinderporno kunnen worden verleid, betekent niet dat virtuele kinderporno schade veroorzaakt. De schade wordt veroorzaakt door een derde persoon, die daarvoor ook ander materiaal kan gebruiken (zoals snoepgoed en vi-deogames).

Het vierde argument, dat virtuele kinderporno leidt tot méér kindermisbruik, is eveneens niet wetenschappelijk onderbouwd. Het tegenovergestelde is aannemelijker: virtuele kinderporno leidt tot *minder* kindermisbruik. Volgens verschillende gedragswetenschappers tempert de virtuele variant de seksuele drift van mensen met pedofilie. Deze conclusie is gebaseerd op het werk van onder meer Milton Diamond en Jérôme Endrass. Dit is door de wetgever in het geheel niet meegenomen in de beslissing tot strafbaarstelling. De conclusie is dat de argumenten van de Nederlandse wetgever onterecht zijn gebaseerd op het schadebeginsel: onvoldoende wordt onderbouwd dat virtuele kinderpornografie leidt tot schade. Aangezien Feinbergs schadebeginsel standhoudt vanuit neurowetenschappelijk perspectief, betekent dit dat de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie, op dit moment, niet rechtvaardig is.

Het verdient dan ook aanbeveling dat de Nederlandse wetgever deze strafbaarstelling heroverweegt. Met name het gegeven dat virtuele kinderporno de seksuele drift tempert, komt in deze heroverweging een plaats toe. Het verdient voorts aanbeveling dat leden van de wetgevende macht kennis nemen van Kahnemans en Greenes werk over het feilbare morele denken. Door inzicht te verkrijgen in de wijze waarop morele oordelen tot stand komen in het brein, kunnen vertekeningen in het eigen morele denken worden voorkomen. Dat lijkt mij, zeker met het oog op toekomstige morele casus omtrent duurzaamheid, het financiële systeem en (bio)technologie, niet onwenselijk

Summary

This MA-thesis focuses on the criminalization of behaviour. The central question is whether it is justified for a government to criminalize behaviour. A neatly formulated answer to this question is of utmost importance: it limits the power of the government. More specifically, the central question in this thesis is whether the criminalization of virtual child pornography (that is: sexually explicit images of virtual children, imitated by animation or drawing) is legitimate. Both questions have been explored on the basis of insights from moral philosophy and cognitive neuroscience.

The first question is: what is in general a legitimate basis for criminalizing behaviour? Within moral philosophy, a distinction can be made between two types of moral theories. Consequentialist theories judge behaviour solely on their consequences. Examples are the utilitarian views of Bentham, Mill and Feinberg: behaviour is judged on the harmfulness or the greatest happiness for the largest group. Non-consequentialist theories judge behaviour not only on its consequences, but also on other considerations. Examples are visions that ground criminalization in moral wrongfulness or in a violation of absolute moral values (deontology, virtue ethics). It is not clear which philosophical perspective provides the best answer to the above question. The behavioural sciences seem to offer a solution: insights from cognitive neuroscience show that not all moral theories hold up, empirically.

This thesis is based on the work of psychologists Daniel Kahneman (2011), Jonathan Haidt (2012) and Joshua Greene (2013), about the fallible human mind. Central is the insight that the human brain (roughly) contains two systems for processing information: the intuitive system (fast, automatic and unconscious) and the reflective system (slow, calculating and conscious). However, the interaction between the two systems leads to *biases*: also in moral thinking. People assess cases that are in fact the same, in different ways. The train dilemma is an example: most people think it's morally right to kill one person and save five lives by flipping a switch, but think it is wrong to save five lives by pushing one person off the bridge.

Greene's research (fMRI) offers an explanation for the biases in our moral thinking. It is known that the intuitive system has primacy in moral judgment (Haidt, 2001). Greene shows that certain types of behaviour (such as pushing the man) activate a stronger emotional and intuitive response in the brain than other types of behaviour (pulling a switch). The difference in emotional response is, according to Greene, a consequence of the evolutionary, cultural and individual development of the intuitive system. Today's world differs greatly from the environment in which humans evolved: recent technological and intercultural growth means that there are moral cases with which emotions have no experience (such as abortion, economic crime or a train switch). In such cases, this leads to an over- or underreaction of the intuitive system: our emotions react too strongly (sex between brother and sister, abortion) or barely react at all (economic crime, train switch, poverty on the other side of the world).

These findings have an impact on the criminalization of behaviour; the decision to criminalize behaviour is in the end a human decision. We could even speak of a *dual process theory of criminalization*, as a corollary of Greene's dual process theory. A dual process theory of criminalization would argue that 1) criminalization is mainly based on fast, intuitive processes, and to a lesser extent on slow, reflective processes, 2) this could lead to rationalization and 3) decisions on criminalization could be biased: sometimes our intuition reacts very strong to certain behaviour, making us think that it is very harmful – while actually it is not harmful at all (virtual child pornography could be an example, as is Haidt's example of incest). More (empirical-legal) research is necessary.

Greene's research specifically shows that moral judgments based on the intuitive system lead to non-consequentialist (deontological) judgments, and that responses based on the reflective system lead to consequentialist (utilitarian)

judgments. This has consequences for moral theories. Because non-consequentialist theories are (unconsciously) based on the intuitive system, these types of views do not hold up: they naturally contain the same biases. Consequentialist theories do hold up, according to Greene. These are largely based on reflective processes in the brain. They do not contain the aforementioned biases: they are systematic, flexible and controlled.

In order to arrive at a legitimate judgment about the criminalization of behaviour, without the biases of our moral thinking, it is important to use a consequentialist theory. Joel Feinberg's theory is preferable to the consequentialist theories of Devlin and Bentham. Feinberg's harm principle (as an elaboration on Mill) is based on equality. Moreover, Feinberg's harm principle is based on two fundamental and generally accepted (but not: absolute) values of life: survival and replication. Various forms of violation of these values are described as harmful (such as murder, threats, theft and rape). Finally, Feinberg's work is based on reflective mechanisms in the brain: it contains a strict logic, is systematic and flexible. This makes his harm principle (to date) the most legitimate basis for criminalizing conduct.

In order to answer the question whether the criminalization of virtual child pornography is legitimate, it must be tested against Feinberg's harm principle. According to four arguments from the Dutch legislator, arguments that are based on the same American law, the basis for criminalization of virtual child pornography is found in the harmfulness of the material. Two arguments are 'evidence-technical': (1) a child may have been involved in the manufacture, which cannot be proven. Also, (2) the virtual material may hinder the prosecution of real material, because a suspect can at any time claim that the suspect material is virtual. The other arguments are specifically aimed at preventing harm, that follows from circulation of the virtual material. That is, because (3) children can be seduced with the material or (4) a subculture that promotes child sex abuse must be prevented.

The test against Feinberg's theory leads to the conclusion that none of the arguments is correctly based on the harm principle. All arguments lack a solid substantiation of the causal relationship between the conduct and the damage. The first two arguments are not supported by any scientific evidence at all. Moreover, according to the US Supreme Court, there is no reason to assume that children may be involved in the production of virtual material: the manufacturer would thus run unnecessarily great risks (since virtual variant has the same effect). Causality is also lacking in the third argument. The fact that children can be seduced with virtual child porn does not mean that virtual child porn causes harm. The damage is caused by a third person, who can also use other materials for this (such as candy and video games).

The fourth argument, that virtual child porn leads to more child abuse, is also not scientifically substantiated. The opposite is more likely: virtual child porn leads to less child abuse. According to various behavioural scientists, the virtual variant tempers the sexual drive of people with pedophilia. This conclusion is based on the work of Milton Diamond and Jérôme Endrass, among others. This has not been taken into account at all by the legislator in the decision to penalize. The conclusion is that the arguments of the Dutch legislator are incorrectly based on the harm principle: there is insufficient substantiation that virtual child pornography leads to harm. Since Feinberg's harm principle holds up from a neuroscientific perspective, this means that criminalizing virtual child pornography is, at this point, not legitimate.

It is therefore recommended that the Dutch legislator reconsiders this criminalization. The fact that virtual child pornography tempers the sexual drive deserves in particular a place in this review. It is also recommended that members of the legislature take note of Kahneman's and Greene's work on the fallacies in our moral thinking. By gaining insight into the way moral judgments are constructed in the brain, biases in our own moral thinking can be prevented. That does not seem unnecessary to me, especially with the looming future moral cases regarding sustainability, the financial system and (bio)technology.

Verkorte inhoudsopgave

1.	Inleiding	1
2.	Strafbaarstelling in het algemeen	6
2.1	Inleiding	
2.2	Morele filosofie	
2.3	Morele filosofie en strafbaarstelling	
2.4	Morele filosofie en Joel Feinberg	
2.5	Morele filosofie en praktische overwegingen	
2.6	Toetsingskader	
2.7	Conclusie	
3.	Strafbaarstelling in het bijzonder: virtuele kinderpornografie	26
3.1	Inleiding	
3.2	De strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie	
3.3	De grondslag van de strafbaarstelling	
3.4	De grondslag en de toets aan Feinberg	
3.5	Conclusie	
4.	Gedrags- en neurowetenschappen	54
4.1	Inleiding	
4.2	De gedragswetenschappen (biologie en psychologie)	
4.3	De rechtswetenschap en de gedragswetenschappen	
4.4	Conclusie	
5.	Moraliteit en de neurowetenschappen	63
5.1	Inleiding	
5.2	Moraliteit	
5.3	Moreel oordelen	
5.4	De impact van de inzichten op actuele morele casus	
5.5	Conclusie	
6.	Strafbaarstelling en de neurowetenschappen	90
6.1	Inleiding	
6.2	Strafbaarstelling in het algemeen	
6.3	Strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie	
6.4	Synthese	
6.5	Conclusie en slot	
7.	Conclusie	110

Inhoudsopgave

1	Inleiding	1
1.1	Aanleiding en relevantie	1
1.2	Probleemstelling	2
1.3	Opzet	3
1.4	Afbakening	5
2	Strafbaarstelling in het algemeen	6
2.1	Inleiding	6
2.2	Morele filosofie	7
2.3	Morele filosofie en strafbaarstelling	8
	2.3.1 Historie	8
	2.3.2 John Stuart Mill	9
	2.3.3 Patrick Devlin	10
	2.3.4 Hart en Dworkin	10
2.4	Morele filosofie: Joel Feinberg	12
	2.4.1 Harm to others	12
	2.4.2 Offense to others	15
	2.4.3 Harm to self	18
	2.4.4 Harmless wrongdoing	19
2.5	Morele filosofie en praktische overwegingen	20
2.6	Toetsingskader	22
2.7	Conclusie	25
3.	Strafbaarstelling in het bijzonder: virtuele kinderpornografie	26
3.1	Inleiding	26
3.2	De strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie	27
	3.2.1 Totstandkoming	27
	3.2.2 Eerste punt van kritiek	29
	3.2.3 Tweede punt van kritiek	30
	3.2.4 Conclusie	34
3.3	De grondslag van de strafbaarstelling	35
	3.3.1 Het eerste en tweede argument	35
	3.3.2 Het derde en vierde argument	36
3.4	De strafbaarstelling en de toets aan Feinberg	37
	3.4.1 Het eerste argument	37
	3.4.2 Het tweede argument	43
	3.4.3 Het derde en vierde argument	46
	3.4.4 Opmerkingen	50
3.5	Conclusie	51

4.	Gedrags- en neurowetenschappen	54
4.1	Inleiding	54
4.2	De gedragswetenschappen	55
	4.2.1 De vorm	55
	4.2.2 De inhoud	57
4.3	De rechtswetenschap en de gedragswetenschappen	61
4.4	Conclusie	62
5.	Moraliteit en de neurowetenschappen	63
5.1	Inleiding	63
5.2	Moraliteit	64
	5.2.1 Moraliteit en de gedragswetenschappen	64
	5.2.2 Opmerkingen	66
5.3	Moreel oordelen	67
	5.3.2 De vorm van goed en fout	67
	5.3.2 De inhoud van goed en fout	69
	1. Jonathan Haidt en het onbewuste morele brein	69
	2. Joshua Greene en het feilbare morele brein	72
	5.3.3 Opmerkingen	83
5.4	De impact van de inzichten op actuele morele casus	84
5.5	Conclusie	88
6.	Strafbaarstelling en de neurowetenschappen	90
6.1	Inleiding	90
6.2	Strafbaarstelling in het algemeen	91
	6.2.1 Strafbaarstelling	91
	6.2.2 De gedragswetenschappen	92
	6.2.3 Strafbaarstelling en de gedragswetenschappen	93
	6.2.4 Opmerkingen	99
	6.2.5 Conclusie	101
6.3	Strafbaarstelling in het bijzonder: virtuele kinderpornografie	103
6.4	Synthese	105
6.5	Conclusie	108
6.6	Slot	109
7.	Conclusie	110
7.1	Algemeen	110
7.2	Conclusies	110
7.3	Aanbevelingen	116
7.4	Tot besluit	118
	Verkort aangehaalde literatuur	119
	Jurisprudentie	129

Lijst met gebruikte afkortingen

AA	Ars Aequi
art.	artikel
BCI	Brain-computer interfacing
bijv.	bijvoorbeeld
CPPA	Child Pornographic Prevention Act
diss.	dissertatie
DLPFC	dorsolaterale prefrontale cortex
DNA	Desoxyribonucleïnezuur
EEG	Electro-encefalografie
et al.	en anderen
fMRI	functional Magnetic Resonance imaging
HR	Hoge Raad
KNAW	Koninklijke Nederlandse Academie der Wetenschappen
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
m.n.	met name
MvA	Memorie van antwoord
MvT	Memorie van toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJFS	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
nr.	nummer
NV	Nota naar aanleiding van het verslag
o.a.	onder anderen
oorspr.	oorspronkelijke uitgave
p.	pagina
Rb.	rechtbank
red.	redactie
Sr.	Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
TMC	Transcranial magnetic stimulation
Trb.	Tractatenblad
U.S.	United States of America
vMPFC	ventromediale prefrontale cortex
v. / vs.	versus
V.S.	Verenigde Staten
VW	Verslag van een wetgevingsoverleg
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid

H1 Inleiding

1.1 Aanleiding en relevantie

Strafrecht gaat over goed en kwaad. Dit rechtsgebied ziet op moord, doodslag en verkrachting, op goede mensen en slechte mensen, op recht en onrechtvaardigheid. Deze thema's zijn te vinden onder de noemer moraliteit, en spreken velen tot de verbeelding. Echter, voor moraliteit geldt: iedereen kent het, maar niemand kan het uitleggen. Waarom is seks met dieren slecht, maar het eten van dieren goed? Wat maakt gedrag fout, of immoreel? Deze onduidelijkheid heeft ook zijn weerslag in het denken over strafrecht. Een van de eerste vragen die bij de inrichting van dit rechtsgebied aan de orde komt is namelijk: wanneer is het voor de wetgever gerechtvaardigd om bepaald gedrag strafbaar te stellen?

Verschillende filosofen en juristen hebben getracht om te komen tot een antwoord op deze vraag. Dit heeft geleid tot uiteenlopende conclusies. Sommigen zien de schadelijkheid van een gedraging als absolute voorwaarde voor strafbaarstelling. Anderen menen dat de aanstootgevendheid van gedrag voldoende is. Weer anderen zijn van mening dat bepaalde typen gedrag intrinsiek fout zijn, wat strafbaarstelling rechtvaardigt. Geen van deze theorieën biedt echter een sluitend antwoord. Hedendaagse morele casus, zoals abortus en euthanasie, illegaliteit, rituele slachting en de boerka, virtuele kinderpornografie en seks met dieren laten dit zien: nog steeds bestaat onduidelijkheid over de vraag wanneer het voor een wetgever is gerechtvaardigd om gedrag strafbaar te stellen.

Een scherp antwoord op deze vraag is van belang. Ze vormt een grens aan de macht van de machthebber. De machthebber, in Nederland de democratisch gekozen wetgever, is bevoegd om gedrag van mensen te verbieden, door het strafbaar te stellen in de wet. Dit is een ingrijpende vorm van machtsuitoefening. Het antwoord op de vraag *wanneer* het voor de wetgever is gerechtvaardigd om gedrag strafbaar te stellen, vormt een grens aan deze machtsuitoefening. Hiermee is dit antwoord (mogelijk) een onderdeel van de rechtsstaatgedachte.¹ Een scherpe formulering is dus relevant, ook in tijden van relatief hoog vertrouwen in de overheid.

Gemeenschappelijk aan de bestaande theorieën over strafbaarstelling is dat gebruik wordt gemaakt van een traditioneel filosofisch perspectief. De theorieën zijn uitsluitend gebaseerd op het werk van eerdere filosofen, zoals Mill of Kant. Recente wetenschappelijke en technologische ontwikkelingen bieden echter een nieuw perspectief om naar deze vraag te kijken: het perspectief van de gedragswetenschappen. De gedragswetenschappen - in dit onderzoek de psychologie en de biologie - bieden een schat aan nieuwe informatie over menselijk gedrag. De centrale vraag in dit onderzoek ziet op een specifieke vorm van menselijk gedrag: het maken van onderscheid tussen goed en kwaad. Over dit type gedrag bieden met name de neurowetenschappen veel nieuwe inzichten: ze bieden inzicht in de totstandkoming van morele oordelen in het brein.

In dit onderzoek wordt onderzocht in hoeverre deze inzichten van waarde zijn voor de beantwoording van bovenstaande juridische vraag: wanneer is het gerechtvaardigd om gedrag strafbaar te stellen? Dit wordt gedaan aan de hand van een case study: de casus van virtuele kinderpornografie. Over deze strafbaarstelling bestaat discussie: onduidelijk is of het verbod wordt gerechtvaardigd door de schade die virtuele kinderpornografie veroorzaakt. Zodoende staan in dit onderzoek twee thema's centraal: de impact van de neurowetenschappen op de theorieën over strafbaarstelling in het algemeen en de impact van de neurowetenschappen op de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie in het bijzonder.

¹ De rechtsstaatgedachte ziet op de grenzen die worden gesteld aan de macht van een overheid. Zie: Kortmann 2012, p. 46.

1.2 Probleemstelling

Het onderwerp van dit onderzoek is de strafbaarstelling van gedrag. Meer specifiek richt dit onderzoek zich op de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie (seksueel getinte afbeeldingen van *virtuele* kinderen, nagebootst met behulp van een animatie of tekening). Onder juristen en gedragswetenschappers bestaat discussie over de vraag of deze strafbaarstelling rechtvaardig is. Om deze rechtvaardigheid te beoordelen, dienen twee subvragen te worden beantwoord. Eerst dient te worden onderzocht wat in het algemeen een rechtvaardige grondslag is voor strafbaarstelling. Vervolgens dient te worden onderzocht wat de specifieke grondslag is voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie. Zodoende kan worden getoetst of de specifieke grondslag voldoet aan de algemene grondslag.

Echter, rondom de beantwoording van deze subvragen bestaan problemen. Ten eerste is onduidelijk wat in het algemeen een rechtvaardige grondslag is voor strafbaarstelling van gedrag. Is dit de schadelijkheid van het gedrag, de aanstootgevendheid, of spelen andere overwegingen een rol? Inzichten uit de rechtsfilosofie en de rechtsgeleerdheid geven geen sluitend antwoord op deze vraag. Ook rondom de tweede subvraag bestaan problemen: duidelijk is dat de grondslag van het verbod wordt gevonden in de schadelijkheid van de gedraging. Deze schadelijkheid wordt echter betwist: de vraag rijst wat eventueel een andere reden is geweest om virtuele kinderporno strafbaar te stellen.

De beantwoording van de vraag of virtuele kinderpornografie rechtvaardig strafbaar is gesteld, leidt dus tot twee problemen. Om deze problemen op te lossen zijn inzichten uit de filosofie ontoereikend. Omdat strafbaarstelling een vorm is van menselijk gedrag, meer specifiek een vorm van menselijk moreel keuzegedrag, richt dit onderzoek zich op de kennis uit de gedrags- en neurowetenschappen. Onderzocht wordt of deze kennis leidt tot nieuwe inzichten omtrent de juridische vraag of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie rechtvaardig is.

De doelstelling van dit onderzoek luidt dan ook:

Inzicht verkrijgen in de filosofische grondslagen voor een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag en in de neurowetenschappelijke inzichten omtrent moreel keuzegedrag, teneinde te beoordelen of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie rechtvaardig is.

De vraagstelling, die hieruit voortvloeit, is als volgt te formuleren:

Is de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie, gezien de huidige filosofische en neurowetenschappelijke inzichten, rechtvaardig?

1.3 Opzet

De opzet van dit onderzoek is gericht op het beantwoorden van de hoofdvraag: is de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie rechtvaardig? Voor de beantwoording van deze vraag dienen twee subvragen te worden beantwoord. Eerst dient te worden beantwoord wanneer in het algemeen sprake is van een rechtvaardige grondslag voor strafbaarstelling van gedrag. Dit is het eerste thema in dit onderzoek: strafbaarstelling in het algemeen. Vervolgens dient de tweede subvraag te worden beantwoord: wat is de specifieke grondslag voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie? Dit is het tweede thema: strafbaarstelling in het bijzonder. Nadien volgt de synthese: is de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie rechtvaardig?

Beide subvragen worden in dit onderzoek tweemaal behandeld: eerst vanuit het traditionele filosofische perspectief, vervolgens vanuit een meer modern filosofisch perspectief (ook: gedragswetenschappelijk of neurowetenschappelijk perspectief). Het traditionele filosofische perspectief maakt gebruik van bestaande inzichten uit de filosofie, omtrent moraliteit en de strafbaarstelling van gedrag. Dit zijn onder meer de theorieën van Mill, Devlin en Feinberg. Het 'moderne' filosofische perspectief maakt gebruik van de recente inzichten uit de gedrags- en neurowetenschappen. Onderzocht wordt wat de impact is van deze inzichten op beide subvragen in dit onderzoek (strafbaarstelling in het algemeen en strafbaarstelling in het bijzonder). Deze opzet leidt tot de volgende deelvragen, die per hoofdstuk worden besproken:

H2 Wat zijn de grondslagen in de filosofie voor een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag?

H3 Wat is de grondslag voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie?

H4 Wat zijn de nieuwste inzichten uit de gedrags- en neurowetenschappen omtrent menselijk gedrag?

H5 Wat zijn de nieuwste inzichten uit de neurowetenschappen omtrent menselijk moreel keuzegedrag?

H6 Wat is de impact van deze inzichten op de vraag wat in het algemeen een rechtvaardige grondslag is voor de strafbaarstelling van gedrag en op de vraag wat de grondslag is voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie? En: voldoet de grondslag voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie aan de algemene grondslag voor een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag?

Opzet per hoofdstuk

Hoofdstuk twee schetst de bestaande grondslagen voor strafbaarstelling van gedrag. Deze grondslagen zijn allen gebaseerd op morele theorieën uit de filosofie. Daarom volgt eerst een korte inleiding in de morele filosofie. Onderscheid kan worden gemaakt tussen twee typen morele theorieën: consequentialistische en niet-consequentialistische theorieën. Consequentialistische visies beoordelen gedrag enkel op de gevolgen van het gedrag (zoals het utilitarisme). Niet-consequentialistische visies beoordelen gedrag niet enkel op haar gevolgen, maar tevens op andere overwegingen (zoals de deontologie, of de deugdethiek). Vervolgens worden enkele concrete filosofische theorieën besproken, die specifiek betrekking hebben op de strafbaarstelling van gedrag. Dit zijn onder meer de theorieën van Mill, Devlin en Feinberg. De consequentialistische theorie van Joel Feinberg krijgt de mees-te aandacht. Zijn uitwerking van Mills schadebeginsel is de meest recente en meest omvattende consequentialistische theorie over de strafbaarstelling van gedrag. Bovendien blijkt de theorie van Feinberg houdbaar vanuit neurowetenschappelijk perspectief (zie hoofdstuk zes).

In hoofdstuk drie wordt onderzocht wat de grondslag is voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie. Deze grondslag wordt gevonden in het schadebeginsel: dit blijkt uit een viertal argumenten van de wetgever. Tevens wordt onderzocht of de wetgever het verbod terecht baseert op het schadebeginsel. Discussie bestaat over de vraag of virtuele kinderpornografie dermate schadelijk is, dat strafbaarstelling wordt gerechtvaardigd. Om dit te onderzoeken worden de argumenten van de wetgever getoetst aan het werk van filosoof Joel Feinberg. Zijn werk fungeert als richtlijn: het biedt de mogelijkheid om zeer gedetailleerd te toetsen of bepaalde argumenten terecht zijn gebaseerd op het schadebeginsel. Het hanteert een strikte logica en is puur gericht op de gevolgen van gedrag. Opmerking verdient

dat de toets aan Feinberg zeer uitgebreid is. Dit is als volgt te verklaren. De argumenten van de wetgever zijn in de memorie van toelichting zeer slordig verwoord. Dit leidt tot onduidelijkheid: wat bedoelt de wetgever precies? Om deze reden zijn verschillende varianten van de argumenten getoetst aan Feinbergs gedetailleerde theorie, wat de lengte van dit hoofdstuk verklaart.

De hoofdstukken twee en drie behandelen het onderwerp van dit onderzoek vanuit een traditioneel filosofisch perspectief. De hoofdstukken vier tot en met zes gaan een stap verder: onderzocht wordt de impact van de gedrags- en neurowetenschappen op de strafbaarstelling van gedrag. Voordat de impact wordt besproken, volgt eerst een inleiding in dit vakgebied: dit is hoofdstuk vier. Dit hoofdstuk is ingevoegd omdat de juridische opleiding niet voorziet in een gedrags- en neurowetenschappelijke basis. Het is te beschouwen als een intermezzo: indien de kennis reeds bekend is, kan het worden overgeslagen. Geschetst wordt eerst de wijze waarop gedragswetenschappelijke theorieën, over menselijk gedrag en het brein, tot stand komen. Het onderscheid tussen causale en functionele verklaringen, alsook de evolutietheorie, spelen hierin een belangrijke rol. Vervolgens wordt geschetst wat de belangrijkste nieuwe inzichten zijn over menselijk gedrag. De feilbaarheid van het menselijke denken, de invloed van onbewuste processen in het brein en de beperkingen van de vrije wil komen aan bod. Tot slot beschrijft dit hoofdstuk summier de impact van deze inzichten op verschillende gebieden van de rechtswetenschap. Hiermee wordt getracht structuur aan te brengen in de discussie over neurowetenschappen en het recht.

Hoofdstuk vijf voorziet in een inleiding die specifiek van belang is voor het onderscheid tussen goed en kwaad. Geschetst worden de neurowetenschappelijke inzichten omtrent moraliteit en menselijk moreel keuzegedrag. Dit hoofdstuk bevat het hart van dit onderzoek: centraal staan de inzichten van Joshua D. Greene omtrent de totstandkoming van morele oordelen in het brein. Greene is neurowetenschapper en filosoof aan Harvard en een van de leidende onderzoekers op dit gebied. In de totstandkoming van morele oordelen blijken twee centrale hersenprocessen een rol te spelen: reflectieve (bewuste) en intuïtieve (onbewuste) processen. Onderzoek toont dat onbewuste processen het primaat hebben, maar leiden tot vertekeningen in bepaalde morele casus. Mensen vinden het bijvoorbeeld juist om een persoon te doden en vijf levens te redden door een schakelaar over te halen, maar onjuist om vijf levens te redden door iemand van de brug te duwen. Het morele denken blijkt feilbaar. De impact van deze conclusie wordt geschetst aan de hand van een aantal actuele morele casus, zoals euthanasie, de boerka en illegaliteit, economische criminaliteit, de kredietcrisis en de milieuproblematiek.

In hoofdstuk zes komen, tot slot, alle voorgaande inzichten samen. Antwoord wordt gegeven op de hoofdvraag in dit onderzoek. Om tot dit antwoord te komen, wordt eerst beschreven wat de impact is van de neurowetenschappen op de strafbaarstelling van gedrag. Deze impact wordt beschreven in twee delen. Eerst met betrekking tot strafbaarstelling in het algemeen. Beschreven wordt de impact van neurowetenschappelijke inzichten op bestaande filosofische theorieën over de strafbaarstelling van gedrag (§6.2). Inzichten uit de neurowetenschappen onderbouwen dat bepaalde morele theorieën (consequentialistische) de voorkeur verdienen boven andere morele theorieën (niet-consequentialistische). Dit komt door de wijze waarop deze theorieën tot stand komen in het brein: niet-consequentialistische theorieën worden in belangrijke mate ondersteund door onbewuste en intuïtieve processen, waardoor ze vertekeningen kunnen bevatten.

Voorts wordt in hoofdstuk zes de impact beschreven van de neurowetenschappen op het tweede thema: strafbaarstelling in het bijzonder (§6.3). Geschetst wordt de impact op de specifieke strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie. De neurowetenschappen bieden een aannemelijke verklaring voor de vraag waarom virtuele kinderporno strafbaar is gesteld, terwijl geenszins vaststaat dat deze gedraging schade veroorzaakt. Verdedigd wordt dat onbewuste en intuïtieve processen in het brein, ten aanzien van virtuele kinderporno, leidend zijn geweest in de keuze tot strafbaarstelling. Bovendien bevatten deze processen vertekeningen: verdedigd wordt dat morele oordelen ten aanzien

van virtuele kinderpornografie eveneens vertekeningen bevatten. Dit maakt dat het morele oordeel van de wetgever ten aanzien van deze gedraging feilbaar is.

Tot slot volgt het antwoord op de hoofdvraag. Eerst worden de antwoorden op beide subvragen kort samengevat: wat is in het algemeen een rechtvaardige grondslag voor strafbaarstelling en wat is de specifieke grondslag voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie? Nadien volgt de synthese: voldoet de specifieke grondslag aan de algemene grondslag? Deze synthese leidt tot het antwoord op de hoofdvraag: is de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie, gezien de huidige inzichten uit de filosofie en de neurowetenschappen, rechtvaardig?

1.4 Afbakening

Dit onderzoek richt zich op de morele aspecten rondom de strafbaarstelling van gedrag. Dit zijn aspecten die het onderscheid definiëren tussen 'goed' en 'fout'. Echter, in de keuze om gedrag strafbaar te stellen spelen ook praktische overwegingen een rol. Een voorbeeld zijn de kosten die ontstaan door de handhaving van een strafrechtelijk verbod. In dit onderzoek staan dergelijke overwegingen niet centraal. Om het onderscheid te verduidelijken tussen de morele en praktische aspecten rondom strafbaarstelling, wordt in hoofdstuk twee het werk van Theo de Roos kort besproken. Hij heeft een crimineelpolitiek toetsingsschema opgesteld, waarin zowel de morele als praktische aspecten een plaats krijgen.² De praktische aspecten komen in dit onderzoek verder niet aan bod: de focus ligt op de morele aspecten rondom strafbaarstelling van gedrag.

Binnen de morele aspecten rondom de strafbaarstelling van gedrag richt dit onderzoek zich op het schadebeginsel. Gekozen is voor het schadebeginsel, omdat de wetgever de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie enkel baseert op de schadelijkheid van de gedraging. Bovendien wordt in Nederland het schadebeginsel impliciet beschouwd als de belangrijkste grondslag voor strafbaarstelling van gedrag.³ Het aanstootbeginsel en andere grondslagen voor strafbaarstelling worden wel besproken, maar staan in dit onderzoek niet centraal.

² De Roos 1987, p. 53-79.

³ Zie ook Hulsman 1972, p. 90, De Roos 1987, p. 42 en 53-57, Haveman, p. 44 en 64 & De Hullu 2012, p. 17.

H2 Strafbaarstelling in het algemeen

2.1 Inleiding

Recht is relaties.¹ Het recht regelt relaties tussen mensen en groepen mensen. Meer specifiek regelt het strafrecht de relaties tussen de sanctionerende overheid en (mogelijke) wetsovertreders. Indirect beoogt het strafrecht de relaties te regelen tussen alle deelnemers in de samenleving. Hiermee zijn twee doeleinden van het strafrecht gegeven: generale preventie (normbevestiging en afschrikking) en speciale preventie (beveiliging en resocialisatie). Een ander doel van het strafrecht is vergelding van het begane delict (algemene vergelding van de maatschappij en bijzondere vergelding van het slachtoffer en nabestaanden). Deze doeleinden van strafrechtelijk optreden worden breed aanvaard. Meer discussie bestaat over de manier waarop deze doeleinden worden bereikt: dit is een vraag naar de inrichting van het strafrecht.

De eerste vraag die in dat kader aan de orde komt is bedrieglijk eenvoudig: wanneer is het voor de wetgever gerechtvaardigd om bepaald gedrag strafbaar te stellen in de wet? Deze vraag lijkt op het eerste gezicht niet veel discussie op te leveren: verbodsbepalingen van moord, diefstal en verkrachting worden door weinigen betwijfeld. De discussie wordt zichtbaar bij gedragingen die niet zozeer als schadelijk, maar wel als verwerpelijk worden beschouwd. Voorbeelden zijn genoemd in de inleiding: abortus en euthanasie, rituele slachting en virtuele kinderpornografie. In al deze gevallen rijst de vraag naar het onderscheid tussen goed en kwaad: wanneer is het gerechtvaardigd om gedrag strafbaar te stellen?

Verschillende juristen en filosofen hebben getracht om deze vraag te beantwoorden. In dit hoofdstuk wordt een aantal van deze visies besproken. Omdat dit morele filosofische visies zijn, volgt eerst een korte introductie in de morele filosofie. Geschetst wordt dat (groveweg) twee typen morele visies zijn te onderscheiden. Consequentialistische visies beoordelen gedrag enkel op de gevolgen van het gedrag. Niet-consequentialistische visies beoordelen gedrag niet enkel op haar gevolgen, maar tevens op andere overwegingen. Nadien worden verschillende concrete morele theorieën besproken. Deze hebben specifiek betrekking op het strafbaar stellen van gedrag.

Als uitgangspunt is gekozen voor de consequentialistische visie van John Stuart Mill. Zijn schadebeginsel wordt, in Nederland, impliciet beschouwd als de belangrijkste grondslag voor strafbaarstelling.² Eerst volgt een korte historische schets van de totstandkoming van het schadebeginsel en van de verschillende punten van discussie die dit beginsel met zich meebrengt. In deze discussie komen enkele 20^e-eeuwse filosofen aan bod: Devlin, Hart en Dworkin. Nadien volgt een uitgebreide bespreking van het werk van rechtsfilosoof Joel Feinberg. Zijn werk staat in dit hoofdstuk centraal: het bevat de meest recente, specifieke en omvangrijke analyse van het schadebeginsel van Mill. Bovendien is Feinbergs werk in Nederland niet eerder uitvoerig besproken.³ Tevens wordt kort het werk van Theo de Roos besproken, omdat hij de hiervoor beschreven theorieën voorziet van een praktisch kader. Tot slot wordt op basis van Feinbergs werk een toetsingskader geconstrueerd. Dit toetsingskader maakt het mogelijk om (in hoofdstuk drie) te toetsen of bepaald gedrag gerechtvaardigd is gebaseerd op het schadebeginsel.

¹ Met dit antwoord op de door hemzelf opgeworpen vraag 'wat is recht', startte emeritus hoogleraar staatsrecht Tijn Kortmann jaarlijks zijn collegereeks aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

² Zie ook Hulsman 1972, p. 90, De Roos 1987, p. 42 en 53-57, Haveman, p. 44 en 64 & De Hullu 2012, p. 17.

³ Nederlandstalige artikelen over Feinberg: zie Rozemond 1993, Borowski 2009 en Maris 2009.

2.2 Morele filosofie

Centraal staat de vraag wanneer het voor een wetgever is gerechtvaardigd om bepaald gedrag strafbaar te stellen. De antwoorden van filosofen op deze vraag lopen uiteen: sommigen zien de schadelijkheid van een gedraging als absolute voorwaarde voor strafbaarstelling. Anderen menen dat de aanstootgevendheid voldoende is voor een verbod. Weer anderen zijn van mening dat bepaald gedrag intrinsiek fout is, of in strijd is met absolute morele waarden, en om deze reden moet worden bestraft. Echter, alle antwoorden zien op hetzelfde thema: het onderscheid tussen goed en kwaad. Dit maakt dat theorieën over strafbaarstelling vallen binnen de morele filosofie.

Morele filosofie en ethiek

Morele filosofie ziet op het onderscheid tussen goed en kwaad: wanneer handelen mensen op een moreel juiste wijze? Binnen de filosofie wordt de systematische bestudering van alle facetten van deze vraag aangeduid als ethiek. In dit kader vinden filosofen en wetenschappers het van belang om onderscheid te maken tussen normatieve ethiek en beschrijvende ethiek. Normatieve ethiek tracht de vraag te beantwoorden 'wat is goed en wat is fout' en wordt uitsluitend gerekend tot de moraalfilosofie. Beschrijvende ethiek brengt bestaande normen in kaart en tracht te verklaren hoe morele oordelen van mensen tot stand komen. Deze discipline wordt gerekend tot zowel de moraalfilosofie als de moraalpsychologie.⁴ Deze weergave is enigszins vereenvoudigd. De filosofie hanteert een extra onderscheid: tussen beschrijvende ethiek (normen in kaart brengen) en meta-ethiek (totstandkoming ofwel grondslag van de normen). Dit onderscheid wordt in dit onderzoek niet gehanteerd: inzichten uit de gedrags- en neurowetenschappen tonen dat meta-ethiek eveneens een beschrijvende wetenschap is (zie hoofdstuk vijf).

Onderscheid morele theorieën

Binnen de morele filosofie bestaan verschillende stromingen die de vraag beantwoorden wanneer mensen 'goed' of 'fout' handelen. De belangrijkste zijn de teleologie, de deontologie en de deugdethiek.⁵ Ook zijn andere stromingen te onderscheiden. Echter, in de kern is onderscheid te maken tussen twee categorieën morele theorieën.⁶ Binnen deze twee categorieën zijn de verschillende ethische stromingen te plaatsen. Dit zijn:

1. Consequentialistische theorieën.
2. Niet-consequentialistische theorieën.

Consequentialistische theorieën stellen dat een gedraging *enkel* moet worden beoordeeld op basis van het gevolg van de gedraging. Consequentialistische theorievorming wordt ook teleologie genoemd. Het utilitarisme van Bentham (het grootste nut voor de grootste groep) is een voorbeeld.⁷ Ook de theorieën van Mill en Feinberg vallen in deze categorie: het gedrag wordt enkel beoordeeld op het schadelijke gevolg voor andere mensen. De visie van Lord Devlin (die eveneens hierna wordt besproken) wordt eveneens beschouwd als teleologische filosofie. Bij hem staat het schadelijke gevolg voor de samenleving centraal (schending van de publieke moraal).

Niet-consequentialistische theorieën beoordelen gedrag *niet enkel* op haar gevolgen, maar tevens op andere overwegingen. Deze overwegingen zijn divers. De stroming deontologie valt in deze categorie: ze ziet de gevolgen van bepaald gedrag als criterium, maar niet als enige criterium. Het gedrag of de handeling wordt meer *an sich* beoordeeld. Deontologie gaat uit van het bestaan van absolute morele waarden: zoals het absolute recht op leven. Tot deze stroming worden filosofen als Immanuel Kant gerekend.⁸ Een voorbeeld, om de vergelijking met consequentialistische theorieën te verduidelijken, is de volgende casus. Een 'deontoloog' is geneigd om te zeggen dat het ver-

⁴ Greene 2003, p. 849.

⁵ Hursthouse 2012, p.1.

⁶ Greene 2008, p. 36 en 74-75.

⁷ Greene 2008, p. 37.

⁸ Greene 2008, p. 37.

moorden van iemand slecht is, zelfs als deze daad tien andere levens redt. Het moorden an sich is namelijk in strijd met het absolute recht op leven.⁹ Een utilitarist daarentegen (mits aanhanger van Bentham) zal het omgekeerde zeggen. Deontologie is niet de enige ethische stroming die is te beschouwen als een niet-consequentialistische theorie. Ook de deugdethiek valt binnen de *non-consequential theories*. Deugdethiek stelt, in tegenstelling tot de eerder genoemde stromingen, het karakter van de persoon die handelt centraal in het morele denken.¹⁰

Het onderscheid tussen consequentialisme (teleologie) en niet-consequentialisme (deontologie en deugdethiek) komt in het vervolg van dit onderzoek veelvuldig terug. In dit hoofdstuk ligt de nadruk op consequentialistische theorieën, omdat dergelijke theorieën impliciet worden gehanteerd als belangrijkste grondslag voor de strafbaarstelling van gedrag. Voorbeelden zijn het werk van John Stuart Mill, Joel Feinberg en Patrick Devlin. Het werk van deze filosofen wordt in de volgende paragrafen nader uitgewerkt.

2.3 Morele filosofie en strafbaarstelling

In deze paragraaf worden enkele concrete filosofische theorieën besproken die specifiek van belang zijn voor de strafbaarstelling van gedrag. Centraal staan de (consequentialistische) visies van John Stuart Mill en Joel Feinberg. Gekozen is voor Mills visie, omdat zijn schadebeginsel impliciet wordt beschouwd als de belangrijkste grondslag voor het strafbaar stellen van gedrag.¹¹ Gekozen is voor Feinbergs werk omdat dit voorziet in de meest recente en meest uitgebreide analyse van het schadebeginsel. Bovendien houden beide theorieën stand vanuit neurowetenschappelijk perspectief, in tegenstelling tot andere theorieën.¹² Voordat Mills theorie wordt beschreven, volgt eerst een korte historische schets met betrekking tot de strafbaarstelling van gedrag.

Historie

Als reactie op de willekeurige en disproportioneel harde straffen van het Ancien Régime formuleert de 26-jarige jurist Cesare Beccaria in 1764 een tiental criteria voor het straffen van mensen.¹³ De criteria uit zijn essay *Dei Delitte e delle Pene* worden tegenwoordig gezien als basis van het Verlichtingsdenken over strafrecht. Beccaria is een van de eerste filosofen die straf niet zien als een doel op zich, maar als een middel dat dient ter voorkoming van verdere strafbare feiten. Een straf is volgens Beccaria rechtvaardig indien zij in verhouding staat tot de ernst van het delict, is gebaseerd op openbare wetgeving en strikt noodzakelijk is voor de bescherming van het leven en van de individuele burger. De jurist Jeremy Bentham, geïnspireerd door het essay van Beccaria, borduurt hierop voort in *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* in 1789. Hij is van mening dat alle wetgeving tot doel heeft het maximale geluk van de grootste groep mensen te bevorderen. Bentham wordt dan ook gezien als grondlegger van het utilitarisme: de filosofische stroming die effectiviteit en nut als criterium hanteert voor overheidsingrijpen. Straffen is zodoende enkel gerechtvaardigd indien het groter leed voorkomt.¹⁴ Bentham ontwikkelde een gedetailleerde methode om het effect te meten van straffen en gedrag, aan de hand van verschillende parameters.¹⁵ Zijn werk houdt echter weinig rekening met het gegeven dat het maximaliseren van collectief geluk, ten koste kan gaan van de rechten van minderheden.¹⁶ De eerste filosoof die deze leemte opvult is Mill, met de publicatie van *On Liberty* in 1859.

⁹ Greene 2008, p. 37-40.

¹⁰ Hursthouse 2012, p.1 en Greene 2008, p. 74-75.

¹¹ Zie ook Hulsman 1972, p. 90, De Roos 1987, p. 42 en 53-57, Haveman, p. 44 en 64 & De Hullu 2012, p. 17.

¹² Met deze conclusie wordt vooruit gelopen op de inhoud van hoofdstuk zes.

¹³ Beccaria 1764, p. 99.

¹⁴ Westerman 2012, p. 247-255.

¹⁵ De Roos 1987, p. 35.

¹⁶ Sandel 2007, p. 9.

John Stuart Mill

Mill, door zijn vader geschoold in het utilitarisme, is evenals Bentham van mening dat maatregelen van een overheid enkel op hun gevolgen moeten worden beoordeeld. Hij publiceert zijn meest bekende werk om concrete grenzen te formuleren voor de macht die de samenleving, ofwel de democratische overheid, kan uitoefenen over het individu. Dit is volgens Mill van belang omdat hij individualiteit (in de betekenis van zelfontplooiing) ziet als de belangrijkste voorwaarde voor geluk van het individu en de samenleving als geheel. Creatieve individuen moeten hun persoonlijkheid volop kunnen ontwikkelen, dit komt de conformistische massa ten goede.¹⁷ Hij is fel gekant tegen het paternalisme en calvinisme van Victoriaans Engeland: de heersende christelijke ideologie reduceert de mens tot een onmondige dwerg.¹⁸ Nadat het individu vroeger moest worden beschermd tegen de willekeur van de tirannieke heerser, moet de individuele ontplooiing in de democratieën van de 19^e eeuw volgens Mill worden gewaarborgd ten aanzien van de dictatuur van de meerderheid. 'Soms wordt in een democratie namelijk beslist op basis van verstand. Vaker wordt echter beslist op basis van persoonlijke gevoelens, sociale opvattingen, vooroordelen, angsten en eigenbelang. Er is in feite geen erkend beginsel waaraan de juistheid of onjuistheid van overheidsingrijpen wordt getoetst'. Zodoende komt hij tot een naar eigen zeggen 'zeer eenvoudig principe' voor de legitimiteit van overheidsinterventie:

*'Dit principe is, dat het enige oogmerk dat de mensheid het recht geeft om individueel of collectief in te grijpen in de vrijheid van handelen van een van hen, hun eigen bescherming is, en dat de enige reden waarom men rechtmatig macht kan uitoefenen over enig lid van een beschaafde samenleving, tegen zijn zin, de zorg is dat anderen geen schade wordt toegebracht.'*¹⁹

Dit is het schadebeginsel. Mill specificeert zijn beginsel door te stellen dat de handelingsvrijheid van individuen dient volgens Mill te worden ingeperkt bij schade aan anderen ('*other regarding actions*'), niet bij schade voor de handelende persoon zelf ('*self regarding actions*'). Ook stelt hij dat overheidsingrijpen is gerechtvaardigd indien een risico ('*a definite risk*') bestaat op schade.²⁰ Mill formuleert niet duidelijk wat het begrip schade betekent. Hij stelt enkel dat het moet gaan om een directe aantasting van andermans rechten.²¹ Voorbeelden zijn moord, verkrachting en diefstal. Afgeleide schade, zoals publieke verontwaardiging over bepaalde gedragingen of uitlatingen, valt niet onder het begrip. Mensen moeten zeer afwijkende meningen kunnen verkondigen omdat dit de waarheid, en daarmee de samenleving als geheel, ten goede komt.²² Overheidsdwang is volgens Mill dus niet geoorloofd om een individu tot moreel juist gedrag te brengen (moralisme) of om te voorkomen dat hij zichzelf schaadt (paternalisme).²³ Aan het eind van zijn boek geeft Mill enkele voorbeelden die de grenzen van het schadebeginsel doen vervagen. Bij '*offences against decency*' (zoals openbaar toegankelijke prostitutie) moet de overheid bijvoorbeeld ingrijpen, de schade bestaat dan uit een schending van de goede manieren.²⁴ Ook ten aanzien van jongeren mag de overheid meer interveniëren, omdat zij nog niet beschikken over volledig gerijpte geestvermogens.²⁵

Mills schadebeginsel heeft grote invloed op de Westerse samenleving. Maar de theorie van Mill ondervindt ook kritiek: zijn criterium voor overheidsinterventie wordt door sommigen als te strikt beschouwd. De discussie in de jaren 50 van de vorige eeuw tussen de Britse juristen Devlin en Hart is daarvoor illustrerend. Devlin meent dat het schadebeginsel van Mill te weinig overheidsingrijpen legitimeert, maar Hart betwist dit standpunt. Ook Harts opvolger aan de Universiteit van Oxford, de Amerikaanse jurist Dworkin, uit kritiek op Devlins visie.

¹⁷ Maris 2009, p. 10.

¹⁸ Galenkamp 2009 (1), p. 6.

¹⁹ Mill 1859, p. 38 en 41.

²⁰ Haveman 1998, p. 65.

²¹ Galenkamp 2009 (1), p. 7.

²² Borowski 2009, p. 30.

²³ Maris 2005, p. 808.

²⁴ Haveman 1998, 65-66, Mill 1859, p. 168.

²⁵ Adams 2012, p. 47.

Patrick Devlin

In opdracht van de Engelse regering buigt de commissie Wolfenden zich in 1957 over de vraag of homoseksualiteit strafbaar gesteld moet blijven. Zij doet dit nadat enkele hooggeplaatste notabelen door een Engelse rechter zijn veroordeeld voor het verrichten van homoseksuele handelingen met volwassenen. De conclusie van de commissie luidt dat homoseksuele handelingen weliswaar niet prijzenswaardig zijn, maar dat de overheid niet dient te interfereren in de private moraal van het individu.²⁶ De argumentatie van de commissie sluit nauw aan bij het schadebeginsel van Mill.²⁷ Lord Devlin heeft in 1959 in zijn lezing *The Enforcement of Morals* echter kritiek op het rapport:

Devlin stelt dat de samenleving een gemeenschap is van ideeën.²⁸ Het cement van de samenleving wordt gevormd door de publieke moraal. Elke schending van de moraal is dus een potentiële bedreiging voor de samenleving.²⁹ In het strafrecht gaat het volgens Devlin niet enkel om het afstraffen van zaken die schade toebrengen aan anderen, maar met name om het afdwingen van deze publieke moraal: *the enforcement of morals*. Devlin fundeert deze publieke moraal niet in absolute morele waarden, zoals bijvoorbeeld het natuurrecht of het Christendom.³⁰ De publieke moraal wordt volgens hem bepaald door de gemiddelde burger, op basis van zijn gezonde verstand. Als deze '*man in the jurybox*' gevoelens heeft van '*intolerance, indignation and disgust*', moet er door de overheid worden ingegrepen.³¹

De meeste auteurs die Devlins werk analyseren menen dat Devlin de grenzen voor overheidsinterventie verruimt door het schadebeginsel *an sich* op te rekken.³² Schade betekent in die optiek niet enkel het veroorzaken van individuele schade, ook wordt het collectief schade toegebracht door schending van de publieke moraal. Westerman gebruikt in dat verband de term 'collectief schadebeginsel'. Galenkamp spreekt van een meeromvattend moralismebeginsel als grondslag voor overheidsinterventie, omdat Devlin *the enforcement of morals* sterk centraal stelt.³³ De kern van Devlins betoog is echter aldus alle auteurs dezelfde: het hanteren van het schadebeginsel als maatstaf is ongewenst en legitimeert onvoldoende overheidsingrijpen.

Hart en Dworkin

De Britse rechtsfilosoof Hart heeft in zijn boek *Law, Liberty and Morality* (1963) op twee onderdelen van Devlins betoog kritiek. Ten eerste vindt Hart de stelling van Devlin - elke handeling die de publieke moraal schendt vormt een potentiële bedreiging voor de samenleving - onvoldoende wetenschappelijk onderbouwd.³⁴ Het is volgens hem dan ook onterecht om gedrag op grond daarvan te verbieden. Ten tweede vindt Hart de norm die Devlin hanteert - walging van de gemiddelde burger - gevaarlijk voor de individuele vrijheid. Op basis van onberedeneerde onderbuikgevoelens kan aldus Hart te makkelijk afstand worden gedaan van rechtsstatelijke grondrechten: de populaire moraal wint het in dat geval van de minderheidsopinie.³⁵

Hart deelt de opvatting van Mill en de commissie Wolfenden dat het schadebeginsel moet fungeren als belangrijkste leidraad voor overheidsingrijpen. Hij voegt hier echter twee nuances aan toe. Ten eerste dient de staat mensen in sommige gevallen, '*for their own physical good*', tegen zichzelf in bescherming te nemen. Mill was hier zeer terughoudend in, maar Hart vindt dergelijk paternalisme door de overheid - in geval van bijvoorbeeld euthanasie - wel

²⁶ Galenkamp 2009 (2), p. 38.

²⁷ Westerman 2012, p. 233.

²⁸ Devlin 1965, p. 183.

²⁹ Adams 2001, p. 49.

³⁰ De Roos 1987, p. 38.

³¹ Devlin 1965, p. 185.

³² Westerman 2012, p. 239, Adams 2001, p. 51, De Roos 1987, p. 47.

³³ Galenkamp 2009 (2), p. 39.

³⁴ Hart 1963, p.50.

³⁵ Galenkamp 2009 (2), p. 40.

gerechtvaardigd.³⁶ Ten tweede vindt Hart het zeer belangrijk om een verschil te maken tussen een gedraging die zich afspeelt in de private ruimte en dezelfde gedraging in de publieke ruimte. Het hebben van meerdere partners is bijvoorbeeld in de private sfeer toegestaan, maar in de publieke ruimte is bigamie volgens Hart terecht verboden. Wel moet er bij dit onderscheid worden gelet op het feit dat mensen ook kunnen *weten* dat bepaalde immorele gedragingen zich in de private sfeer afspelen: dit mag volgens Hart echter geen reden zijn om die gedragingen te verbieden.³⁷

De Amerikaanse rechtsfilosoof Dworkin uit eveneens kritiek op de maatstaf die Devlin hanteert. Hij vat dit als volgt samen in zijn boek *Taking Rights Seriously* uit 1977: '*What is shocking and wrong is not his idea that the community's morality counts, but his idea of what counts as the community's morality.*'³⁸ Dworkin betwist dus niet dat een wetgever zich rekenschap moet geven van publieke gevoelens, maar vindt dat het criterium van Devlin daartoe niet voldoet. Hij onderbouwt zijn kritiek door te stellen dat onderscheid moet worden gemaakt tussen een moreel standpunt in antropologische zin en een moreel standpunt in onderscheidende zin. Morele standpunten in antropologische zin zijn alle meningen op basis van vooroordelen en persoonlijke gevoelens: hierop baseert Devlin zijn criterium. Morele standpunten in onderscheidende zin daarentegen voldoen aan bepaalde voorwaarden, waardoor zij geschikt zijn voor de wetgever om overheidsingrijpen op te baseren. Deze voorwaarden noemt Dworkin 'grondregels', die regelen hoe de discussie wordt gevoerd. Enkele grondregels zijn dat het morele standpunt is onderbouwd met geldige redenen, niet op een emotionele reactie is gebaseerd en consistent is met achterliggende vooronderstellingen.³⁹

Conclusie

Het schadebeginsel is, als criterium voor overheidsingrijpen, dus niet zo eenvoudig te hanteren als Mill in eerste instantie stelt. Dit blijkt zowel uit de nuances die Mill zelf aanbrengt op zijn beginsel, als uit de hiervoor beschreven discussie tussen Devlin en Hart (en later Dworkin). Ten eerste staat het schadebeginsel *an sich* ter discussie: Devlin werpt een alternatief criterium op, terwijl Dworkin toevoegt dat alle discussies omtrent overheidsingrijpen dienen te voldoen aan bepaalde 'grondregels'. Ten tweede zorgen *de grenzen* van het schadebeginsel voor onduidelijkheid: het begrip schade kan op verschillende manieren worden geïnterpreteerd. De vraag rijst of slechts 'directe en fysieke' schade is vereist of dat 'strijd met de goede zeden', 'sterke individuele afkeer' en 'publieke verontwaardiging' ook zijn te kwalificeren als schade. Al deze aberraties ten aanzien van het schadebeginsel maken de toepassing ervan ingewikkeld. In de kern vormen zij echter niet meer dan verschillende antwoorden op dezelfde vraag: in hoeverre mag een overheid, naast gedragingen die directe en fysieke schade veroorzaken, ook ander gedrag verbieden? De Amerikaanse rechtsfilosoof Feinberg neemt in de jaren 80 en 90 van de 20ste eeuw de hiervoor beschreven materie als uitgangspunt, om te komen tot een gedegen antwoord op deze vraag.

³⁶ De Roos 1987, p. 40.

³⁷ Hart 1963, p. 43-46.

³⁸ Dworkin 1977, p. 255.

³⁹ Dworkin 1977, p. 248-253.

2.4 Morele filosofie: Joel Feinberg

De Amerikaanse hoogleraar Joel Feinberg gaf jarenlang les in de Verenigde Staten. Hij doceerde rechtsfilosofie aan onder meer de universiteiten van Princeton, Brown en Arizona. In zijn vierdelige werk *The Moral Limits of the Criminal Law* buigt hij zich over de vraag in hoeverre een overheid mag ingrijpen in het leven van een individu. Hij ontwaart, verdeeld over vier boeken, vier *liberty-limiting principles* die de basis kunnen vormen voor overheidsinterventie: het schadebeginsel, het aanstootbeginsel, juridisch paternalisme en juridisch moralisme. Op basis van deze beginselen onderzoekt Feinberg in hoeverre de overheid mag ingrijpen in schadelijk gedrag voor anderen, gedrag dat aanstoot veroorzaakt ten aanzien van anderen, gedrag dat schadelijk is voor de handelende persoon zelf en gedrag dat geen schade of aanstoot veroorzaakt, maar wel inherent immoreel is. Feinberg neemt bij zijn analyse het schadebeginsel van Mill als uitgangspunt.⁴⁰

2.4.1 Harm to others

In het eerste deel van de serie, *Harm to others*, stelt Feinberg dat de overheid mag ingrijpen bij gedrag dat schadelijk is voor anderen. Van belang is in dat geval de vraag wat schade is. Feinberg formuleert schade als volgt: '*Only (1) a setback of interests that (2) is a wrong, is to count as harm in the appropriate sense*'.⁴¹ Hij onderscheidt dus twee vereisten: de *setback of interests* is het uiteindelijke resultaat (en is volgens Feinberg het niet-normatieve component van het schadebegrip), de *wrong* vereist dat het uiteindelijke resultaat is veroorzaakt door een onrechtmatige daad (dit is de normatieve component).

1. A setback of interests

Feinberg start met een analyse van het begrip *interest* (ofwel: belang). '*One's interests, then, taken as a miscellaneous collection, consist, of all those things in which one has a stake. (...) They are distinguishable components of a person's well-being: he flourishes or languishes as they flourish or languish*'.⁴² Om een belang te hebben moet een persoon dus een aandeel hebben in een bepaald goed: het is bijvoorbeeld mogelijk om een aandeel te hebben in jouw eigen gezondheid. De vraag of een individu een aandeel (en dus een belang) heeft in een bepaald goed hangt volgens Feinberg samen met de wensen en verlangens van het individu.⁴³

Feinberg onderscheidt een breed scala aan wensen en verlangens die gezamenlijk een *interest-network* vormen. Al deze verlangens beïnvloeden elkaar en geen enkel verlangen vormt een volledig doel op zichzelf: nieuwe wensen ontstaan continu uit eerder bevredigde verlangens. Feinberg categoriseert de verschillende verlangens op basis van *relative ulteriority* (de mate waarin een bepaald verlangen direct dient te worden vervuld; ofwel toekomstig is): van de kleinste *passing wants* (verlangens naar een mok warme chocolademelk op een koude winterse dag) tot de meest omvattende *comprehensive life goals* (het streven naar geluk). Op basis van deze maatstaf (van *ulteriority*) vormen deze beide uitersten volgens Feinberg echter geen volwaardige belangen (ofwel *interests*). *Passing wants* zijn te klein en te vluchtig om daarvoor in aanmerking te komen. De *comprehensive life goals* zijn te omvangrijk. Een beroep op dergelijke verlangens is triviaal: '*to say that we have an interest in our own happiness would be to say something virtually tantamount to the statement that we have an interest in our interest*'.

Binnen deze uitersten vallen volgens Feinberg drie categorieën wensen en verlangens die wel zijn aan te merken als volwaardige belangen (nog steeds op volgorde van *ulteriority*): *instrumental wants*, *welfare interests* en *focal aims*. *Instrumental wants* zijn op zichzelf minder toekomstige verlangens en vereisen een snelle vervulling, maar zijn gekoppeld aan meer ultieme doelstellingen. Voorbeelden zijn het doen aan sport om te komen tot een goede gezondheid of het openen van een spaarrekening wat leidt tot een betrouwbaar vermogen). *Welfare interests* zijn de elemen-

⁴⁰ Feinberg 1984, p. 1.

⁴¹ Feinberg 1984, p. 36.

⁴² Feinberg 1984, p. 34.

⁴³ Feinberg 1984, p. 38.

taire vereisten voor het welzijn van een mens: dit zijn bijvoorbeeld veiligheid, gezondheid, vrijheid en een minimaal inkomen. Ze worden gekenmerkt door minimaliteit, stabiliteit en duurzaamheid en zijn noodzakelijk om *interests* te vervullen die hoger op de ladder van *ulteriority* staan (zoals het bouwen van een droomhuis of het stichten van een familie). De derde groep wensen en verlangens die zijn aan te merken als *interests* wordt gevormd door de *focal aims*. Dit zijn zeer verschillende verlangens en idealen, maar hebben gemeen dat zij min of meer een doel op zichzelf zijn. Het schrijven van een boek, het verkrijgen van politieke macht en het bouwen van een droomhuis vallen binnen deze categorie.⁴⁴

Volgens Feinberg is sprake van een '*setback*' als een *interest*, na aantasting of inbreuk, in een slechtere staat verkeert dan voor de inbreuk. Als een buurjongen bijvoorbeeld de ramen van het huis van de heer A ingooit, is het gevolg een *setback of interests*: de eigendom van de heer A verkeert namelijk in een slechtere staat dan voor het vergrijp van de buurjongen.⁴⁵ Niet iedere aantasting of inbreuk die leidt tot een *setback of interests* is echter een vorm van schade die door het strafrecht moet worden bestreden. Feinbergs tweede vereiste stelt dat de schade op een onrechtmatige wijze moet zijn toegebracht ('*that is a wrong*').

2. *That is a wrong*

Volgens Feinberg is schade op onrechtmatige wijze toegebracht indien aan de volgende vijf voorwaarden is voldaan:

- I. er is een gedraging (doen of nalaten).
- II. er is enige vorm van opzet in het spel (bijvoorbeeld roekeloosheid).
- III. de gedraging is *morally indefensible* (geen schulditsluitings- of rechtvaardigingsgrond is aanwezig).
- IV. er bestaat een causaal verband tussen de gedraging en de *setback of interests*.
- V. de gedraging schendt een recht van de gelaedeerde.

De eerste vier vereisten zijn duidelijk, het vijfde vereiste behoeft enige uitleg. Feinberg maakt met dit laatste vereiste duidelijk dat niet alle *interests* (belangen) bescherming behoeven door de wet. Enkel de belangen die een specifiek recht opleveren, verdienen wettelijke bescherming. De vraag is welke belangen dat zijn. De meer *ulterior interests* (belangen die hoog staan op de ladder van *ulteriority*) worden volgens Feinberg in principe niet beschermd: het is namelijk niet mogelijk dat deze belangen (zoals *instrumental wants of focal aims*) direct door een gedraging worden aangetast. Wanneer bijvoorbeeld een tweede persoon wordt verslagen tijdens een sollicitatie voor een mooie baan (een *ulterior interest*), moet dat worden geaccepteerd: er bestaat geen 'recht' om te winnen. Een gedraging kan wel direct inbreuk maken op *welfare interests* (die vereist zijn om meer *ulterior interests* te bereiken) zoals een goede gezondheid en een leven in vrijheid. Om die reden heeft ieder mens specifieke rechten op veiligheid, gezondheid, vrijheid en een minimaal inkomen, die bescherming verdienen door de wet.⁴⁶

Mediating maxims

De overheid mag dus ingrijpen bij gedrag dat een *setback of interests* veroorzaakt en dat voldoet aan de hiervoor beschreven vijf vereisten. Deze invulling van het schadebeginsel biedt theoretisch gezien een goed uitgangspunt voor overheidsingrijpen, maar behoeft volgens Feinberg in praktische zin nog enige aanvulling. Het beginsel is namelijk in de praktijk niet eenvoudig toe te passen: een overheid moet bijvoorbeeld rekening houden met zeer lichte vormen van schade of met schade die nog niet bestaat, maar in de toekomst wel zou kunnen ontstaan (bijvoorbeeld in geval van virtuele kinderporno). Ook moet vaak een afweging worden gemaakt tussen conflicterende belangen (*interests*) van belanghebbenden. Om deze problemen het hoofd te bieden introduceert Feinberg het begrip '*mediating maxims*'

⁴⁴ Feinberg 1984, p. 55-61.

⁴⁵ Feinberg 1984, p. 34.

⁴⁶ Feinberg 1984, p. 61-63 en 105-113.

(ofwel: bemiddelende stelregels). Dit is de overkoepelende term voor verschillende richtlijnen, die een overheid helpen om in praktijk een afweging te maken omtrent de strafbaarstelling van bepaald gedrag.⁴⁷

Een van de *mediating maxims* die Feinberg introduceert, met betrekking tot het schadebeginsel, ziet op de omvang van de schade. Zeer lichte varianten van schadelijkheid (bijvoorbeeld onbeschofte opmerkingen van kinderen tegen hun ouders of leraar) dienen niet strafbaar te worden gesteld. Feinberg is van mening dat interventie in dergelijke futiliteiten meer schade veroorzaakt dan het voorkomt. Dit noemt hij de *De minimis maxim*, naar het gezegde *De minimis non curat lex* (ofwel: triviale zaken zijn niet de zorg van de wet).

Een andere *mediating maxim* ziet op de vraag naar de waarschijnlijkheid van de schade: wanneer is de kans op schade groot genoeg om strafbaarstelling te rechtvaardigen? Het is volgens Feinberg onvoldoende om enkel de waarschijnlijkheid op schade te meten, want een kleine kans op grote schade (zoals het schieten in de lucht met een pistool) dient ook te worden verboden. Daarom dient de waarschijnlijkheid op schade altijd te worden afgezet tegen de omvang van de mogelijke schade. Deze combinatie vormt, aldus Feinberg, het *risico* op schade. Dit risico dient vervolgens te worden vergeleken met een derde factor: de positieve waarde van het gedrag voor een individu of de maatschappij. Schieten in de lucht is bijvoorbeeld verboden, omdat de waarde voor het schietende individu laag is. De riskante rijstijl van een ambulance met een zwaargewond slachtoffer wordt echter wel toegestaan: het hoge risico van de rijstijl weegt in dit geval niet op tegen het gezondheidsbelang van het gewonde individu.⁴⁸

Ook in geval van conflicterende belangen spelen *mediating maxims* een rol. Het is lastig om te kiezen tussen het belang van een krant op nieuwswaardige artikelen en het belang van een individu op privacy, wanneer de krant een artikel over het individu wil publiceren. Om te bepalen welk belang voorrang verdient moet volgens Feinberg een afweging worden gemaakt tussen het gewicht van het belang (*the 'vitality' of the interest*) voor het individu, de invloed van het belang op de samenleving als geheel en de inherente morele waarde van het belang an sich.⁴⁹ De *Mediating maxims* spelen een belangrijke rol in de theorie van Feinberg en komen terug in alle delen van zijn werk.

Onderscheid schadelijk en aanstootgevend gedrag

Doordat Feinberg het schadebegrip zeer specifiek analyseert is hij tevens in staat onderscheid te maken tussen schadelijk en aanstootgevend gedrag. Dit onderscheid is van belang om aan te geven of een aanstootgevende gedraging onder het schadebeginsel danwel het aanstootbeginsel valt. Feinberg beschrijft in *Harm to others* verschillende typen aanstootgevende (maar niet noodzakelijk schadelijke) ervaringen: de ervaringen die pijn doen (*those that hurts*) en de ervaringen die aanstoot opleveren (*those that offend*). De categorie '*hurt feelings*' bevat zowel ervaringen die fysieke pijn (pijnscheuten, kwellingen en krampen veroorzaakt door sneden, blauwe plekken en infecties) als fysiek ongemak (misselijkheid, vermoeidheid en duizeligheid) veroorzaken. De categorie '*offenses proper*' bevat ervaringen die mentaal ongemak veroorzaken (afkeer, irritatie, frustratie, schaamte en angstigheid).

Om onder het schadebeginsel te vallen is, zoals hiervoor beschreven, vereist dat inbreuk wordt gemaakt op *interests* (doorgaans de welzijnsbelangen). Feinberg stelt dat fysieke pijn wel onder het schadebeginsel valt (inbreuk op lichamelijke gezondheid), maar fysiek en mentaal ongemak in beginsel niet. Zij vallen slechts onder het schadebeginsel indien het ongemak het gevolg is van eerdere schade (zoals de pijn in een arm het gevolg kan zijn van gebroken botten) of indien het ongemak zelf de oorzaak is van schade (zoals een zenuwzinking). Fysiek en mentaal ongemak dat niet onder het schadebeginsel valt, is volgens Feinberg desalniettemin *evil* en in sommige situaties dermate ingrijpend dat overheidsingrijpen - op basis van het aanstootbeginsel - is gewenst.⁵⁰

⁴⁷ Feinberg 1984, p. 187.

⁴⁸ Feinberg 1984, p. 188-193.

⁴⁹ Feinberg 1984, p. 202-206.

⁵⁰ Feinberg 1984, p. 45-50.

Conclusie

In *Harm to others* gaat Feinberg, bij de analyse van het schadebeginsel, een stap verder dan Mill. Feinberg categoriseert een aantal menselijke behoeften, laat zien op welke menselijke behoeften inbreuk kan worden gemaakt en zet uiteen wat dit betekent voor overheidsingrijpen. Door deze specifieke analyse van het schadebegrip is het bovendien mogelijk om een verschil te maken tussen aanstootgevende fysiek schadelijke en aanstootgevende niet-fysiek schadelijke gedragingen. Dit is van belang om aan te geven of een aanstootgevende gedraging onder het schadebeginsel danwel het aanstootbeginsel valt. Aldus Feinberg is fysiek en mentaal ongemak dat niet onder het schadebeginsel valt, in sommige situaties dermate ingrijpend dat overheidsingrijpen - op basis van het aanstootbeginsel - is gewenst.⁵¹ In het tweede deel van *The Moral Limits of the Criminal Law* onderzoekt Feinberg wanneer dit het geval is.

2.4.2 Offense to others

Feinberg concludeert in *Offense to others* (het tweede deel van *The Moral Limits of the Criminal Law*) dat naast schadelijke gedragingen ook sommige vormen van aanstootgevend gedrag overheidsinterventie rechtvaardigen. Wel pleit Feinberg direct voor een zeer restrictieve opvatting van dit tweede *liberty-limiting principle*. Het is belangrijk dat de optredende overheid aanstootgevend gedrag anders behandelt dan schadelijk gedrag: in eerste instantie moeten andere corrigerende middelen dan het strafrecht worden overwogen. Voordat de overheid aanstootgevend gedrag mag verbieden moet het gedrag voldoen aan twee vereisten: (1) de *offense* geeft de verschillende ongewenste geestestoestanden weer (en is volgens Feinberg het niet-normatieve component van het begrip aanstoot), de *wrong* vereist dat de geestestoestand is veroorzaakt door onrechtmatig gedrag jegens de beledigde partij (en is het normatieve component van aanstoot). Vereist is dus een *wrongful offense*.⁵²

1. An offense

Feinberg onderscheidt twee vormen van aanstoot (ofwel van *offense*): een *nuisance* is de lichte variant van mentaal ongemak, een *profound offense* de meer ingrijpende variant.⁵³ Hij beschrijft op kleurrijke wijze enkele voorbeelden van *nuisances* door een anekdote van een busrit, waarbij hij de lezer confronteert met allerlei onaangename situaties: van knaloranje/roze T-shirts en nazisymbolen tot luidruchtige en masturberende medepassagiers.⁵⁴ Concluderend geeft Feinberg vijf kenmerken van een *nuisance*:

- I. de ervaring is relatief oppervlakkig en triviaal,
- II. de ervaring bestaat enkel bij directe waarneming van het aanstootgevende gedrag,
- III. de ervaring is persoonlijk (de betrokkene ziet zichzelf als slachtoffer),
- IV. de ervaring is enkel *at the moment* aanstootgevend voor onze zintuigen (het is niet *evil in general*),
- V. het gedrag wordt ervaren als 'fout' omdat het aanstoot oproept (en niet andersom).

De andere vorm van aanstoot wordt gevormd door de *profound offenses*: dit zijn bijvoorbeeld voyeurisme, demonstraties van discriminerende groepen, inbreuk op symbolen van 'eer' (zoals de nationale vlag), schending van een lijk en het vertonen van gewelddadige porno. De kenmerken van deze zwaardere *offenses* zijn op alle aspecten tegengesteld aan de kenmerken van een *nuisance*:

- I. de ervaring is diep, schokkend en ernstig,
- II. de ervaring is ook aanstootgevend zonder directe waarneming van het aanstootgevende gedrag,

⁵¹ Feinberg 1984, p. 45-50.

⁵² Feinberg 1985, p. 1-5.

⁵³ Feinbergs woordkeuze kan leiden tot verwarring. De term *nuisance* (letterlijk: overlast) wordt in zijn boek zowel gebruikt om de mentale staat aan te geven van degene die is getroffen door aanstootgevend gedrag (overlast als ervaring), als het aanstootgevende gedrag zelf (overlast als gedrag). Voor de term *profound offense* geldt hetzelfde: in de betekenis van mentale staat is de vertaling 'diepe aanstoot', in de betekenis van gedrag is de vertaling 'ingrijpende overtreding'. In dit onderzoek blijkt de betekenis uit de context.

⁵⁴ Feinberg 1985, p. 10-13.

- III. de ervaring is in principe niet persoonlijk,
- IV. de ervaring is an sich aanstootgevend en in strijd met gevoeligheden van een hogere orde (het helpt niet om je zintuigen van het gedrag af te wenden),
- V. het gedrag is aanstootgevend omdat het wordt ervaren als 'fout' (het is in strijd met de fatsoensnormen).

55

Nadat onderscheid is gemaakt tussen lichtere varianten (*nuisances*) en zwaardere varianten (*profound offenses*) van mentaal ongemak, is het de vraag in hoeverre de overheid dient op te treden om beide geestestoestanden te voorkomen. Hiertoe is volgens Feinberg vereist dat de geestestoestanden zijn veroorzaakt door onrechtmatig gedrag jegens de beledigde partij. Hij onderzoekt voor beide typen aanstoot (de *nuisances* en de *profound offenses*) wanneer dit het geval is.

2. *That is a wrong*

Een ongewenste geestestoestand (*nuisance* of *profound offense*) kan slechts door de wetgever worden voorkomen indien de geestestoestand is veroorzaakt door onrechtmatig gedrag. De *offense* moet *a wrong* zijn: het aanstootgevende gedrag moet een schending van een recht opleveren jegens de beledigde partij. Wanneer is hiervan sprake? In geval van een *nuisance* (de lichte variant van mentaal ongemak) moet ten eerste sprake zijn van directe confrontatie. Iemand die zich in zijn woning 'schuldig' maakt aan een *nuisance* (bijvoorbeeld door te masturberen) dient niet door een overheid te worden vervolgd. Ten tweede dient de mate van onrechtmatigheid te worden vastgesteld door een afweging te maken tussen 'de ernst van de overlast voor de beledigde partij' en 'de redelijkheid van het gedrag van de beledigende partij'. De ernst van de overlast wordt gemeten aan de hand van de volgende *mediating maxims*:

- I. de intensiteit, duur en gangbaarheid van de aanstoot (*the extend of offense standard*),
- II. in hoeverre de aanstoot was te vermijden (*the standard of reasonable avoidability*),
- III. in hoeverre een vrijwillig risico is genomen om te worden beledigd (*the Volenti standard*).

Deze factoren dienen gezamenlijk te worden gewogen tegen de redelijkheid van het gedrag van de beledigende partij, die wordt gemeten door:

- I. het persoonlijke belang voor de beledigende partij en het sociale nut van het gedrag (ten behoeve van bijvoorbeeld opsporing, overheidswerkzaamheden of vrijheid van meningsuiting),
- II. de beschikbaarheid van alternatieve mogelijkheden (tijd, plaats) om het aanstootgevende gedrag ten toon te spreiden,
- III. in hoeverre het gedrag is ingegeven door puur hatelijke motieven.

Als de belangenafweging leidt tot de conclusie dat de ernst van de overlast groter is dan het belang voor de beledigende partij, dient te worden overgegaan tot een verbod. Volgens Feinberg bestaat niet één simpele formule om bovenstaande factoren te wegen: de belangenafweging bestaat altijd uit verschillende dimensies die leiden tot verschillende resultaten. Het feit dat bijvoorbeeld erg veel mensen zijn geschokt (gangbaarheid van de aanstoot) betekent niet dat de kans op een verbod groter is: sommige handelingen zijn voor veel mensen aanstootgevend (soms zelfs voor een meerderheid van de samenleving), maar desalniettemin onschuldig. Een zoenend homoseksueel stel in het park veroorzaakt in de meeste delen van de wereld hevige reacties, maar dit betekent niet dat het in een liberale staat dient te worden verboden. Hetzelfde geldt voor het uiten van impopulaire politieke standpunten en het tentoonstellen van dichtgeslagen obscene boeken (zonder obscene kافت). Voorbeelden van *nuisances* die volgens Feinberg wel

⁵⁵ Feinberg 1985, p. 57-59.

dienen te worden verboden zijn pornografische afbeeldingen en naaktloperij, indien anderen met dit gedrag op niet-besloten plekken worden geconfronteerd.⁵⁶

Een *profound offense* dient, om vatbaar te zijn voor bescherming door de overheid, eveneens het gevolg te zijn van een *wrongful offense*. Wederom wordt de onrechtmatigheid van de gedraging getoetst met behulp van de hiervoor beschreven belangenafweging. Als de *profound offense* is veroorzaakt door *directe* confrontatie is overheidsingrijpen (na de belangenafweging) voor de hand liggend, aangezien de intensiteit van *profound offenses* zwaar weegt. Het is niet prettig om te worden geconfronteerd met bijvoorbeeld kannibalisme of een kooigevecht. De vraag rijst of *profound offenses* ook door de overheid mogen worden voorkomen indien *geen* sprake is van een directe confrontatie. Mensen kunnen bijvoorbeeld vrijwillig een deel van hun lichaam via de post zenden aan een kannibaal, die deze delen vervolgens binnen de muren van zijn huis verorbert. Niemand is direct getuige van deze daad, men kan hooguit *weten* dat het kannibalisme plaatsvindt binnen de vier muren. Hetzelfde geldt voor kooigevechten op leven en dood, die toegankelijk zijn voor publiek, mits geen reclame wordt gemaakt voor deze activiteiten. Dergelijk gedrag is niet specifiek *wrong* 'jegens' een ander. Velen ervaren een sterke afkeer, die zal leiden tot verontwaardiging, maar zelden zal iemand volgens Feinberg claimen dat hij *zelf* het slachtoffer is van het gedrag. Er wordt dus geen inbreuk gemaakt op een recht (een *welfare interest*) van een bepaalde persoon of groep. Dit maakt dat het op grond van de belangenafweging niet mogelijk is om bijvoorbeeld racistische uitlatingen (die niemand direct hoort) of om vrijwillige, onconventionele seksuele handelingen (in privé, met een groot persoonlijk belang voor de betrokkene) te verbieden. Een overheid die wel ingrijpt bij dergelijke *profound offenses* zonder directe confrontatie, baseert zich op niet-persoonlijke morele verontwaardiging. Hier dient een liberaal volgens Feinberg mordicus tegen te zijn.

Feinberg staat echter een kleine uitzondering toe: indien sprake is van 'individualiseerbaar slachtofferschap' kan een verbod op *profound offenses* zonder directe confrontatie wel worden gerechtvaardigd. Het leed moet dan duidelijk te verbinden zijn aan een bepaald individu of een kleine groep. De weduwe van degene die zijn lichaam aan een kannibaal heeft geschonken heeft op grond hiervan een goede kans om een einde te maken aan het kannibalisme. Een Joodse man die kennis neemt van een antisemitische bijeenkomst op een besloten locatie in zijn straat echter niet: zijn slachtofferschap is onvoldoende individualiseerbaar.⁵⁷

Obscenity

Feinberg besteedt in *Offense to others* specifiek aandacht aan gedrag dat hij '*obscenity*' noemt. Een belangrijk aspect van obscene gedrag is dat het altijd acuut aanstootgevend is: voorbeelden zijn gewelddadige en vrouwenvriendelijke pornografische tekeningen, proza en films. Amerikaanse feministes maken al jaren bezwaar tegen het bestaan van dergelijke pornografische uitingen, ook als deze puur privé worden geconsumeerd. Met het oog op een van de case-study's in dit onderzoek, virtuele kinderporno, is het goed om enkele argumenten voor strafbaarstelling van vrouwenvriendelijke pornografie te bespreken. De argumenten die de voorstanders van een verbod hanteren zijn volgens Feinberg te verdelen in twee groepen: argumenten op basis van het schadebeginsel (vernedereidend voor vrouwen en aanzetten tot geweld jegens vrouwen) en argumenten op basis van het aanstootbeginsel (vrouwonvriendelijk pornografisch materiaal als *nuisance* of *profound offense*).

Feinberg vindt het eerste argument op basis van het schadebeginsel, dat vrouwenvriendelijke pornografie vernederend is voor vrouwen, gebrekkig. Volgens hem is geen sprake van schande of laster, omdat geen schadelijke leugens worden verspreid over individuen of bepaalde groepen. Als dergelijke uitingen zijn aan te merken als laster, dan geldt dat ook voor de vele televisiecommercials en (soms zelfs goede) literatuur.⁵⁸ Het argument dat vrouwenvriendelijke

⁵⁶ Feinberg 1985, p. 25-44.

⁵⁷ Feinberg 1985, p. 60-71 en 160-161.

⁵⁸ Feinberg 1985, p. 147-148.

pornografie aanzet tot geweld vindt Feinberg sterker. Toch verwerpt hij dit argument omdat zowel vrouwonvriendelijke als 'reguliere' pornografie niet voldoen aan de volgende drie vereisten:

- I. sprake is van krachtig bewijs dat zeer waarschijnlijk serieuze schade zal ontstaan (die anders niet zou zijn ontstaan),
- II. de schade is duidelijk en direct te koppelen aan de gewraakte uiting (in dit geval pornografie),
- III. het is onwaarschijnlijk dat verdere uiting of tentoonspreiding effectief kan worden gebruikt om de schade te bestrijden.

Wel benadrukt Feinberg dat toekomstige wetenschappelijke ontwikkelingen op dit gebied in de gaten moeten worden gehouden. Mocht namelijk duidelijk bewijs ontstaan dat gewelddadige en vrouwonvriendelijke pornografie voldoet aan bovenstaande criteria, dan dient een overheid in te grijpen.⁵⁹

Op basis van het schadebeginsel bestaat volgens Feinberg, vooralsnog, geen mogelijkheid om gewelddadige of vrouwonvriendelijke pornografie te verbieden. Als 'reguliere' pornografie publiekelijk wordt vertoond, biedt echter het aanstootbeginsel uitkomst. Als de hiervoor beschreven belangenafweging (tussen de ernst van de overlast voor de beledigde partij en de redelijkheid van het gedrag van de beledigende partij) uitvalt in het voordeel van de beledigde partij, kan worden overgegaan tot een verbod: het gedrag wordt een *nuisance*. Dit zal volgens Feinberg doorgaans het geval zijn met betrekking tot het vertonen van 'reguliere' pornografie in de openbare ruimte. De vraag rijst in hoeverre het aanstootbeginsel eveneens uitkomst biedt ten aanzien van pornografie die privé wordt bekeken. Vereist is dat de *profound offense* (in casu de gewelddadige of vrouwonvriendelijke pornografie) *a wrong* is jegens de beledigde partij: het moet gaan om 'individualiseerbaar slachtofferschap'. Feinberg concludeert dat racisme en pornografie niet voldoen aan dit vereiste: beiden zijn wellicht aanstootgevend voor een grote groep mensen, maar maken geen inbreuk op een recht van een bepaalde groep of een bepaald persoon.⁶⁰

Conclusie

Duidelijk is dat Feinberg het aanstootbeginsel ziet als een noodzakelijke aanvulling op het schadebeginsel. Sommige vormen van niet-fysiek schadelijk, maar aanstootgevend gedrag zorgen voor dermate ernstige overlast dat overheidsingrijpen is gewenst. De vereisten dat het slachtofferschap individualiseerbaar moet zijn en dat de onrechtmatigheid van het aanstootgevende gedrag dient te worden gemeten aan de hand van een belangenafweging, zorgen voor de afbakening van Feinbergs aanstootbeginsel. Naast dit tweede *liberty-limiting principle* onderscheidt Feinberg ook de beginselen van 'juridisch paternalisme' en 'juridisch moralisme'. Beiden principes worden echter door hem verworpen als zelfstandige grondslag voor overheidsingrijpen.

2.4.3 Harm to self

Harm to self, het derde deel van Feinbergs magnum opus, behandelt de vraag in hoeverre paternalisme een legitieme grondslag vormt voor overheidsingrijpen. Paternalisme houdt volgens Feinberg in dat een overheid een handelend individu tegen *zichzelf* beschermt tegen fysieke, psychische of economische schade. Hij meent echter dat een liberaal deze grond voor overheidsingrijpen dient te verwerpen.⁶¹ Om deze reden en omdat dit derde *liberty-limiting principle* voor de casestudy in dit onderzoek niet van belang is, wordt Feinbergs visie omtrent het 'juridisch paternalisme' niet verder uiteengezet.

⁵⁹ Feinberg 1985, p. 156-157.

⁶⁰ Feinberg 1985, p. 158-164.

⁶¹ Feinberg 1986, p. 4.

2.4.4 Harmless wrongdoing

In het laatste deel van *The Moral Limits of the Criminal Law* formuleert Feinberg zijn kritiek op de verschillende varianten van 'juridisch moralisme': de grondslag om niet schadelijk en niet aanstootgevend, maar verwerpelijk gedrag te verbieden. Voordat hij dit doet, schetst hij eerst welke typen 'immoreel gedrag' bestaan en waarin zij verschillen van schadelijk en aanstootgevend gedrag. Omdat Feinberg het vierde *liberty-limiting principle* als grondslag voor overheidsingrijpen grotendeels verwerpt, zal zijn kritiek op de twee typen immoreel gedrag kort worden uiteengezet.

Kenmerkend voor schadelijk en aanstootgevend gedrag is dat zij de oorzaak zijn van *personal grievance* (persoonlijk leed), het gedrag is namelijk *a wrong* jegens een ander. Voor puur immoreel gedrag geldt dit niet: het is op een andere manier *evil*, zonder dat sprake is van persoonlijk leed. Feinberg onderscheidt daarom *grievance evils* (schadelijk en aanstootgevend gedrag) en *non-grievance evils* (immoreel gedrag).⁶² De *non-grievance evils* verdeelt Feinberg voorts in *welfare-connected evils* en *free-floating evils*. De *welfare-connected evils* hebben betrekking op het welzijn van mensen, maar zorgen strikt genomen niet voor een *setback of interests* of een schending van een recht. Iemand die vrijwillig een schending van zijn welzijnsbelangen ondergaat (door het zetten van een piercing) valt bijvoorbeeld binnen deze categorie. Een ander voorbeeld is het baren van een kind, terwijl men weet dat het in barre omstandigheden zal opgroeien. *Free-floating evils* zijn niet direct verbonden met het welzijn van mensen, maar worden door sommige mensen desalniettemin ervaren als *evil*. De voorbeelden zijn talloos: het schenden van taboes, seksuele onzedelijkheden (o.a. geslachtsgemeenschap tussen mensen van hetzelfde geslacht, solitaire zelfbevrediging) en niet op waarheid gebaseerde overtuigingen (o.a. het erkennen of juist ontkennen van het bestaan van God).⁶³

Een van de varianten van juridisch moralisme, die Feinberg *moral conservatism* noemt, bepleit dat een overheid rechtmatig dwang mag gebruiken om de manier van leven in een samenleving te behoeden voor een radicale verandering. De argumenten zijn vaak ongefundeerd gebaseerd op het schadebeginsel. Een ongefundeerd argument is bijvoorbeeld dat de invloed van andere culturen zorgt voor schade. Ook zijn argumenten vaak gebaseerd op *free-floating evils*: andere normen en waarden zijn bijvoorbeeld kwalijk voor de samenleving. Feinberg keurt dergelijk moralisme af, onder meer omdat veranderingen niet altijd *evil* zijn en de impact van *free-floating evils* nooit zwaarder weegt dan het belang van persoonlijke vrijheid.⁶⁴ *Strict legal moralism* (een andere variant) ondersteunt het verbieden van morele misstanden omdat deze *truly immoral* zijn. Het gaat om *non-grievance evils* die in alle culturen en ten alle tijden zouden moeten worden verboden. Het moralisme van Lord Devlin (zoals besproken in §2.2 van dit hoofdstuk) valt hier volgens Feinberg onder. Ook met deze variant van juridisch moralisme maakt Feinberg korte metten. Het is namelijk de vraag wat wordt verstaan onder *true immorality*: wanneer is gedrag 'in de kern' immoreel? Het criterium van Devlin (de afkeer van de gemiddelde en verstandige burger) wordt door Feinberg afgeserveerd als weinig overtuigend: het is zeer subjectief. Dit maakt dat *strict legal moralism* te veel ruimte biedt voor willekeurige oordelen ten aanzien van gedrag.⁶⁵

Slot

In het slot van *The Moral Limits of the Criminal Law* brengt Feinberg nog een belangrijke nuance aan op zijn gehele werk. Niet elk *liberty-limiting principle* is aldus Feinberg in elke situatie even relevant om over te gaan tot strafbaarstelling. Hij onderscheidt drie maten van relevantie: (1) relevant, (2) goed en (3) beslissend. Feinberg stelt dat het schade- en aanstootbeginsel altijd relevante en zelfs goede redenen geeft om tot strafbaarstelling over te gaan, en doorgaans beslissend is. Maar ook het beginsel van 'juridisch moralisme' kan onder omstandigheden een relevante reden zijn om over te gaan tot strafbaarstelling, maar is zelden een goede en nooit een beslissende reden. Juridisch moralisme als *enige* grond voor overheidsingrijpen vindt hij dus verwerpelijk, maar ze kan wel worden meegenomen

⁶² Feinberg 1988, p. 17-19.

⁶³ Feinberg 1988, p. 20-26.

⁶⁴ Feinberg 1988, p. 39-44 en 65-67.

⁶⁵ Feinberg 1988, p. 125-127 en 140-144.

in de afweging die de wetgever maakt omtrent strafbaarstelling van gedrag. Met deze nuancering laat Feinberg zien dat hij geen rigide systeem heeft willen ontwikkelen: strafbaarstelling hangt af van meer factoren dan enkel de schadelijkheid of aanstootgevendheid van een gedraging.⁶⁶

2.4.5 Conclusie

Het belang van Mills schadebeginsel is met name gelegen in het feit dat het voorziet in een gefundeerde afbakening van de staatsbevoegdheid tot straffen. Doordat Mill de individuele vrijheid als een zelfstandige waarde opvat, kan hij met zijn schadebeginsel grenzen stellen aan de opkomende macht van de (democratische) samenleving. Waar deze grens exact ligt (ofwel wat het begrip schade precies betekent) is in de context van de 19^e eeuw van minder belang. Het belang van Feinbergs analyse is juist gelegen in dit tweede element. Feinberg fileert het schadebegrip tot op het bot en komt tot een duidelijke afbakening van zowel het schadebeginsel als de macht van de overheid. De toegevoegde waarde van Feinbergs werk bestaat daarnaast uit de aanvulling van het schadebeginsel met het aanstootbeginsel. Feinbergs slotconclusie, dat zijn visie op de strafbaarstelling van gedrag niet 'one very simple principle' is, lijkt mij meer dan terecht.

2.5 Morele filosofie en praktische overwegingen

In voorgaande paragrafen beantwoorden verschillende (rechts)filosofen de vraag wanneer het is gerechtvaardigd om bepaald gedrag strafbaar te stellen. De filosofen richten zich in de beantwoording enkel op de morele aspecten van deze vraag. Voor een volledig antwoord is dit niet voldoende: ook praktische overwegingen spelen een rol. Dit wordt duidelijk in het werk van de Nederlandse jurist Theo de Roos. Om het onderscheid duidelijk te maken met de theorie van Feinberg, en omdat het werk van De Roos een prominente rol speelt in de literatuur, volgt een korte bespreking van zijn theorie.

Theo De Roos heeft in 1987 een crimineelpolitiek toetsingschema opgesteld.⁶⁷ Hij onderscheidt enerzijds twee criteria (I en II) die van belang zijn om de bevoegdheid van de staat, om gedrag strafbaar te stellen, te toetsen. Dit noemt ik de *morele overwegingen*. Anderzijds onderscheidt De Roos een viertal factoren (III t/m VI) die de uitvoerbaarheid van de strafbaarstelling tegen het licht houden. Deze criteria noem ik de *praktische overwegingen* voor de wetgever.

Morele overwegingen	I.	Schadebeginsel
	II.	Tolerantiebeginsel
Praktische overwegingen	III.	Subsidiariteitsvereiste
	IV.	Proportionaliteitsvereist
	V.	Legaliteitsbeginsel
	VI.	Praktische toepasbaarheid en effectiviteit

Ten eerste de morele overwegingen. De Roos vereist dat sprake is van een gedraging die schade toebrengt aan derden (c.q. aan de maatschappij). Indien de schadelijkheid is vastgesteld, dient te worden beoordeeld of deze gedraging niet toch moet worden getolereerd, gezien het zwaarwegende belang van de individuele vrijheid (van de norm-schender). Seksueel gedrag is een voorbeeld: ook al valt te betogen dat pornografie schade toebrengt aan derden (vernederend voor vrouwen), het tolerantiebeginsel brengt mee dat de staat zich van ingrijpen dient te onthouden.⁶⁸

Indien de toetsing van de eerste twee criteria positief uitvalt, dan wordt de bevoegdheid voor de wetgever om gedrag strafbaar te stellen gevestigd. Of daadwerkelijk van deze bevoegdheid gebruik moet worden gemaakt, hangt vervol-

⁶⁶ Feinberg 1988, p. 319 en 322-324.

⁶⁷ De Roos 1987, p. 53-79.

⁶⁸ De Roos 1987, p. 58.

gens af van de overige vier criteria. De wetgever dient na te gaan of er ook andere oplossingen beschikbaar zijn naast het strafrecht (subsidiariteitsbeginsel). Wellicht is voorlichting op scholen of een overheids campagne eveneens een oplossing. Ook dient de wetgever na te gaan of het gebruik van het strafrecht evenredig is aan de ernst van het gedrag (proportionaliteitsbeginsel), of de delictsomschrijving voldoende nauwkeurig kan worden omschreven (legaliteitsbeginsel) en of de nieuwe strafbepaling in de praktijk te handhaven is (beginsel van praktische hanteerbaarheid en effectiviteit).

Verhouding De Roos, Feinberg en de neurowetenschappen

Het werk van De Roos biedt een goed overzicht met betrekking tot strafbaarstelling van gedrag. Echter, zijn uitwerking van het schadebegrip biedt, aldus De Hullu, niet veel onderscheidend vermogen.⁶⁹ De vraag blijft welke gedraging nu specifiek schadelijk is, en welke niet.

Dit onderzoek tracht deze leemte op te vullen. Deels op basis van het werk van Feinberg en deels op basis van nieuwe inzichten uit de neurowetenschappen. Feinberg schetst zeer gedetailleerd wanneer sprake is van schadelijk (en aanstootgevend) gedrag. Dit is reeds uiteengezet. Minder aandacht besteedt hij aan de praktische aspecten van de strafbaarstelling. Hij noemt de *mediating maxims* en beschrijft het belang van praktische argumenten (bijvoorbeeld in de belangenafweging omtrent aanstootgevende *nuisances*). Deze aspecten vormen echter niet de kern van zijn werk: dat zijn de morele overwegingen rondom de strafbaarstelling van gedrag. Ook tracht dit onderzoek de leemte op te vullen op basis van gedrags- en neurowetenschappelijke inzichten omtrent moraliteit. Deze worden besproken in de hoofdstukken vijf en zes. In dit onderzoek ligt de nadruk dan ook op de *morele overwegingen* in de beslissing van de wetgever. De praktische overwegingen spelen een beduidend minder grote rol. Het schema van De Roos dient als handvat om het overzicht te bewaren.

⁶⁹ De Hullu 2012, p. 17.

2.6 Toetsingskader

Centraal in dit onderzoek staat de vraag wanneer de staat het recht heeft om bepaald gedrag strafbaar te stellen. Alle beschreven theorieën ten aanzien van deze morele oordeelsvorming zijn van belang voor de doelstelling van dit onderzoek: beoordelen of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie rechtvaardig is. Om dit te beoordelen, dient eerst te worden nagegaan wat de grondslag is voor dit verbod. Ook dient te worden nagegaan of de argumenten van de wetgever terecht zijn gebaseerd op het schadebeginsel. Om dit te beoordelen, wordt het werk van Feinberg uitgewerkt in een toetsingschema.

Deze concrete uitwerking van het schadebeginsel is vereist om in hoofdstuk drie te komen tot een heldere vergelijking. Onderzocht wordt of de strafbaarstelling van virtuele kinderporno terecht is gebaseerd op het schadebeginsel. Als toetsingskader is gekozen voor de theorie van Feinberg, omdat hij voorziet in de meest recente, meest uitgebreide en - mijns inziens - meest rechtvaardige visie met betrekking tot het strafbaar stellen van gedrag. Deze claim van rechtvaardigheid wordt ondersteund door neurowetenschappelijk onderzoek (dit wordt besproken in hoofdstuk zes).

Toetsingsschema schadelijk gedrag

Is sprake van een onrechtmatige gedraging, die leidt tot schade aan anderen? Vereist is (1) *a setback of interests*, *that* (2) *is a wrong*.

1. A setback of interests

Welk specifieke belang (*interest*) van de gelaedeerde verkeert, na de aantasting of inbreuk, in een slechtere staat dan voor de inbreuk?

2. That is a wrong

Is de *setback of interests* op onrechtmatige wijze toegebracht? Hiertoe dient aan vijf vereisten te zijn voldaan:

- I. er is een gedraging (doen of nalaten)
- II. er is enige vorm van opzet in het spel (bijvoorbeeld roekeloosheid)
- III. de gedraging is *morally indefensible* (geen schulditsluitings- of rechtvaardigingsgrond is aanwezig)
- IV. er bestaat een causaal verband tussen de gedraging en de *setback of interests*
- V. de gedraging schendt een recht van de gelaedeerde. Oftewel: sprake is van een inbreuk op een *welfare interest* van de ander

Indien is voldaan aan beide voorwaarden, dan baseert de overheid zich terecht op het schadebeginsel. Indien tevens het schadebeginsel wordt gezien als rechtvaardige grondslag voor de strafbaarstelling van gedrag, dan is de strafbaarstelling rechtvaardig. Wel spelen uiteraard de praktische overwegingen nog een rol (zie het werk van De Roos).

Toetsingsschema aanstootgevend gedrag

Is sprake van een onrechtmatige gedraging die leidt tot aanstoot bij anderen? Vereist is (1) *an offense*, (2) *that is a wrong*.⁷⁰

1. *An offense*

Is sprake van een gedraging die is te kwalificeren als een *nuissance* (die leidt tot een lichte vorm van aanstoot) of als een *profound offense* (die leidt tot een heviger vorm van aanstoot)?

A. *Nuissance*:

- I. de ervaring is relatief oppervlakkig en triviaal
- II. de ervaring bestaat enkel bij directe waarneming van het aanstootgevende gedrag
- III. de ervaring is persoonlijk (de betrokkene ziet zichzelf als slachtoffer)
- IV. de ervaring is enkel *at the moment* aanstootgevend voor onze zintuigen (het is niet *evil in general*)
- V. het gedrag wordt ervaren als 'fout' omdat het aanstoot oproept (en niet andersom)

B. *Profound offense*:

- I. de ervaring is diep, schokkend en ernstig
- II. de ervaring is ook aanstootgevend zonder directe waarneming van het aanstootgevende gedrag
- III. de ervaring is in principe niet persoonlijk
- IV. de ervaring is an sich aanstootgevend en in strijd met gevoeligheden van een hogere orde (het helpt niet om je zintuigen van het gedrag af te wenden)
- V. het gedrag is aanstootgevend omdat het wordt ervaren als 'fout' (het is in strijd met de fatsoensnormen)

2. *That is a wrong*

Schendt de aanstootgevende gedraging (de *nuissance* of de *profound offense*) een recht van de beledigde partij? Aan de volgende vereisten dient te zijn voldaan.

A. *Nuissance*:

- I. Sprake is van een directe confrontatie.
- II. De ernst van de overlast voor de beledigde partij dient groter te zijn dan het belang van het gedrag voor de beledigende partij. Belangenafweging tussen a en b:
 - a. De ernst van de overlast voor de beledigde partij.
 - de intensiteit, duur en gangbaarheid van de aanstoot (*the extend of offense standard*)
 - in hoeverre de aanstoot was te vermijden (*the standard of reasonable avoidability*)

⁷⁰ Feinberg 1985, p. 57-59.

- in hoeverre een vrijwillig risico is genomen om te worden beledigd (*the Volenti standard*)

b. De redelijkheid van het gedrag van de beledigende partij.

- het persoonlijke belang voor de beledigende partij en het sociale nut van het gedrag (ten behoeve van bijvoorbeeld opsporing, overheidswerkzaamheden of vrijheid van meningsuiting)
- de beschikbaarheid van alternatieve mogelijkheden (tijd, plaats) om het aanstootgevende gedrag ten toon te spreiden
- in hoeverre het gedrag is ingegeven door puur hatelijke motieven

Volgens Feinberg bestaat niet één simpele formule om bovenstaande factoren te wegen: de belangenafweging bestaat altijd uit verschillende dimensies die leiden tot verschillende resultaten.

B. Profound offense:

De ernst van de overlast voor de beledigde partij dient groter te zijn dan het belang van het gedrag voor de beledigende partij.⁷¹ Dit vereist wederom een belangenafweging tussen a en b. Hierbij wordt onderscheid tussen:

I. Directe confrontatie

Indien de *profound offense* is veroorzaakt door directe confrontatie is overheidsingrijpen (na de belangenafweging) voor de hand liggend, aangezien de intensiteit van *profound offenses* zwaar weegt.

II. Indirecte confrontatie

Een verbod op *profound offenses* zonder directe confrontatie wordt in principe niet gerechtvaardigd.

Uitzondering individueel slachtofferschap:

Een dergelijke verbod wordt enkel gerechtvaardigd indien het leed duidelijk is te verbinden aan een bepaald individu of een kleine groep.

Indien aan beide voorwaarden is voldaan, dan baseert, aldus Feinberg, de overheid zich terecht op het aanstootbeginsel. Indien tevens het aanstootbeginsel (in de uitwerking van Feinberg) wordt beschouwd als een rechtvaardige grondslag voor de strafbaarstelling van gedrag, dan is de strafbaarstelling rechtvaardig. Wel spelen wederom de praktische overwegingen een rol (zie De Roos).

⁷¹ Feinberg 1985, p. 60-71 en 160-161.

2.7 Conclusie

Om de vraag te beantwoorden of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie rechtvaardig is, dient eerst vast te staan wanneer het in het algemeen is gerechtvaardigd om gedrag strafbaar te stellen. Dit is de eerste subvraag in dit onderzoek. In dit hoofdstuk is deze vraag beantwoord vanuit een traditioneel filosofische perspectief. Gebruik is gemaakt van bestaande filosofische inzichten omtrent moraliteit en strafbaarstelling. Geschetst is dat (grotendeels) twee typen morele theorieën bestaan. Consequentialistische visies beoordelen gedrag enkel op de gevolgen van het gedrag. Niet-consequentialistische visies beoordelen gedrag niet enkel op haar gevolgen, maar tevens op andere overwegingen.

De consequentialistische visie van John Stuart Mill is gekozen als uitgangspunt: zijn schadebeginsel wordt in Nederland impliciet beschouwd als de belangrijkste grondslag voor strafbaarstelling van gedrag. De visies van Devlin, Hart en Dworkin zijn gehanteerd om de theorie van Mill aan te scherpen. Joel Feinbergs theorie is besproken ter uitwerking van het schadebeginsel. Zijn systematische theorie maakt het mogelijk om zeer gedetailleerd te toetsen of een strafbaarstelling terecht is gebaseerd op het schadebeginsel. Geconcludeerd is dat de bestaande filosofische theorieën geen sluitend antwoord bieden op de vraag wanneer het voor de wetgever is gerechtvaardigd om bepaald gedrag strafbaar te stellen. Het schadebeginsel wordt beschouwd als de belangrijkste grondslag, maar leidt ook tot kritiek. Het alternatieve criterium van Patrick Devlin is een andere optie: volgens hem zijn 'de afkeergevoelens van de gemiddelde burger' een goede maatstaf voor strafbaarstelling.

De bestaande inzichten uit de filosofie bieden geen bevredigend antwoord op de eerste subvraag in dit onderzoek: wat is in het algemeen een rechtvaardige grondslag voor strafbaarstelling van gedrag? Is het voor de wetgever enkel gerechtvaardigd om gedragingen te verbieden die schade veroorzaken, of zijn 'afkeer', 'verontwaardiging' of 'strijd met absolute morele beginselen' ook voldoende om over te gaan tot strafbaarstelling? Een antwoord op deze vraag is van belang voor de doelstelling van dit onderzoek: beoordelen of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie rechtvaardig is. Daarom wordt in hoofdstuk zes van dit onderzoek deze vraag belicht vanuit een 'nieuw' filosofisch perspectief: met behulp van inzichten uit de neurowetenschappen. Onderzocht wordt of de nieuwe neurowetenschappelijke inzichten over moreel keuzegedrag leiden tot een antwoord op deze juridische vraag.

Voordat deze neurowetenschappelijke inzichten worden besproken, wordt eerst de concrete strafbaarstelling van virtuele kinderporno nader bestudeerd. De grondslag voor deze strafbaarstelling wordt, aldus de wetgever, gevonden in de schadelijkheid van het gedrag. Tevens wordt onderzocht of de argumenten van de wetgever terecht zijn gebaseerd op het schadebeginsel, door de argumenten te toetsen aan Feinbergs toetsingskader.

H3

Strafbaarstelling in het bijzonder: virtuele kinderpornografie

3.1 Inleiding

Centraal in dit onderzoek staat de vraag of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie rechtvaardig is. Om deze rechtvaardigheid te beoordelen, dient eerst te worden onderzocht wat in het algemeen een rechtvaardige grondslag is voor strafbaarstelling van gedrag. Dit is gedaan in het vorige hoofdstuk, op basis van inzichten uit de filosofie. Duidelijk is dat verschillende grondslagen bestaan voor een overheid om gedrag strafbaar te stellen. Niet duidelijk is welk beginsel de meest rechtvaardige grondslag vormt voor strafbaarstelling van gedrag: deze vraag komt nogmaals aan bod in hoofdstuk zes. Voorts dient te worden onderzocht wat de grondslag is voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie en dient te worden onderzocht of deze grondslag voldoet aan de algemene grondslag. Dit wordt gedaan in dit hoofdstuk.

Aldus de wetgever is de grondslag voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie de schadelijkheid van de gedraging. In dit hoofdstuk wordt onderzocht wat de redenen zijn van de wetgever voor deze strafbaarstelling en of de wetgever zich terecht baseert op het schadebeginsel. Discussie bestaat over de vraag of het schadelijke karakter van virtuele kinderporno daadwerkelijk de grondslag is voor de strafbaarstelling: verschillende juristen menen dat de morele overtuiging van de wetgever een rol heeft gespeeld. Om dit te onderzoeken worden de argumenten van de wetgever getoetst aan Feinbergs uitwerking van het schadebeginsel. Feinbergs werk fungeert als richtlijn: het biedt de mogelijkheid om zeer gedetailleerd te toetsten of bepaalde argumenten terecht zijn gebaseerd op het schadebeginsel. Gekozen is voor Feinbergs werk om drie redenen: zijn theorie is de meest recente, de meest uitgebreide en, mijns inziens, de beste uitwerking van het schadebeginsel. Hij hanteert een zeer logische manier van redeneren, die is vereist om gedrag te beoordelen op haar gevolgen.

Voordat de argumenten van de wetgever worden getoetst aan Feinbergs criteria, wordt eerst geschetst hoe de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie tot stand is gekomen en welke punten van kritiek bestaan ten aanzien van het verbod. Nadien wordt geschetst wat de argumenten van de wetgever zijn voor de strafbaarstelling. Deze argumenten worden getoetst aan een toetsingsschema, dat is opgesteld op basis van het werk van Joel Feinberg. Deze toets is zeer uitgebreid. Dit komt omdat de argumenten in de memorie van toelichting zeer slordig zijn verwoord. Dit leidt tot onduidelijkheid: wat bedoelt de wetgever precies? Om deze reden zijn alle mogelijke varianten van de argumenten getoetst aan Feinbergs gedetailleerde theorie, wat de lengte van dit hoofdstuk verklaart.

3.2. De strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie

Sinds 2002 is het bezitten en produceren van een afbeelding strafbaar indien deze afbeelding een kennelijk minderjarig persoon voorstelt die *schijnbaar* bij een seksuele gedraging is betrokken.¹ Het is sindsdien niet langer vereist dat het gaat om afbeeldingen van echte kinderen: de strafbepaling van art. 240b Sr heeft nu ook betrekking op afbeeldingen waarop nagebootste (oftewel virtuele) kinderen zijn te zien. Om begripsverwarring te voorkomen: onderscheid dient te worden gemaakt tussen *digitale* kinderpornografie (seksueel getinte films en afbeeldingen van zowel echte als virtuele kinderen op een digitale gegevensdrager, doorgaans een computer) en *virtuele* kinderpornografie (seksueel getinte afbeeldingen van *virtuele* kinderen - nagebootst met behulp van een animatie, tekening of jong ogende meerderjarige - al dien niet op een digitale gegevensdrager). Voordat wordt onderzocht in hoeverre de redenen voor strafbaarstelling van virtuele kinderporno kunnen worden gebaseerd op het schade- of aanstootbeginsel, wordt een overzicht gegeven van de totstandkoming van het verbod.

3.2.1 Totstandkoming

De opinie van de Nederlandse overheid ten aanzien van de zedelijkheidswetgeving is de afgelopen honderd jaar onderhevig aan enige fluctuaties: de wetgever beweegt heen en weer tussen een meer actieve en meer terughoudende opstelling. In 1886 wordt, met de invoering van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht, pornografie verboden. Het verbod heeft enkel tot doel om ongewenste confrontatie met het materiaal te voorkomen, de staat wil niet het 'zedelijke leven' controleren.² Vanaf 1911 wordt de zedelijkheidswetgeving echter aangescherpt: onder meer homoseksuele contacten onder de 21 jaar en het gebruik van anticonceptiemiddelen worden verboden.³ Deze actieve opstelling van de overheid houdt stand tot de jaren 70. Onder invloed van de *sixties* komen de strafbaarstellingen van homoseksuele contacten, voorbehoedsmiddelen en overspel te vervallen. Ook kinderpornografisch materiaal is in deze tijd verkrijgbaar. Vanaf de jaren 80 verandert de houding van de overheid: de technologische ontwikkelingen maken namelijk een realistische vervaardiging en grootschalige verspreiding van kinderporno mogelijk. Ook oefenen de Verenigde Staten druk uit op Nederland om kinderpornografie strafbaar te stellen.⁴

In 1986 wordt met het oog op bescherming van jeugdigen kinderpornografie strafbaar gesteld in art. 240b Sr.⁵ Een bewerkte foto (computeranimaties bestonden nog niet) maakte volgens de toenmalige minister geen verschil voor de strafbaarheid.⁶ Nagebootste kinderporno kon destijds dus onder omstandigheden worden vervolgd. In 1995 doet parlementslid Rouvoet (RPF, voorloper van de ChristenUnie) tijdens de behandeling van een wetswijziging van het betreffende artikel een voorstel: hij wenst dat nadrukkelijk rekening wordt gehouden met 'trucage, naar aanleiding van een rage uit Japan'.⁷ Minister Sorgdrager antwoordt echter dat beeldmateriaal van een niet-bestaand kind, zijnde een tekening of animatie die een seksuele gedraging levensecht nabootst, niet onder de vernieuwde bepaling uit 1995 valt. Gefingeerde personen behoeven volgens de minister geen bescherming.⁸ In 2002 wijkt de wetgever echter van dit standpunt af. De strafbaarstelling van virtuele kinderporno is met de toevoeging van de zinsnede 'of schijnbaar is betrokken' een feit:

1. Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding - of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding - van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreidt, aanbiedt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert, verwerft, in bezit heeft of zich door middel van

¹ Stb. 2002, 388.

² Melai 1980, p. 9.

³ Melai 1980, p. 9.

⁴ Van der Neut 2000, p. 112 en Taylor & Quayle 2003, p.44.

⁵ Moerings 2003, p. 28 en 30.

⁶ *Handelingen II* 25 oktober 1984, p. 922 en 930.

⁷ *Handelingen II* 1994/95, 67, p. 3991.

⁸ *Kamerstukken II* 1994/95, 23 682, nr. 5, p. 10 (NV).

een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft.

2. Met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die van het plegen van een van de misdrijven, omschreven in het eerste lid, een beroep of een gewoonte maakt.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer blijkt dat de wetgever met de toevoeging 'of schijnbaar is betrokken' doelt op realistische afbeeldingen. Tekeningen, schilderijen en computeranimaties vallen volgens toenmalig minister Korthals niet onder het verbod, tenzij deze op het eerste gezicht niet zijn te onderscheiden van afbeeldingen van een echt kind.⁹ In de Eerste Kamer benadrukt de minister, na kritische opmerkingen van enkele senatoren, dat een afbeelding *levensechtheid* dient uit te stralen en cartoons en strips zodoende buiten de reikwijdte van het verbod vallen.¹⁰ Over de vraag of in een specifieke casus een bepaalde afbeelding valt onder het verbod, kan volgens de minister naar tijd en plaats verschillend worden gedacht: 'Het laatste woord is uiteindelijk aan de rechter.'¹¹

De wijziging van art. 240b Sr door de Nederlandse wetgever in 2002 is ingegeven door het Cybercrimeverdrag van 2001.¹² In dit verdrag komen een groot aantal Europese staten, de VS, Canada, Japan en Zuid-Afrika overeen dat de wetgeving en aanpak van computercriminaliteit wordt geharmoniseerd.¹³ De bepaling uit het Cybercrimeverdrag, (betreffende kinderpornografie) is vrijwel letterlijk overgenomen uit Amerikaanse wetgeving.¹⁴ Dit doet hoogleraar strafrecht Buruma (inmiddels raadsheer in de Hoge Raad) vermoeden dat de Amerikanen een grote invloed hadden de onderhandelingen, wat door de minister wordt bevestigd in zijn memorie van antwoord aan de Eerste Kamer.^{15,16} Het Cybercrimeverdrag onderscheidt, naast de werkelijke betrokkenheid van een kind, ook twee categorieën 'schijnbare' betrokkenheid: enerzijds seksueel getinte beelden van een persoon die minderjarig schijnt te zijn, anderzijds realistische beelden die een minderjarige voorstellen die betrokken is in seksueel gedrag. De eerste categorie bevat bijvoorbeeld een volwassen vrouw die zich voordoeft als een minderjarige en betrokken is bij seksuele handelingen. Bij de tweede categorie wordt met name gedacht aan geavanceerd 'digitaal geknutsel': van het plakken van foto's (met hoofden van kinderen) op vrouwenlichamen tot compleet geanimeerde filmpjes die realistisch lijken. Al deze categorieën vallen volgens de wetgever ook binnen het bereik van de Nederlandse strafbaarstelling.¹⁷

De argumenten voor strafbaarstelling van virtuele kinderporno worden in 2002 door de wetgever uiteengezet in de memorie van toelichting. Kortgezegd beoogt het verbod de bewijspositie van het openbaar ministerie (OM) te versterken: echte en virtuele kinderpornografie zijn nauwelijks te onderscheiden en daardoor is echt materiaal moeilijk op te sporen.¹⁸ Ook moet het verbod voorkomen 'dat schade ontstaat als gevolg van het in omloop brengen van beeldmateriaal dat seksueel misbruik suggereert'.¹⁹ Jeugdigen kunnen door het materiaal worden aangemoedigd deel te nemen aan seksueel gedrag en het materiaal houdt een subcultuur in stand die seksueel misbruik bevordert.²⁰ Een meer uitgebreide bespreking van de argumenten van de Nederlandse wetgever volgt in paragraaf 3.3.

⁹ *Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 6, p. 14 (NV).*

¹⁰ *Kamerstukken I 2001/02, 27 745, nr. 299b, p. 2 (MvA).*

¹¹ *Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 6, p. 14 (NV).*

¹² Cybercrimeverdrag 2001. Het gaat om een optionele strafbaarstelling: individuele landen mogen afwijken van de algemene norm.

¹³ Kaspersen 2004, p. 66.

¹⁴ Child Pornographic Prevention Act 1996.

¹⁵ Buruma 2002, p. 334.

¹⁶ *Kamerstukken I 2001/02, 27 745, nr. 299b, p. 6-7.*

¹⁷ *Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 6, p. 8 (NV).*

¹⁸ *Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 4 (MvT).*

¹⁹ *Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 4 (MvT).*

²⁰ *Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 6, p. 8-9 (NV) en Kamerstukken I 2000/01, 27 745, nr. 299b, p. 2-3 (MvA).*

3.2.2 Eerste punt van kritiek

Al sinds de introductie van het wetsvoorstel bestaat de nodige kritiek op het verbod van virtuele kinderporno. Een eerste punt van discussie is de formulering van het wetsartikel. Buruma uit reeds in 2002 zijn twijfels over de gekozen formulering: de wetgever omschrijft volgens hem niet duidelijk wat 'schijnbare' kinderporno inhoudt. 'Hierdoor ontstaat rechtsonzekerheid over de vraag wat iemand in de beslotenheid van de eigen woning - achter de eigen computer - mag doen'.²¹ De twijfels van Buruma worden bevestigd als blijkt dat rechters, in de jaren die volgen, het bestanddeel 'schijnbare betrokkenheid' verschillend interpreteren.

De Rechtbank Den Haag beschouwt in 2006 bijvoorbeeld een afbeelding van het naakte lichaam van een volwassen vrouw waarop het hoofd van een jong meisje is geplakt, niet als strafbaar. Zij neemt bij deze beslissing het criterium van 'levensechtheid' als uitgangspunt: bij geen van de afbeeldingen is op het eerste gezicht sprake van een niet van echt te onderscheiden kind.²² Het Hof Den Bosch komt in 2011 op basis van dezelfde maatstaf tot een vergelijkbare conclusie. Het hof beschouwt enkele pornografische tekeningen van kinderen, ondanks hun gedetailleerdheid, niet als levensecht en dus niet strafbaar.²³ De Rechtbank Almelo oordeelt in datzelfde jaar, eveneens op basis van de maatstaf van levensechtheid, dat een aantal expliciete kinderpornografische 3D-animaties niet realistisch was.²⁴

In 2008 interpreteert de Rechtbank Den Bosch de maatstaf van 'levensechtheid' echter op een andere manier. De rechtbank erkent dat de virtuele afbeelding (van een jong meisje dat een volwassen man masturbeerde) in casu voor de volwassen toeschouwer duidelijk van echt is te onderscheiden. De verdachte had echter een minderjarig slachtoffer gedwongen het filmpje te bekijken. Bovendien was de inhoud van de animatie specifiek bedoeld om kinderen over hun angst - ten aanzien van seksuele handelingen - heen te zetten ('*sex lessons for young girls*'). Om die reden is de rechtbank van mening dat als criterium 'het gemiddelde kind' diende te worden gehanteerd. Aangezien de afbeelding voor het gemiddelde kind niet van echt is te onderscheiden, acht de rechtbank de afbeelding wel als realistisch en dus strafbaar.²⁵ De Rotterdamse rechtbank geeft in 2011, met een beroep op de verruimde ratio van het wetsartikel, zelfs een geheel andere invulling aan de maatstaf. Een aantal afbeeldingen is volgens de rechtbank niet van echt te onderscheiden en dus realistisch. Afbeeldingen die op het eerste gezicht wel van echt zijn te onderscheiden, zijn echter toch realistisch omdat zij de werkelijkheid 'zeer dicht' benaderden. Met een beroep op de ruime ratio van het verbod oordeelde de rechtbank dat 'niet gezegd kan worden dat deze afbeeldingen niet realistisch zijn': de verdachte werd veroordeeld.²⁶

Deze verscheidenheid aan interpretaties heeft geleid tot kritiek op art. 240b Sr. In het redactioneel commentaar spreekt de redactie van *Ars Aequi* in 2011 de hoop uit dat de Hoge Raad zo snel mogelijk een richtinggevend arrest zal wijzen op dit gebied.²⁷ Een eerste stap hiertoe wordt gezet door het gerechtshof in Arnhem. Het hof concludeert in 2012 dat een aantal zogeheten Hentai-afbeeldingen (Japanse erotische cartoons) geen realistische afbeeldingen zijn en dus niet strafbaar.²⁸ Echter, in dezelfde zaak zijn in eerste aanleg enkele Hentai-afbeeldingen wel gekwalificeerd als realistisch, en dus strafbaar.²⁹ Ten aanzien van specifiek deze afbeeldingen is in hoger beroep geen middel ingediend, waardoor het hof zich over deze afbeeldingen niet uitlaat. Nog steeds bestaat dus onduidelijkheid over het bestanddeel 'schijnbare betrokkenheid'. Duidelijkheid is dat het dient te gaan om realistische afbeeldingen. Onduidelijk is echter de mate waarin de afbeeldingen realistisch dienen te zijn. Is strikt levensechtheid vereist, wat betekent

²¹ Buruma 2002, p. 335.

²² Rb. Den Haag 11 januari 2006, *NJFS* 2006, 61.

²³ Hof Den Bosch 14 april 2011, *NS* 2011, 144.

²⁴ Rb. Almelo 22 april 2011, *LJN* BQ2272.

²⁵ Rb. Den Bosch 4 februari 2008, *NJFS* 2008, 74.

²⁶ Rb. Rotterdam 31 maart 2011, *NJFS* 2011, 132.

²⁷ Redactie *Ars Aequi* 2011, p. 773.

²⁸ Hof Arnhem 12 april 2012, *LJN* BW3415.

²⁹ Rb. Zutphen 21 december 2010, *LJN* BO8152.

dat de afbeelding niet van echt te onderscheiden moet zijn. Of is voldoende dat de afbeeldingen in mindere mate realistisch zijn: doordat ze 'de werkelijkheid zeer dicht benaderen' of omdat 'een kind de afbeelding voor levens-echt aanziet'.

Begin 2013 laat de Hoge Raad zich uit over deze vraag. Hierbij baseert hij zich, in navolging van het hof, op de wetsgeschiedenis van art. 240b Sr. Een afbeelding is realistisch, aldus het gerechtshof, indien zij schijnbaar levensechte kinderporno verbeeldt. Tekeningen en computeranimaties vallen daar niet onder, tenzij deze op het eerste gezicht niet zijn te onderscheiden van afbeeldingen van een echt kind. Deze maatstaf is volgens de Hoge Raad correct. Het gerechtshof oordeelt in casu dat de afbeeldingen niet zijn aan te merken als realistisch in bovengenoemde zin. Dit oordeel is aldus de Hoge Raad feitelijk van aard, wat inhoudt dat in iedere afzonderlijke casus een nieuwe afweging moet worden gemaakt door de feitenrechter. Bij deze afweging geldt als maatstaf de strikte interpretatie van 'realistisch': het moet gaan om virtueel levensechte afbeeldingen, die op het eerste gezicht niet van echt zijn te onderscheiden.³⁰ Dit eerste kritiekpunt zal, met het oog op het onderwerp van dit onderzoek, niet verder worden behandeld.

3.2.3 Tweede punt van kritiek

Het tweede bezwaar ten aanzien van het verbod op virtuele kinderporno is wel van belang. De kritiek richt zich op de argumenten van de wetgever: is het verbod gerechtvaardigd? Hoogleraar criminologie Moerings denkt van niet: de overheid treedt in zijn optiek steeds duidelijker als zedenmeester op de voorgrond, onder het mom van de bescherming van het kind.³¹ Met andere woorden: de wetgever baseert de strafbaarstelling op zijn eigen morele opvatting, en niet op de schadelijkheid of aanstootgevendheid van het gedrag. Ook Theo de Roos uit zijn ongenoegen over het verbod: 'misbruik van kinderen moet absoluut worden bestreden, maar de strijd tegen dit misbruik dient geen morele kruistocht te worden'. Van belang is volgens hem dat justitie focust op de producenten van kinderpornografie, niet op de 'kleine vieze man'.³²

Buruma uit zelfs zijn twijfels voordat het verbod daadwerkelijk door het parlement is bekrachtigd. Ter discussie staat volgens hem de vraag of het verbod wordt gerechtvaardigd door het overheidsbelang om kinderen te beschermen. 'De noodzaak van het verbod heeft immers minder te maken met in het verleden toegebrachte schade dan met gevaarzetting'. Deze gevaarzetting (het gevaar dat virtuele kinderporno echt misbruik zal stimuleren) staat bovendien niet vast. Buruma concludeert: 'het zou, zeker als de Amerikaanse strafbepaling (van virtuele kinderporno, red.) door het Amerikaanse *Supreme Court* inconstitutioneel wordt verklaard, bizar zijn om deze geslaagde export van Amerikaanse wetgeving in Nederland te aanvaarden'.³³

Buruma wijst op een uitspraak van het *Supreme Court* waarin het hof de Amerikaanse strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie toetst aan de Amerikaanse grondwet. Buruma doet dit omdat de Nederlandse strafbaarstelling grotendeels is gebaseerd op de Amerikaanse strafbaarstelling van virtuele kinderporno. Nader vergelijk van de Nederlandse en Amerikaanse wet toont inderdaad dat beide strafbaarstellingen exact dezelfde formulering kennen: '*or appears to be*' en '*of schijnbaar is betrokken*'. Bovendien zijn alle argumenten die de Nederlandse overheid gebruikt om de strafbaarstelling te onderbouwen nagenoeg letterlijk overgenomen uit de Amerikaanse argumentatie.³⁴ Het oordeel van het *Supreme Court* is voor de vraag naar de rechtvaardigheid van de Nederlandse strafbaarstelling dus van belang: het is indirect een oordeel over de argumenten van de Nederlandse wetgever. Daarom volgt een bespreking van deze uitspraak. Nadien worden de argumenten van de Nederlandse wetgever verder onderzocht.

³⁰ HR 12 maart 2013, *NJB* 2013, 732.

³¹ Moerings 2003, p. 29-30.

³² De Roos 2007, p. 374.

³³ Buruma 2002, p. 334-335.

³⁴ *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002), *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 4 (MvT), *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 6, p. 8-9 (NV) en *Kamerstukken I* 2000/01, 27 745, nr. 299b, p. 2-3 (MvA).

Het Amerikaanse verbod op virtuele kinderporno

Het Amerikaanse *Supreme Court* oordeelt - kort na Buruma's publicatie en kort voor de behandeling van het wetsvoorstel in Nederland - over de *sections 2265 (8)(B)* en *(8)(D)* van de *Child Pornography Prevention Act 1996* (CPPA). Deze *sections* verwoorden het verbod op virtuele en daadwerkelijke kinderpornografie. Het verbod op virtuele kinderporno is vormgegeven door toevoeging van de zinsnede 'or appears to be'. Het hoogste rechtscollege van de V.S. oordeelt over de strafbaarstelling, omdat de *Free Speech Coalition* (de Amerikaanse beroepsvereniging voor de *porn and adult entertainment* industrie), tezamen met enkele kunstenaars, bezwaar heeft aangetekend tegen de wet.

Uitspraak Supreme Court

Het *Supreme Court* gaat in *Ashcroft v. Free Speech Coalition* als volgt te werk. Uitgangspunt is dat het onderhavige materiaal (de virtuele kinderporno) valt binnen de bescherming van het *First Amendment*, oftewel het grondrecht op vrije meningsuiting. Het Hooggerechtshof onderzoekt of dit daadwerkelijk het geval is door na te gaan of het materiaal valt binnen een categorie die niet wordt beschermd door het *First Amendment*. Het *Supreme Court* heeft namelijk in eerdere zaken uitgemaakt dat bepaalde categorieën uitlatingen buiten die bescherming vallen. Vervolgens onderzoekt het Hooggerechtshof of, indien het materiaal wel binnen de bescherming van het *First Amendment* valt, een andere rechtvaardiging bestaat om het grondrecht op vrije meningsuiting te beperken.³⁵

Een van categorieën uitlatingen die niet door het *First Amendment* wordt beschermd is *obscenity*. Uitlatingen die voldoen aan de *Miller-test* (wellustig prikkelend, aanstootgevend materiaal van een seksuele gedraging zonder literaire, artistieke, politieke of wetenschappelijke waarde) vallen binnen deze categorie. Dergelijke uitlatingen mogen dan ook strafbaar worden gesteld.³⁶ Vertoning dient wel plaats te vinden in de openbare ruimte, het enkele bezit van obscene materiaal mag niet worden verboden.³⁷ In *Ashcroft vs. Free Speech Coalition (Ashcroft)* stelt het *Supreme Court* dat bepaalde onderdelen van de CPPA niet voldoen aan de *Miller-test*.³⁸ De CPPA verbiedt bijvoorbeeld iedere afbeelding van seksueel expliciet gedrag, ongeacht de manier waarop het is verbeeld. Het onderhavige materiaal is dus niet per definitie aanstootgevend. Ook verbiedt de CPPA de verbeelding van een idee - zijnde de betrokkenheid van jeugdigen in seksuele activiteiten -, terwijl dit al eeuwen een belangrijk onderdeel is van films en literatuur. De formulering van de CPPA is volgens het *Supreme Court* dus te ruim. Dit betekent dat het gedrag in de CPPA niet valt binnen de categorie *obscenity* en niet om die reden mag worden verboden.³⁹

Een andere categorie uitlatingen die niet onder de bescherming van het *Free Amendment* valt, wordt gevormd door echte kinderpornografie. Kinderpornografie valt niet in de categorie *obscenity* (want niet altijd privé) en is daarom niet te verbieden, wat de noodzaak deed rijzen tot de vorming van een nieuwe categorie. In *New York vs. Ferber (Ferber)* bepaalde het *Supreme Court* dan ook dat het verspreiden en verkopen van kinderpornografie strafbaar mag worden gesteld, zonder als obscene te gelden. Kinderpornografie heeft namelijk *intrinsic verband* met seksueel misbruik van kinderen. Ten eerste levert de handel in dergelijk materiaal een economisch motief voor het misbruik, ten tweede geldt het materiaal als een blijvende (voor het kind schadelijke) herinnering aan het strafbare feit.⁴⁰ Deze ratio rechtvaardigt volgens het Hooggerechtshof bovendien de strafbaarstelling van *het bezit* van kinderpornografie.⁴¹ Dit maakt deze tweede categorie (kinderpornografie) ingrijpender in de vrije meningsuiting dan *obscenity*, omdat bezit in de private sfeer ook strafbaar wordt gesteld.⁴²

³⁵ Nieuwenhuis 2002, p. 221.

³⁶ *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

³⁷ *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 568 (1969).

³⁸ *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002), p. 11.

³⁹ *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002), p. 8-10.

⁴⁰ *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).

⁴¹ *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990).

⁴² Nieuwenhuis 2002, p. 221.

Virtueel kinderpornografisch materiaal valt, volgens het *Supreme Court* in *Ashcroft*, echter niet binnen de categorie 'kinderpornografie'. Waar het materiaal in *Ferber* een opname is van daadwerkelijk seksueel misbruik, is het materiaal dat wordt verboden door de CPPA geen opname van een misdrijf en veroorzaakt het geen slachtoffers tijdens de productie. Virtuele kinderpornografie is dus niet *intrinsiek verbonden* met kindermisbruik.⁴³ Het argument van de Amerikaanse overheid dat de virtuele variant leidt tot werkelijke gevallen van kindermishandeling, vindt het Hoogerechtshof 'speculatief en indirect'. De schade is namelijk geen noodzakelijk gevolg van het materiaal, maar is gebaseerd op een 'niet-gekwantificeerde aanname dat het materiaal andere misdrijven in de hand werkt'. De Amerikaanse overheid repliceert dat dergelijke indirecte schade wel voldoende is voor een verbod, omdat uit *Ferber* blijkt dat kinderpornografie zelden valt binnen de vrije meningsuiting. Het *Supreme Court* denkt hier anders over: ten eerste is het oordeel in *Ferber* gebaseerd op de totstandkoming van het materiaal, niet op het vertoonde beeld. Ten tweede stelt *Ferber* dat kinderpornografie soms wel (positieve, red.) waarde heeft en dat virtueel materiaal juist van belang is als alternatief. Het verbod op virtueel kinderpornografisch materiaal in de CPPA vindt dus geen steun in *Ferber*.⁴⁴

Virtuele kinderpornografie valt dus niet binnen een reeds bestaande categorie uitlatingen, die niet worden beschermd door het *First Amendment*. De Amerikaanse wetgever probeert vervolgens met andere argumenten - waarvan een aantal opvallend veel overeenkomsten vertoont met de argumenten van de Nederlandse wetgever - een rechtvaardiging te vinden voor de inbreuk (van de CPPA) op het *First Amendment*. Deze worden echter door het *Supreme Court* systematisch afgewezen. Het eerste argument van de overheid dat pedofielen de virtuele kinderporno kunnen gebruiken om kinderen te verleiden tot seksueel gedrag gaat niet op, omdat dit voor meer zaken geldt die op zichzelf onschuldig zijn (zoals cartoons, videogames en snoepgoed). Dergelijke zaken mogen niet worden verboden omdat anderen die zaken voor slechte doeleinden kunnen gebruiken: het verwijt zit juist in het 'onrechtmatige gebruik' zelf, wat al is verboden (verleiden van kinderen tot seksueel gedrag, red.).⁴⁵

Het argument dat virtuele kinderporno de begeerte van pedofielen stimuleert en zodoende aanzet tot het plegen van misdrijven is ook niet geldig. Het *Supreme Court* benadrukt dat de vrije meningsuiting het meest in gevaar is indien een overheid probeert om individuele gedachten te controleren. '*The right to think is the beginning of freedom, and speech must be protected from the government because speech is the beginning of thought*'. Daarom dient een scherpe lijn te worden getrokken tussen woorden en daden: geen uitlatingen mogen worden verboden als die wellicht leiden tot onrechtmatig gedrag op een ongedefinieerd, toekomstig moment. Een overheid mag enkel een uiting verbieden indien die is gericht op het aanzetten tot danwel het produceren van onrechtmatig gedrag en indien de uiting waarschijnlijk in dit streven zal slagen (de *Brandenburg-test*).⁴⁶ In het geval van virtuele kinderporno is hier volgens het *Supreme Court* echter geen sprake van: het verband dat de overheid postuleert is te zwak. Vereist is een '*significantly stronger, more direct connection*' tussen de uiting en de schade aan het kind.⁴⁷

De wetgever stelt ten derde dat een verbod op virtuele kinderporno noodzakelijk is om de markt voor echte kinderpornografie te elimineren. Echt en virtueel materiaal is namelijk niet van elkaar te onderscheiden, maken deel uit van dezelfde markt en worden vaak onderling verhandeld. Volgens het *Supreme Court* stelt de overheid hiermee ten onrechte dat virtuele kinderporno de handel in echte kinderporno bevordert. Als echt en virtueel materiaal namelijk daadwerkelijk identiek zijn, zou virtuele kinderporno de markt domineren. Geen producent waagt zich aan het strafbare misbruik van kinderen voor de vervaardiging van echt materiaal, terwijl virtueel materiaal hetzelfde effect sorteert. Het Hoogerechtshof voegt hieraan toe dat 'zelfs als de theorie van de wetgever omtrent het elimineren van

⁴³ *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002), p. 12.

⁴⁴ *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002), p. 11-13.

⁴⁵ *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002), p. 13-14.

⁴⁶ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

⁴⁷ *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002), p. 14-15.

de markt in sommige gevallen zou kloppen, dat geen reden is om virtuele kinderporno strafbaar te stellen'. De uiting is namelijk an sich niet schadelijk: *'there is no underlying crime at all'*.⁴⁸

Het laatste argument van de Amerikaanse overheid stelt dat virtuele kinderporno de opsporing van echte kinderporno belemmert. Het is tijdens een rechtszaak moeilijk om het verschil tussen beide varianten aan te tonen. Volgens het *Supreme Court* betekent dit in essentie dat een niet-strafbare uitlating wordt verboden om een strafbare uitlating op te sporen. *'This turns the First Amendment upside down'*, aldus het hof. 'De mogelijke schade voor de samenleving die ontstaat door het niet-vervolgen van strafbare uitlatingen, weegt niet op tegen de mogelijkheid dat toegestane uitlatingen worden verboden'. De overheid verdedigt haar standpunt door te wijzen op de uitzondering in de CPPA: het is de verdachte toegestaan te bewijzen dat enkel jong ogende meerderjarigen zijn gebruikt. Het *Supreme Court* staat in principe niet positief tegenover een dergelijke omkering van de bewijslast: de verdachte kan zich pas verdedigen als het proces al is begonnen, inclusief de druk die daarmee gaat gepaard. Bovendien weet de enkele bezitter van de virtuele kinderporno niet in hoeverre jong ogende meerderjarigen zijn gebruikt, dit weet enkel de producent. Het hof komt echter aan een beslissing over dit argument niet toe: het artikel is hoe dan ook ongeldig omdat de mogelijkheid voor een verdachte om zich te verdedigen te beperkt is geformuleerd. De mogelijkheid ontbreekt om aan te tonen dat het materiaal het resultaat is van een computerbewerking, wat betekent dat de CPPA te veel ruimte laat om materiaal te verbieden dat niet strafwaardig is.⁴⁹ Het hof komt tot de slotsom dat de virtuele kinderporno niet kan worden aangemerkt als *obscene* danwel als kinderpornografie. Bovendien zijn andere argumenten om een inbreuk te maken op de vrijheid van meningsuiting ongeldig. De conclusie luidt dan ook dat de betreffende bepalingen in de CPPA in strijd zijn met de vrijheid van meningsuiting: *'the prohibition is overbroad and unconstitutional'*.⁵⁰

Reactie Amerikaanse wetgever

In reactie op de uitspraak van het *Supreme Court* vaardigt de Amerikaanse wetgever in 2003 een nieuw verbod uit op virtuele kinderporno: de PROTECT Act 2003 (*Act*). De wet wordt informeel ook *The Amber Alert Law* genoemd.⁵¹ De eerste belangrijke vernieuwing in de wet is de gewijzigde definitie van het begrip virtuele kinderpornografie.⁵² De oude formulering *'a visual depiction that is, or appears to be, of a minor engaging in sexually explicit conduct'* is vervangen door een meer specifieke omschrijving. De nieuwe omschrijving is in *section 2256(8)* op twee manieren vormgegeven:

- (1) *'such visual depiction is a digital image, computer image, or computer-generated image that is, or is indistinguishable from, that of a minor engaging in sexually explicit conduct, or'*
- (2) *'such visual depiction has been created, adapted, or modified to appear that an identifiable minor is engaging in sexually explicit conduct'*.

In de eerste zin is het begrip *indistinguishable* van belang. Hieronder wordt aldus verstaan: *'virtually indistinguishable, in that the depiction is such that an ordinary person viewing the depiction would conclude that the depiction is of an actual minor engaged in sexually explicit conduct'*.⁵³ In de tweede omschrijving staat het begrip *identifiable minor* centraal: het materiaal dient volgens de nieuwe wet (als zodanig te identificeren) minderjarig persoon af te beelden.⁵⁴

Een tweede belangrijke wijziging in de nieuwe wet is de extra mogelijkheid om aan te tonen dat het realistische materiaal daadwerkelijk virtueel is. Onder de CPPA was reeds mogelijk om aan te tonen dat voor de vervaardiging van het materiaal gebruik was gemaakt van jong ogende volwassenen. Onder de nieuwe wet blijft strafvervolging ook achter-

⁴⁸ Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002), p. 16.

⁴⁹ Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002), p. 17-18.

⁵⁰ Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002), p. 19.

⁵¹ PROTECT Act 2003, section 2252A.

⁵² PROTECT Act 2003, section 2256(8).

⁵³ PROTECT Act 2003, section 2256(11).

⁵⁴ PROTECT Act 2003, section 2256(9).

wege als wordt aangetoond dat geen gebruik is gemaakt van echte kinderen. Deze laatste uitzondering geldt echter niet voor virtueel materiaal in de tweede omschrijving (C).⁵⁵ Aantonen dat geen gebruik is gemaakt van echte kinderen strookt namelijk niet met de eis in omschrijving (C) dat het om *identificeerbare* minderjarigen moet gaan. De vraag is of deze twee nieuwe bepalingen voldoen aan de constitutionele toets van het *Supreme Court*. In *United States v. Williams (Williams)* buigt het *Supreme Court* zich wel over deze wet, maar niet over de betreffende bepalingen (het hof buigt zich over het verbod op *pandering*).⁵⁶

Onduidelijk is dus of de vernieuwde strafbaarstelling van het bezit van virtuele kinderpornografie voldoet aan de constitutionele toets van het *Supreme Court*. Vast staat dat de nieuwe wet het begrip virtuele kinderporno meer specifiek omschrijft en dat verdachten een extra mogelijkheid hebben om aan te tonen dat zijn materiaal daadwerkelijk virtueel is. Beide verbeteringen betreffen punten die het *Supreme Court* in Ashcroft beoordeelt als onvoldoende. Maar dit zijn niet de belangrijkste overwegingen van het Hoogerechtshof in Ashcroft. Het *Supreme Court* stelt in dat arrest dat virtuele kinderpornografie wordt vervaardigd zonder betrokkenheid van echte kinderen: dat is de belangrijkste reden om de oude wet (de CPPA) onconstitutioneel te verklaren.⁵⁷ De nieuwe wet verbiedt echter nog steeds materiaal dat an sich niet schadelijk is voor echte kinderen. Volgens onderzoek van de Tilburgse hoogleraar Koops meent het gros van de Amerikaanse rechtsgelcerden dat de vernieuwde bepalingen in de PROTECT Act inhoudelijk niet zijn te onderscheiden van de CPPA en om die reden evenzeer onconstitutioneel zijn.⁵⁸ Zoals gezegd, de betreffende bepalingen zijn (nog) niet voorgelegd aan de Amerikaanse rechter: het verbod op virtueel kinderpornografisch materiaal is in de Verenigde Staten - in afgeslankte vorm - een feit.

Reactie Nederlandse wetgever

De minister geeft tijdens het debat toe dat de V.S. in het bijzonder hebben aangedrongen op de strafbaarstelling van virtuele kinderporno.⁵⁹ Hij onderkent tevens het belang van de uitspraak in Ashcroft. De uitspraak kan volgens de minister echter 'niet meer zijn dan een inspiratie, tot een zorgvuldige beoordeling van hetgeen in Nederland rechtens behoort te zijn'.⁶⁰ De minister gaat ook inhoudelijk niet uitgebreid in op de conclusies van het *Supreme Court*. Hij stelt enkel dat de gronden voor strafbaarstelling van virtuele kinderporno in zijn opinie 'voldoende solide' zijn. Ook benadrukt de wetgever meermaals dat in Europa 'consensus' en 'politieke overeenstemming' bestaat over het verbod.⁶¹

3.2.5 Conclusie

In de voorgaande paragrafen is de totstandkoming van het verbod op virtuele kinderporno uiteengezet. Op twee punten van dit verbod bestaat kritiek. Het eerste punt van kritiek ziet op de formulering van de strafbaarstelling: de vraag is of deze formulering voldoende duidelijk is. Dit wordt in het kader van dit onderzoek niet verder behandeld. Het tweede punt van kritiek ziet op de argumenten die ten grondslag liggen aan de strafbaarstelling. Verschillende auteurs vragen zich af in hoeverre het verbod wordt gerechtvaardigd door het belang van de overheid om kinderen te beschermen tegen schade. Deze auteurs worden in hun kritiek gesterkt door een uitspraak van het Amerikaanse *Supreme Court*. Dit hof heeft de Amerikaanse strafbaarstelling van virtuele kinderporno - waarop de Nederlandse strafbaarstelling grotendeels is gebaseerd - onconstitutioneel verklaard. Het verbod is in strijd met de vrijheid van meningsuiting. De argumenten die ten grondslag liggen aan het Nederlandse verbod zijn door de wetgever echter nooit grondig heroverwogen: de strafbaarstelling van virtuele kinderporno in Nederland is een feit. De gerechtvaardigde vraag is dan ook of dit is gerechtvaardigd.

⁵⁵ PROTECT Act 2003, section 2252A(c).

⁵⁶ *United States v. Williams*, 555 U.S. 285 (2008), p. 3 en PROTECT Act 2003, section 2252A(a)(3)(B).

⁵⁷ *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002), p. 12-16 en 19.

⁵⁸ Leenes, Koops en De Hert 2008, p.258.

⁵⁹ *Kamerstukken I 2001/02, 27 745, nr. 299b*, p. 5- 7 (MvA).

⁶⁰ *Handelingen I 2001/02*, 34, p. 1701.

⁶¹ *Kamerstukken I 2001/02, 27 745, nr. 299b*, p. 7 (MvA).

3.3 De grondslag voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie

Om de vraag te beantwoorden of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie rechtvaardig is, dient duidelijk te zijn wat de grondslag is voor deze strafbaarstelling. Uit de parlementaire documentatie is af te leiden, dat de wetgever de grondslag voor de strafbaarstelling vindt in de schadelijkheid van de gedraging: 'de verspreiding van kinderporno is schadelijk, of deze nu reëel is of virtueel. Voor een effectieve bestrijding van kinderporno is ook de strafbaarstelling van virtuele kinderporno nodig.'⁶² Dit blijkt ook uit de argumenten van de wetgever. De beschrijving van deze argumenten blinkt echter niet uit in helderheid. Met behulp van de parlementaire documentatie is een viertal argumenten te onderscheiden.⁶³ Die worden in deze paragraaf nader uiteengezet.

3.3.1 Het eerste en tweede argument

De memorie van toelichting stelt dat 'moderne technologische ontwikkelingen de animatie van levensechte gedragingen mogelijk maken, zonder betrokkenheid van echte kinderen. Een niet-pornografische afbeelding van een kind kan worden getransformeerd in een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij een kind betrokken lijkt. Niet mogelijk is te bewijzen dat een werkelijk bestaand kind betrokken is geweest bij de vervaardiging van kinderporno'.⁶⁴ Dit argument beoogt, aldus de memorie, de bewijspositie van het openbaar ministerie te versterken. Het is in deze omschrijving niet duidelijk wat de wetgever exact bedoelt. Mijns inziens is het argument op twee manieren te interpreteren: in enge zin stelt de wetgever dat na het zien van een realistische animatie niet is te bewijzen dat sprake is van echt kinderpornografisch materiaal. In ruime zin stelt de wetgever dat na het zien van een realistische animatie niet is te bewijzen dat een kind bij de vervaardiging van het materiaal *betrokken is geweest*. Het verschil tussen beide interpretaties is subtiel, maar van belang met betrekking tot de toets aan Feinbergs vereisten.

Uitgangspunt in de enge interpretatie is dat de getoonde kinderpornografische filmpjes en afbeeldingen *echt* zijn. Dit is lastig te bewijzen omdat virtueel en echt materiaal niet zijn te onderscheiden. In deze interpretatie ligt de nadruk dus op de opsporing van echt kinderpornografisch materiaal, die in de weg wordt gezeten door het bestaan van virtueel kinderpornografisch materiaal. Uitgangspunt in de ruime interpretatie is dat de getoonde kinderpornografische filmpjes en afbeeldingen *virtueel* zijn: in dit geval is niet te bewijzen dat een kind bij de vervaardiging betrokken is geweest.⁶⁵ In deze interpretatie ligt de nadruk op de opsporing van de betrokkenheid van echte kinderen bij de vervaardiging van *virtueel* kinderpornografisch materiaal. Ondanks het feit dat verschillende auteurs enkel de eerste interpretatie aanhangen⁶⁶, biedt de uiteenzetting van de wetgever in de parlementaire documentatie voldoende aanknopingspunten om ook uit te gaan van de tweede interpretatie. De wetgever stelt in de memorie van toelichting namelijk letterlijk: 'deze vorm van kinderporno wordt wel virtuele kinderporno genoemd. Het is *dan* niet mogelijk te bewijzen dat bij de vervaardiging van kinderporno daadwerkelijk een echt kind betrokken is geweest.'⁶⁷

Omdat beide interpretaties dusdanig van elkaar verschillen worden ze onafhankelijk van elkaar getoetst aan de theorie van Feinberg. Daarom wordt in dit onderzoek ook gesproken van twee argumenten. Het eerste argument stelt dat virtuele kinderporno schade veroorzaakt aan echte kinderen omdat virtuele en echte kinderporno niet zijn te onderscheiden: echt kinderpornografisch materiaal kan niet worden bewezen. Het tweede argument stelt dat virtuele kinderporno schade veroorzaakt aan echte kinderen omdat niet is te bewijzen dat bij de vervaardiging van het getoonde

⁶² Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 6, p. 15 (NV).

⁶³ Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 4 (MvT), Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 6, p. 8-9 (NV) en Kamerstukken I 2000/01, 27 745, nr. 299b, p. 2-3 (MvA).

⁶⁴ Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 4 (MvT).

⁶⁵ Handelingen I 2001/02, 34, p. 1701.

⁶⁶ Moerings 2003, p. 29 en redactie *Ars Aequi* 2006, p. 777.

⁶⁷ Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 4 (MvT). De wetgever had dit overigens kunnen voorkomen door te stellen: 'deze vorm van kinderporno wordt wel virtuele kinderporno genoemd. Het is *daardoor* niet mogelijk om te bewijzen dat daadwerkelijk een echt kind *te zien is* op de realistisch animatie. De wetgever zegt met deze nieuwe redenering: 'virtuele kinderporno is niet van echt te onderscheiden, dat maakt dat het kan gaan om echt materiaal (waarbij een kind is betrokken). Dit *onderscheid* is echter niet te bewijzen, daarom wordt de gedraging strafbaar gesteld'. Dit is door de wetgever helaas nagelaten.

(realistische) materiaal een kind bij de vervaardiging betrokken is geweest. De redenering van de wetgever dat de bewijspositie van het openbaar ministerie dient te worden versterkt, is in de kern dus een beroep op het schadebeginsel.

3.3.2 Het derde en vierde argument

De wetgever stelt voorts dat het verbod op virtuele kinderporno moet voorkomen dat 'schade ontstaat als gevolg van het in omloop brengen van beeldmateriaal dat seksueel misbruik suggereert'.⁶⁸ Tijdens de parlementaire discussie wordt dit argument nader verklaard: 'bescherming dient te worden geboden tegen gedrag dat kan worden gebruikt om kinderen aan te moedigen of te verleiden om deel te nemen aan seksueel gedrag of gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert. Virtuele kinderporno beoogt immers het misbruik van echte kinderen realistisch weer te geven, wat de markt voor daadwerkelijke kinderporno in stand houdt'.⁶⁹

Uit deze formulering zijn het derde en vierde argument te destilleren. Het derde argument stelt dat schade als gevolg van het in omloop brengen van virtuele kinderporno dient te worden voorkomen: kinderen kunnen namelijk met de virtuele kinderporno worden verleid tot deelname aan seksueel gedrag. Het vierde argument stelt wederom dat schade als gevolg van het in omloop brengen van virtuele kinderporno dient te worden voorkomen, ditmaal omdat de verspreiding van virtuele kinderporno bijdraagt aan de instandhouding van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert. Uiteindelijk is in de parlementaire documentatie dus een viertal argumenten te onderscheiden.

Schematische weergave van de argumenten

1. Schade (echt kinderpornografisch materiaal) is moeilijk te bewijzen voor het Openbaar ministerie (vanwege de gelijkenis met virtueel materiaal). De schade bestaat uit:
 - a. Seksuele betrokkenheid van kind (fysiek) bij vervaardiging echt materiaal.⁷⁰
2. Schade (betrokkenheid kind bij vervaardigen virtuele kinderporno) is moeilijk te bewijzen voor het Openbaar ministerie (OM). De schade bestaat uit:
 - a. Niet-seksuele betrokkenheid van kind (foto/film of fysiek) bij vervaardiging virtuele materiaal.⁷¹
 - b. Seksuele betrokkenheid van kind (foto/film of fysiek) bij vervaardiging virtuele materiaal.⁷²
3. Voorkomen van schade als gevolg van het in omloop brengen van beeldmateriaal dat seksueel misbruik van kinderen suggereert.⁷³ Mogelijke schade bestaat uit:
 - a. Verleiden kinderen tot seksueel gedrag.⁷⁴
4. Voorkomen van schade als gevolg van het in omloop brengen van beeldmateriaal dat seksueel misbruik van kinderen suggereert.⁷⁵ Mogelijke schade bestaat uit:
 - a. Voorkomen dat een subcultuur in stand wordt gehouden die seksueel misbruik van kinderen bevordert.⁷⁶

⁶⁸ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 4 (MvT).

⁶⁹ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 6, p. 8-9 (NV) en *Kamerstukken I* 2000/01, 27 745, nr. 299b, p. 2-3 (MvA).

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 4 (MvT).

⁷¹ *Idem.*

⁷² *Idem.*

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 6, p. 8-9 (NV) en *Kamerstukken I* 2000/01, 27 745, nr. 299b, p. 2-3 (MvA).

⁷⁵ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 4 (MvT).

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 6, p. 8-9 (NV) & *Kamerstukken I* 2000/01, 27 745, nr. 299b, p. 2-3 (MvA).

3.4 Toets aan Feinberg

In deze paragraaf wordt getoetst of de argumenten van de wetgever terecht zijn gebaseerd op het schadebeginsel. Dit wordt gedaan door de argumenten te toetsen aan Feinbergs uitwerking van dit beginsel. Om te voldoen aan het schadecriterium, is volgens Feinberg vereist dat sprake is van (1) *a setback of interests, that (2) is a wrong*.⁷⁷ De meest voor de hand liggende conclusie lijkt dat virtuele kindporno geen *setback of interests* veroorzaakt: een virtueel kind wordt niet geschaad in zijn *interest* op lichamelijke integriteit. Uit de parlementaire documentatie is echter af te leiden dat de wetgever vindt dat wel sprake is van schade: hiertoe hanteert de wetgever een viertal argumenten.

3.4.1 Het eerste argument

Het eerste argument van de wetgever stelt dat, na het zien van een realistische animatie, niet is te bewijzen dat sprake is van echt kindpornografisch materiaal.⁷⁸ De eerste vraag is of sprake is van een *setback of interests*: welk specifieke belang van het echte kind verkeert, na aantasting, in een slechtere staat dan voor de inbreuk?

Setback of interests

Het bestaan van een *setback of interests* is in het eerste argument duidelijk: gesteld wordt dat na het zien van een realistische animatie niet is te bewijzen dat sprake is van echt kindpornografisch materiaal. De schade bestaat volgens de wetgever dus uit de inbreuk op de lichamelijke integriteit van een echt kind: bij de vervaardiging van echt materiaal is namelijk altijd een echt kind betrokken. Dat in een specifieke zaak de verdachte het bestaan van de *setback of interests* (oftewel de echtheid van de kindporno) betwist en het OM de *setback of interests* (oftewel de echtheid van de kindporno) niet kan bewijzen, doet niets af aan het bestaan van de *setback of interests* (in geval van echte kindpornografie) in de redenering van de wetgever. Strafbaarstelling van gedrag ziet namelijk niet op de schadelijkheid van gedrag in een concrete zaak, maar op de schadelijkheid van gedrag in het algemeen. In het algemeen zorgt het bezit (en de verspreiding) van virtuele kindporno, aldus de wetgever, voor een *setback of interests* van een echt kind. Aan het eerste vereiste van Feinberg is dus voldaan.

A wrong

Ten tweede vereist Feinberg dat de gedraging (het bezit of de vervaardiging van virtuele kindpornografie) ook onrechtmatig (*a wrong*) is. Feinberg formuleert vijf vereisten waaraan een gedraging moet voldoen om te gelden als onrechtmatig:

- I. er is een gedraging (doen of nalaten).
- II. er is enige vorm van opzet in het spel (bijvoorbeeld roekeloosheid).
- III. de gedraging is *morally indefensible* (dit betekent dat geen schulditsluitings- of rechtvaardigingsgrond aanwezig is).
- IV. er bestaat een causaal (oorzakelijk) verband tussen de gedraging en de *setback of interests*.
- V. de gedraging schendt een recht van de gelaedeerde.

Aan vier van de vijf vereisten is voldaan. Het vereiste van causaliteit verdient een nadere beschouwing. De wetgever stelt dat 'voor de effectieve bestrijding van *kindporno*, in het bijzonder op internet, het nodig kan zijn dat ook kan worden opgetreden tegen schijnbaar echte kindporno. Van politie en openbaar ministerie kan niet worden verlangd dat wordt bewezen dat het aangetroffen materiaal *echte kinderen* afbeeldt'.⁷⁹

Dit standpunt van de wetgever is goed te begrijpen. Het is mogelijk een echt kindpornografisch filmpje te voorzien van een digitale *layer*: een extra laag waardoor het filmpje lijkt op een animatie. Vaak is aan te tonen dat het materiaal

⁷⁷ Feinberg 1984, p. 36.

⁷⁸ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 4 (MvT).

⁷⁹ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 4 (MvT).

is bewerkt, maar niet altijd. Bovendien zal de techniek in de nabije toekomst dusdanig ver zijn gevorderd, dat het mogelijk is om niet van echt te onderscheiden virtuele animaties te construeren. Dit heeft tot gevolg dat een verdachte in theorie bij elke realistische kinderpornografische film of afbeelding kan claimen dat het een virtuele animatie betreft. Het OM zal in dergelijke gevallen altijd aanvullend bewijsmateriaal (dat de echtheid van het materiaal aantoont) moeten overleggen. Dat is lastig. Vandaar, aldus dit argument, het verbod op virtuele kinderporno.

De wetgever stelt dus dat sprake is van een verband tussen de virtuele kinderporno en de schade aan een echt kind (echte kinderpornografie): het enkele feit dat virtuele kinderporno 'bestaat' maakt dat het OM in een specifieke zaak lastig kan bewijzen dat sprake is van echt kinderpornografisch materiaal. De vraag is of dit verband *causaal* is.

Causaliteit Feinberg

De invulling van het begrip causaliteit wordt door wetgevers, aldus Feinberg, grotendeels overgelaten aan de rechtspraak. Die invulling biedt dan ook de nodige aanknopingspunten met betrekking tot de vraag of tussen een bepaalde gedraging en de schade een causaal verband bestaat. De verschillende formules die in de rechtspraak zijn ontwikkeld hebben volgens Feinberg gemeen, dat zij allen voorzien in de invulling van twee vereisten:

1. de gedraging moet een werkelijke causale factor zijn in de productie van de schade (*a cause in fact*),
2. de gedraging moet een aanzienlijke (belangrijke, cruciale) causale bijdrage zijn (*the proximate cause*).

Het eerste vereist ziet op de vraag of de gedraging überhaupt bijdraagt (ongeacht de omvang van de bijdrage) aan het ontstaan van de schade. Een van de formules die voor de invulling van dit vereiste kan worden gebruikt, is de bekende *conditio sine qua non*. Feinberg waarschuwt echter dat deze formule erg veel mogelijke factoren aanwijst als *de oorzaak* ('tot aan de grootouders van de verdachte aan toe'). *Common sense* biedt in dit geval uitkomst.⁸⁰

Het tweede vereiste focust op de vraag of de gedraging is aan te wijzen als *de oorzaak* van de schade. Feinberg wijst in dit kader op een belangrijke vraag die vaak aan individuele rechters wordt voorgelegd: 'in hoeverre is de schade het gevolg van een bepaalde onrechtmatige handeling, gelet op de aanwezigheid van een derde factor.' Deze derde factor is vaak een onverwachte onderliggende oorzaak, een interveniërende gebeurtenis of een latere onrechtmatige daad door een derde.⁸¹ In de rechtspraak zijn volgens Feinberg verschillende formules ontwikkeld om dit vereiste in te vullen. Een voorbeeld is *the voluntary intervention principle*: wanneer een tussenliggende oorzaak een vrije en bewuste (volledig vrijwillig) menselijke handeling is, wordt het oorzakelijk verband tenietgedaan dat anders stand zou houden tussen een oudere oorzakelijke factor en de schade. Een ander voorbeeld is *the foreseeability theory*: de *setback of interests* is een gevolg van de *the wrong* (de onrechtmatige gedraging) dan en slechts dan, indien de *setback of interests* een gevolg is dat valt binnen het risico (of overeenstemt met de bedoeling) op grond waarvan *the wrong* wordt beoordeeld als verwijtbaar.⁸²

Feinberg stelt dat elke theorie, hoe elegant ook, uiteindelijk een factor aanwijst als *dé oorzaak* van de schade. Geen van de theorieën is daarom leidend: rekening moet worden gehouden met verschillende factoren zoals de rechtvaardigheid en effectiviteit van publiek beleid, de aard van de fout van de overtreder, normale causale patronen en abnormale afwijkingen, de voorzienbaarheid van de gevolgen, de omvang van de risico's en de vrijwilligheid van menselijke ingrepen. Bestaande dogma's, zoals de gedachte dat de oorzaak vlak voor het gevolg moet plaatsvinden, dienen te worden verworpen. Hij vult dit aan met een quote van William Dray: '*the inductive inquiry establishes the importance of a condition to the event, whereas its citation as the cause indicates its importance to the inquirer*'. De wetgever is in dit voorbeeld de *inquirer*, degene die uiteindelijk de keuze maakt.

⁸⁰ Feinberg 1984, p. 119.

⁸¹ Feinberg 1984, p. 121.

⁸² Feinberg 1984, p. 123.

Feinberg concludeert dat eerst met behulp van de gebruikelijke inductieve methoden (lees: met behulp van empirisch onderzoek) dient te worden vastgesteld of de gedraging een werkelijke causale factor was in het bestaan van de schade. Vervolgens dient het belang van deze factor te worden bepaald, door alle mogelijke factoren mee te wegen. Wellicht is het, zo besluit Feinberg, ook verstandiger om te spreken van *oorzaak en consequenties* in plaats van oorzaak en gevolg: 'het zijn uiteindelijk de consequenties van onze handelingen - en niet slechts de willekeurige gevolgen - die we onder ogen moeten zien'.⁸³

Toets causaliteit

Om vast te stellen of het eerste argument van de wetgever voldoet aan de vereisten van Feinberg dient de causale redenering duidelijk te zijn: welke causale schakels bestaan tussen de virtuele kinderporno en de schade aan het echte kind. De wetgever laat zich vrij onnauwkeurig uit over deze causaliteit. Uit de overwegingen van de wetgever zijn twee causale redeneringen te destilleren. Beiden worden getoetst aan Feinbergs causaliteitsbegrip.

Eerste causale redenering

In de eerste causale redenering ontstaat de schade aan het echte kind doordat tijdens een onderzoek ter terechtzitting niet kan worden aangetoond dat het realistische materiaal *echt kinderpornografisch materiaal* betreft. De eerste vraag is of in deze redenering sprake is van *a cause in fact*.

1. A cause in fact

De vraag is of virtuele kinderporno überhaupt bijdraagt aan het ontstaan van de schade, ongeacht de omvang van deze bijdrage. Dat is in deze redenering niet het geval. Uitgangspunt in deze redenering is dat het materiaal ter terechtzitting echt materiaal is. Het enkele feit dat het ter terechtzitting getoonde materiaal 'mogelijk' virtueel is, betekent niet dat virtuele kinderpornografie de oorzaak is van de schade aan een echte kind. De oorzaak van de schade is het echte materiaal. De *conditio sine qua non*-regel verduidelijkt dit: ook zonder de aanwezigheid van virtuele kinderporno was de schade ontstaan. Virtuele kinderporno is dus 'slechts' een willekeurige gedraging (in dit geval een technische bewerking), die de opsporing van een andere schadelijke gedraging belemmert. Het is niet een werkelijke causale factor (*a cause in fact*) in het ontstaan van de schade: de schade is reeds ontstaan. Toetsing van de eerste causale redenering aan het vereiste van *the proximate cause* is dus niet noodzakelijk: het argument kan in deze redenering niet worden gebaseerd op het schadebeginsel.

Duidelijk wordt dat de wetgever met dit argument een formeelrechtelijk probleem tracht op te lossen langs materieelrechtelijke weg. Het formeelrechtelijke probleem dat de ene strafbare gedraging (echte kinderpornografie) niet kan worden bewezen, wordt materieelrechtelijk opgelost door een andere gedraging (virtuele kinderpornografie) strafbaar te stellen. De Hullu zegt over deze constructie: "Indien het gaat om uitbreiding van de (strafrechtelijke, red.) aansprakelijkheid om formeelrechtelijke redenen, zonder dat *op zichzelf* uitbreiding van de materiële norm noodzakelijk is (cursivering door De Hullu), zie ik een moeilijk punt. Het is natuurlijk goed om beschouwingen over het materiële recht in een 'levensechte' bedding te plaatsen, dus mede in een formeelrechtelijk perspectief te bezien. Maar de inhoud en zeker de grenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid moeten niet door formeelrechtelijke overwegingen worden bepaald".⁸⁴

⁸³ Feinberg 1984, p. 118-125.

⁸⁴ De Hullu 1993, p. 56.

Tweede causale redenering

De wetgever kan ook een andere causale redenering op het oog hebben. De schade die de wetgever dan bedoelt is niet de 'niet meer te bewijzen schade' in een specifieke zaak, maar 'de schade die ontstaat als gevolg van de gebrekkige opsporing'. Deze tweede causale redenering is als volgt:

1. het enkele 'bestaan' van *virtuele* kinderporno (het bezit, de vervaardiging, de verspreiding) zorgt voor een gebrekkige vervolging van *echte* kinderpornografie, omdat in een specifieke zaak een verdachte altijd kan ontkennen dat sprake is van echt materiaal.
2. De gebrekkige vervolging in specifieke zaken zorgt voor een kleinere kans op veroordeling in het algemeen.
3. De kleinere kans op een veroordeling leidt tot een verminderde afschrikwekkende werking van het verbod op echte kinderpornografie.
4. Het gevolg van de verminderde afschrikwekkende werking is dat mensen meer *echt* pornografisch materiaal vervaardigen.
5. Tijdens deze vervaardiging ontstaat vanzelfsprekend de *setback of interests*: de schade aan het echte kind.

Aldus de tweede causale redenering is het feit dat virtuele kinderporno 'bestaat', een oorzaak van schade aan het echte kind. Kort gezegd: de afschrikwekkende werking van een veroordeling voor echte kinderpornografie wordt verkleind door het bestaan van virtuele kinderpornografie. Is deze causale redenering geldig?

1. A cause in fact

De vraag is of de schijnbaar echte kinderporno een werkelijke causale factor is in de productie van de schade aan het echte kind. Het feit dat het verbod is gericht op het *voorkomen van schade* maakt de vaststelling van *a cause in fact* lastig: sprake is in de causale route van een ver verwijderd verband tussen de gedraging en de schade. Dit mag volgens Feinberg geen reden zijn om niet te spreken van *a cause in fact*. De vaststelling van de werkelijke causale factor wordt temeer bemoeilijkt, omdat abstracte causale schakels worden gehanteerd. Het is niet zeker dat een 'kleinere kans op veroordeling' leidt tot een 'verminderde afschrikwekkende werking'. De wetgever doet er goed aan deze causale stap te onderbouwen met bewijs. Dit wordt door Feinberg ook voorgesteld in een *mediating maxim*.⁸⁵

De wetgever is echter niet duidelijk over dit argument, laat staan dat enig bewijs voor de veronderstelde causale stappen wordt overlegd. Dit betekent niet onmiddellijk dat geen sprake is van *a cause in fact*: deze vaststelling dient volgens Feinberg met name te worden gebaseerd op logica.⁸⁶ Mijns inziens zijn de causale stappen niet onlogisch: het is voorstelbaar dat een gebrekkige vervolging van echte kinderpornografie in specifieke zaken leidt tot meer misbruik van kinderen. Wetenschappelijk bewijs is echter wel gewenst ter ondersteuning van deze stelling. Toch is op dit punt de voorzichtige conclusie dat - in deze tweede causale redenering - wel sprake is van *a cause in fact*. Belangrijker in het kader van de tweede causale redenering is de vraag naar *the proximate cause*: in hoeverre is virtuele kinderporno aan te wijzen als *de* oorzaak van de schade. De virtuele kinderporno dient een aanzienlijke, cruciale bijdrage te leveren in het ontstaan van de schade.

2. The proximate cause

Aldus Feinberg is de vaststelling van *the proximate cause* een moeilijke beslissing is. Alle factoren die van belang zijn dienen te worden meegewogen. Feinberg noemt de volgende factoren als voorbeeld:

- de rechtvaardigheid en effectiviteit van publiek beleid.
- de aard van de fout van de overtreder.

⁸⁵ Feinberg 1985, p. 156-157.

⁸⁶ Feinberg 1984, p. 119.

- normale causale patronen en abnormale afwijkingen.
- de voorzienbaarheid van de gevolgen.
- de omvang van de risico's.
- de vrijwilligheid van menselijke ingrepen.

Toegepast op virtuele kinderpornografie spelen de volgende factoren een rol. Ten eerste is van belang dat virtuele kinderporno an sich niet schadelijk is: bij de vervaardiging is in principe geen kind betrokken. De aard van de gedraging is slechts een technische bewerking. Aan deze factor hecht het *Supreme Court* veel waarde in *Ashcroft*.⁸⁷ Daarnaast is de voorzienbaarheid van de mogelijk veroorzaakte schade laag. Sprake is namelijk van een ver verwijderd verband tussen virtuele kinderporno en de schade aan het echte kind: het is voor de vervaardiger of de bezitter lastig in te schatten dat virtuele kinderpornografie zorgt voor een verminderde afschrikwekkende werking van de strafbaarstelling van echte kinderpornografie.

Voorts is van belang dat de causale relatie tussen virtuele kinderporno en de schade - zoals hiervoor geconcludeerd - niet sterk is. Ten eerste volgt het causale patroon een vrij abnormale route. De causale keten loopt via de abstracte schakel van 'een mogelijk verminderde afschrikwekkende werking van de strafbaarstelling van echte kinderpornografie'. Deze causale relatie wordt door de wetgever bovendien geheel niet onderbouwd met wetenschappelijk bewijs. De wetgever stelt enkel dat 'voor effectieve bestrijding van kinderporno, in het bijzonder op internet, het *nodig kan zijn* dat ook kan worden opgetreden tegen schijnbaar echte kinderporno'.⁸⁸ Ten slotte speelt de aanwezigheid van een andere oorzakelijke factor een grote rol: de schade wordt feitelijk veroorzaakt door de keuze van een derde persoon om een kind te misbruiken. De vervaardiger van virtuele kinderpornografie maakt deze keuze niet. Deze laatste factor wordt door Feinberg gekwalificeerd als het *voluntary intervention principle*.⁸⁹

Een andere factor is de effectiviteit van publiek beleid. Van belang is dat de schade aan echte kinderen wordt voorkomen. Het '*niet* aanwijzen van virtuele kinderporno als dé oorzaak van de schade' draagt mijns inziens aan deze doelstelling bij. Dit betekent namelijk dat virtuele kinderporno niet strafbaar wordt gesteld en dat het openbaar ministerie wordt verplicht om in concrete strafzaken aanvullend bewijs te vergaren, om de echtheid van het getoonde materiaal aan te tonen. Dit heeft mijns inziens tot gevolg dat het openbaar ministerie wordt gedwongen haar aandacht te richten op de *producenten* van kinderpornografie, in plaats van te focussen op de 'kleine vieze man' (in de woorden van Theo de Roos). Bij de producenten wordt eerder het bewijs gevonden voor de echtheid van kinderpornografisch materiaal, dan bij de enkele 'gebruiker' van de filmpjes.

Deze factoren ondersteunen allen de keuze om virtuele kinderporno niet aan te wijzen als *the proximate cause*. Tegenover deze factoren staat echter een andere belangrijke factor: het risico op schade. Een van Feinbergs *mediating maxims* stelt dat risico bestaat uit de omvang van de schade maal de kans dat de schade optreedt (omvang x kans = risico).⁹⁰ De kans dat virtuele kinderporno bijdraagt aan het ontstaan van de schade is niet groot, temeer omdat de wetgever geen wetenschappelijk bewijs overlegt dat deze kans op schade onderbouwd. Maar *als* de virtuele kinderporno bijdraagt aan het veroorzaken van de schade, is de omvang van de schade direct groot. Een inbreuk op de lichamelijke integriteit wordt namelijk altijd ervaren als zeer schadelijk. Dit betekent dat het risico op schade groot is.

⁸⁷ *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002), p. 12 en 16.

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 4 (MvT).

⁸⁹ Feinberg 1984, p. 123.

⁹⁰ Feinberg 1984, p. 188-193.

Conclusie causaliteit

De afweging leidt tot de volgende conclusie. Enerzijds kan worden gesteld dat virtuele kinderporno niet dé oorzaak is van de schade. Met name het feit dat een derde persoon de schade feitelijk veroorzaakt en de factor dat de causale keten tussen oorzaak en gevolg erg lang is, spelen mijns inziens in deze afweging een belangrijke rol. De kinderporno is in de kern 'slechts' een technische bewerking waarbij geen schade ontstaat. Dit zijn ook de redenen die het *Supreme Court* hanteert om de strafbaarstelling van virtuele kinderporno inconstitutioneel te verklaren. Bovendien heeft het niet verbieden van virtuele kinderporno een positief effect op het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie.

Anderzijds kan worden geconcludeerd dat virtuele kinderporno wel dé oorzaak is van de schade. De kans bestaat dat de afschrikwekkende werking van het verbod op echte kinderporno wordt verkleind, doordat virtuele kinderporno de opsporing van echte kinderporno in de weg zit. Die kans is klein, maar vanwege de forse schade is het risico groot. Vooralsnog is de vaststelling dat een groot risico bestaat, niet gerechtvaardigd. Vereist is dat de wetgever wetenschappelijk bewijs overlegt voor de causale stappen. Ook is noodzakelijk dat de wetgever de tweede causale redenering grondig overweegt. Dit is niet gebeurd: in de parlementaire stukken komt deze redenering niet duidelijk naar voren en wordt zij zeker niet grondig besproken. Om deze redenen is de conclusie dat - onder voorbehoud van een toekomstige discussie op basis van wetenschappelijk bewijs - virtuele kinderporno niet *the proximate cause* is in het ontstaan van de schade.

Conclusie eerste argument

Het eerste argument van de wetgever stelt dat na het zien van een realistische animatie niet is te bewijzen dat sprake is van echt kinderpornografisch materiaal. De vraag is of dit argument kan worden gebaseerd op het schadebeginsel. Om dit te beoordelen zijn twee causale redeneringen van dit argument getoetst aan de vereisten van Feinberg.

Aldus beide varianten van dit argument is sprake van een *setback of interests*: de gedraging dient te worden verboden ter bestrijding van echte kinderpornografie (inbreuk op de *interests* van lichamelijke integriteit). Geen sprake is echter in beide varianten van *a wrong*: een onrechtmatige daad die aan de *setback of interests* vooraf gaat. Niet wordt voldaan aan Feinbergs causaliteitsvereiste. De eerste causale redenering stelt dat virtuele kinderporno schadelijk is omdat, ter terechtzitting, niet kan worden bewezen dat het getoonde materiaal echt is. Echter, niet de virtuele kinderpornografie veroorzaakt in deze redenering de schade aan het echte kind, maar het echte materiaal. Het argument kan dan ook niet worden gebaseerd op het schadebeginsel. Dit maakt duidelijk dat de wetgever met dit argument een formeelrechtelijk probleem tracht op te lossen langs materieelrechtelijke weg: dat is geen zelfstandige grondslag voor strafbaarstelling.

De tweede causale redenering vergt een meer genuanceerde conclusie. De redenering is dat virtuele kinderporno de vervolging van echte kinderporno belemmert. Hierdoor wordt mogelijk schade veroorzaakt omdat de afschrikwekkende werking (van een veroordeling voor echte kinderpornografie) wordt verkleind: dit zorgt voor meer kindermisbruik. Deze causale redenering is echter onvoldoende besproken door de wetgever en het veronderstelde causale verband is niet wetenschappelijk onderbouwd. Bovendien wegen andere factoren (onder andere de factoren dat virtuele kinderporno an sich niet schadelijk is en dat een derde persoon feitelijk een kind schade toebrengt) zwaarder dan het enkele (niet-onderbouwde) risico op schade. Daarom is ten aanzien van deze tweede variant de conclusie dat vooralsnog - onder voorbehoud van een grondige discussie over de impact van 'virtual reality', op basis van wetenschappelijk bewijs - geen sprake is van een causaal verband tussen de virtuele kinderporno en de schade aan het echte kind. Het eerste argument kan dus, zowel in de eerste als in de tweede causale redenering, niet worden gebaseerd op het schadebeginsel.

3.4.2 Het tweede argument

Het tweede argument van de wetgever is als volgt. De minister stelt letterlijk: 'deze vorm van kinderporno wordt wel virtuele kinderporno genoemd. Het is dan niet mogelijk te bewijzen dat bij de vervaardiging van kinderporno daadwerkelijk een echt kind betrokken is geweest.'⁹¹ Deze redenering wordt in andere parlementaire stukken herhaald.⁹² Uitgangspunt is dat de getoonde kinderpornografische filmpjes en afbeeldingen realistisch zijn (maar niet per definitie echt), maar dat niet is te bewijzen dat een kind bij de vervaardiging betrokken is geweest.⁹³ De nadruk ligt op de opsporing van de betrokkenheid van echte kinderen bij de vervaardiging van realistisch kinderpornografisch materiaal. Wederom wordt eerst onderzocht of sprake is van een *setback of interests*: welk specifieke belang van een echt kind verkeert in een slechtere staat dan voor de inbreuk?

Setback of interests

Het bestaan van een *setback of interests* is niet eenduidig: een kind *kan* betrokken zijn geweest bij de vervaardiging. Aldus de wetgever bestaan drie vormen van betrokkenheid van een kind: (1) via reeds bestaand niet-pornografisch materiaal, (2) via reeds bestaand kinderpornografisch materiaal of (3) fysiek betrokkenheid van een kind.⁹⁴ De vraag is of deze vormen van betrokkenheid leiden tot een *setback of interest*.

De wetgever is ten eerste van mening dat betrokkenheid via reeds bestaand niet-pornografisch materiaal van echte kinderen schadelijk is, indien het materiaal wordt getransformeerd in seksueel getinte, fictieve animaties. Deze schadelijkheid (*setback of interests*) is mijns inziens niet vanzelfsprekend: het gebruik van een willekeurig filmpje waarop een kind is te zien dat met een bal in de zon speelt, maakt niet onmiddellijk inbreuk op een *welfare interest* (bijvoorbeeld de lichamelijke integriteit) van een kind. Zeker niet als het filmpje wordt getransformeerd in een (seksuele) animatie waarop het kind onherkenbaar is. In het licht van Feinbergs theorie leidt deze vorm van betrokkenheid dan ook niet tot een *setback of interests*. Overigens: wel is aannemelijk dat sprake is van een *profound offense* met 'individualiseerbaar slachtofferschap'. Vereist is wel dat het kind herkenbaar is op het materiaal. In dat geval mag volgens Feinberg de gedraging worden verboden als geen directe confrontatie (zoals het enkele bezit van het filmpje) plaatsvindt. Maar de wetgever dient zijn argument wel te baseren op dit aanstootbeginsel, niet op het schadebeginsel. Een discussie over dit thema wordt door de wetgever - helaas - niet gevoerd.

Voorts noemt de wetgever de betrokkenheid van kinderen via reeds bestaand kinderpornografisch materiaal en de fysieke betrokkenheid van kinderen. In deze gevallen is wel sprake van een *setback of interests*: kinderen worden geschaad in hun belang op lichamelijke integriteit. Zelfs als het kind enkel fysiek aanwezig is om als voorbeeld te dienen (en geen seksueel gedrag uitoefent), is uiteraard goed verdedigbaar dat de lichamelijke integriteit (*welfare interest*) wordt aangetast: een kind wordt geacht niet zelf te kunnen oordelen of 'het enkele aanwezig zijn' in zijn eigen belang is. In deze twee gevallen is dan ook aan Feinbergs eerste vereiste voldaan: sprake is van een *setback of interests*.

A wrong

De *setback of interests* van het echte kind dient onrechtmatig te zijn toegebracht: de gedraging moet zijn aan te merken als *a wrong*. Voldaan dient te worden aan de vijf vereisten van Feinberg. Met name het causaliteitsvereiste is van belang. De vraag is of de *setback of interests* van het echte kind wordt veroorzaakt door de schijnbaar echte kinderporno. De wetgever stelt letterlijk: 'Deze vorm van kinderporno wordt wel virtuele kinderporno genoemd. Het is *dan* niet mogelijk te bewijzen dat bij de vervaardiging van kinderporno daadwerkelijk een echt kind betrokken is geweest'.⁹⁵

⁹¹ Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 4.

⁹² Kamerstukken I 2001/02, 27 745, nr. 299b, p. 3 (MvA) en *Handelingen I* 2001/02, 34, p. 1701.

⁹³ *Handelingen I* 2001/02, 34, p. 1701.

⁹⁴ Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 4 en *Handelingen I* 2001/02, 34, p. 1701.

⁹⁵ Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 4 (MvT).

De wetgever erkent dat bij de vervaardiging van virtuele kinderporno niet altijd echte kinderen zijn betrokken.⁹⁶ Het kan ook gaan om puur fictief materiaal dat tot stand is gekomen zonder enige betrokkenheid (fysiek of via een bestaande foto of film) van een kind: van schade (of een kans op schade) is niet altijd sprake. Gesteld wordt door de wetgever dus dat sprake is van een *verband* tussen de vervaardiging van virtuele kinderporno en de schade aan het echte kind. Aangenomen dat sprake is van een verband tussen virtuele kinderporno en de schade aan een echt kind, is wederom de vraag: is het verband causaal?

Causaliteit

Feinbergs visie op causaliteit is in de vorige paragraaf uiteengezet. Hij onderscheidt twee vereisten:

1. de gedraging moet een werkelijke causale factor zijn in de productie van de schade (*a cause in fact*),
2. de gedraging moet een aanzienlijke (belangrijke, cruciale) causale bijdrage zijn (*the proximate cause*).

Voor het eerste vereiste dient de causale redenering duidelijk te zijn. De wetgever omschrijft de redenering vrij onnauwkeurig: 'deze vorm van kinderporno wordt wel virtuele kinderporno genoemd. Het is dan niet mogelijk te bewijzen dat bij de vervaardiging van kinderporno daadwerkelijk een echt kind betrokken is geweest.'⁹⁷

1. A cause in fact

Van belang is dat bij de vervaardiging van virtueel materiaal een kind (of een kinderpornografische afbeelding) *kan zijn betrokken*: dit is niet noodzakelijk. Het vervaardigen van virtueel materiaal *an sich* is slechts een technische bewerking: voor het berokkenen van schade is een tweede handeling vereist. Deze tweede handeling is de keuze om een kind bij de vervaardiging te betrekken. Vergelijkbaar is de productie van een willekeurig ander product. Bij de vervaardiging van bijvoorbeeld een Iphone *kan* een kind zijn betrokken: in fabrieken in India en China is dat - naar het schijnt - niet ongebruikelijk. De betrokkenheid van een kind is echter geen noodzakelijk gevolg van de productie: de producent heeft wederom de keuze om de telefoon in India te laten produceren (met alle gevolgen van dien). Bij de vervaardiging van zowel virtuele kinderporno als de Iphone is dus sprake van twee verschillende gedragingen: enerzijds de technische bewerking van digitaal materiaal, anderzijds het betrekken van een kind bij het vervaardigingsproces. Het betrekken van een kind bij de vervaardiging is overigens reeds strafbaar: als seksueel misbruik van kinderen.

Tweede interpretatie

Dit argument kan ook op een tweede manier worden geïnterpreteerd: het bestaan van virtuele kinderporno *kan leiden tot* het gebruik van echte kinderen (of echte kinderpornografisch materiaal) bij de vervaardiging. Met 'het bestaan' wordt bedoeld: de mogelijkheid om zeer realistische, virtuele kinderpornografie te construeren. Een verbod op virtuele kinderporno - op basis van dit tweede argument - is zodoende gericht op het voorkomen van schade. De causale redenering is:

1. De vervaardiging van virtuele kinderporno vereist een technische bewerking op een digitaal medium.
2. Bij de vervaardiging kan gebruik worden gemaakt van echte kinderen (of kinderpornografisch materiaal).
3. Het gebruik van echte kinderen (of echt kinderpornografisch materiaal) zorgt voor de *setback of interests* van het echte kind.

Indien een verbod op pornografisch materiaal wordt gerechtvaardigd met een beroep op het voorkomen van schade, stelt Feinberg dat krachtig bewijs dient te worden overlegd dat zeer waarschijnlijk serieuze schade zal ontstaan (die

⁹⁶ *Handelingen I* 2001/02, 34, p. 1701.

⁹⁷ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 4 (MvT).

anders niet zou zijn ontstaan).⁹⁸ Het veronderstelde causale verband tussen het 'bestaan' van virtuele kinderporno en het gebruik van kinderen tijdens de vervaardiging dient dus te worden onderbouwd met krachtig wetenschappelijk bewijs. Dit kan bijvoorbeeld door de omvang van de betrokkenheid van (kinderpornografische foto's van) echte kinderen te onderbouwen met statistische gegevens. Ook is het mogelijk dat gegevens worden overlegd die aantonen dat de kosten voor de vervaardiging van virtueel materiaal veel lager uitvallen als echte kinderen worden gebruikt. Dergelijk onderzoeksmateriaal wordt door de wetgever in de onderhavige casus niet verstrekt: de parlementaire documentatie geeft niet expliciet blijk van enig relevant onderzoek op dit gebied. De onderzoeken in de bijlagen zijn met name (evaluaties omtrent) daadwerkelijke kinderpornografie.⁹⁹ In de ogen van het *Supreme Court* is het bovendien aannemelijker dat *geen* kinderen worden gebruikt voor de vervaardiging van virtueel materiaal: 'Geen producent waagt zich aan het strafbare misbruik van kinderen voor de vervaardiging van echt materiaal, als virtueel materiaal hetzelfde effect sorteert'.¹⁰⁰

Conclusie tweede argument

Het argument dat kinderen kunnen worden betrokken bij de vervaardiging van virtuele kinderporno, is dus onvoldoende om te spreken van een *wrongful setback of interests*. Wel is de *setback of interests* aanwezig: het gebruik van bestaand kinderpornografisch materiaal en de betrokkenheid van fysieke kinderen bij de vervaardiging van virtuele kinderporno maakt inbreuk op het *welfare interest* van lichamelijke integriteit van een echt kind. In de gevallen dat sprake is van een *setback of interests*, is echter geen sprake van *a wrong*. Feitelijk is sprake van twee verschillende gedragingen: de vervaardiging van virtuele kinderporno (een technische handeling) en het kindermisbruik. De overheid stelt dat virtuele kinderporno leidt tot het gebruik van echte kinderen bij de vervaardiging van virtueel materiaal. Dit causale verband is echter niet expliciet wetenschappelijk onderbouwd: geen aanleiding bestaat om te veronderstellen dat echte kinderen bij de vervaardiging worden betrokken. Om deze reden is de virtuele kinderporno geen werkelijke causale factor in het ontstaan van de schade. Het tweede argument is dus onterecht gebaseerd op het schadebeginsel.

⁹⁸ Feinberg 1985, p. 156-157.

⁹⁹ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 6, p. 26-30 (NV).

¹⁰⁰ *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002), p. 16.

3.4.3 Het derde en vierde argument

De wetgever stelt in de memorie van toelichting: 'het verbod op virtuele kinderporno moet voorkomen dat schade ontstaat als gevolg van het in omloop brengen van beeldmateriaal dat seksueel misbruik suggereert'.¹⁰¹ Tijdens de parlementaire discussie wordt dit aangevuld met de stelling dat 'virtuele kinderporno gedrag kan bevorderen dat kinderen aanmoedigt of verleidt om deel te nemen aan seksueel gedrag, of gedrag dat deel kan gaan uitmaken van een subcultuur die seksueel misbruik van kinderen bevordert'.¹⁰² Uit deze aanvulling zijn het derde en vierde argument af te leiden. Beiden doen een beroep op het schadebeginsel: gesteld wordt dat mogelijk schade zal ontstaan. Daarom worden beide argumenten gezamenlijk beoordeeld met betrekking tot Feinbergs eerste vereiste (*setback of interests*). Vervolgens worden de twee argumenten onafhankelijk van elkaar besproken in het kader van Feinbergs tweede vereiste (a *wrong*).

Setback of interests

De vraag is welk specifieke belang na de mogelijke aantasting in een slechtere staat verkeert dan voor de inbreuk. Ondanks de abstracte formulering van beide argumenten, is het antwoord op deze vraag duidelijk: de lichamelijke integriteit van een echt kind. Dit blijkt ook uit de nota naar aanleiding van het verslag in de Tweede Kamer: 'strafbaarstelling van (virtuele) kinderporno beoogt (een klimaat) te voorkomen dat kinderen seksueel gebruikt en misbruikt worden'.¹⁰³ Seksueel misbruik van kinderen leidt vanzelfsprekend tot een *setback* van een *welfare interest*: de lichamelijke integriteit. Hiermee is voldaan aan de invulling van het eerste vereiste.

A wrong

De *setback of interests* van het echte kind dient ook onrechtmatig te zijn. Met betrekking tot het derde en vierde argument is met name het vierde vereiste van belang is: de causaliteit. de argumenten stellen dat *mogelijk* schade wordt veroorzaakt. De vraag is of een causaal verband bestaat tussen de virtuele kinderporno en de schade aan het echte kind.

Causaliteit

Feinbergs visie omtrent causaliteit is reeds beschreven. Hij onderscheidt twee vereisten: 1. *a cause in fact* en 2. *the proximate cause*. Ten eerste dient de gedraging überhaupt bij te dragen (ongeacht de omvang van de bijdrage) aan het ontstaan van de schade. Dit dient te worden vastgesteld met behulp van de gebruikelijke inductieve methoden (ofwel met behulp van empirisch onderzoek). Het tweede vereiste focust op de vraag of de gedraging is aan te wijzen als *de* oorzaak van de schade. Om vast te stellen of is voldaan aan deze vereisten dient de causale redenering van de wetgever duidelijk te zijn. De wetgever laat zich echter - wederom - vrij onnauwkeurig uit over de causaliteit. Uit de parlementaire documentatie zijn de volgende 'causale routes' te destilleren.¹⁰⁴

Causaliteit derde argument

De causale redenering in het derde argument van de wetgever is als volgt:

1. Virtueel kinderpornografisch materiaal is materiaal dat voor echt doorgaat, althans zeer realistisch is.
2. Dergelijk beeldmateriaal wordt in omloop gebracht.
3. Dit heeft tot gevolg dat anderen het virtueel kinderpornografische materiaal gebruiken om kinderen te verleiden tot deelname aan seksueel gedrag.
4. Zodoende ontstaat de *setback of interests*.

¹⁰¹ Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 4.

¹⁰² Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 6, p. 8-9 (NV) en Kamerstukken I 2000/01, 27 745, nr. 299b, p. 8 (MvA).

¹⁰³ Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 6, p. 8-9 en 16 (NV).

¹⁰⁴ Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 6, p. 8-9 (NV), herhaalt in Kamerstukken I 2000/01, 27 745, nr. 299b, p. 2-3 (MvA) en Kamerstukken I 2000/01, 27 745, nr. 299b, p. 8-9 (MvA).

1. *A cause in fact*

De vraag is of virtuele kinderporno (in deze redenering) een werkelijke causale factor is in de productie van de schade, ongeacht de omvang van deze bijdrage. De wetgever overlegt helaas geen onderzoeksgegevens over het aantal gevallen waarbij kinderen worden verleid door middel van virtueel materiaal. Wel is aannemelijk dat dit gebeurt: een voorbeeld is de casus die in 2008 werd voorgelegd aan de rechtbank Den Bosch (zie paragraaf 3.2.2).¹⁰⁵ Mijns inziens is aan dit vereiste voldaan.

2. *The proximate cause*

Het volgende vereiste stelt de vraag of de virtuele kinderporno in deze eerste causale redenering is aan te wijzen als *de* oorzaak van de schade. In deze afweging dienen alle mogelijke factoren te worden meegewogen. Deze factoren zijn reeds beschreven. Van belang is dat virtuele kinderporno an sich niet schadelijk is (de aard van de ge-draging is slechts een technische bewerking): in principe is bij de vervaardiging geen kind betrokken. Aan deze factoren hecht het *Supreme Court* veel waarde in *Ashcroft*.¹⁰⁶ Daarnaast is de voorzienbaarheid van de mogelijk veroorzaakte schade niet groot, tenzij een filmpje wordt vervaardigd dat specifiek is gericht op het verleiden van kinderen.

Een derde belangrijke factor wordt gevormd door de aanwezigheid van een externe oorzakelijke factor. Feinberg zelf hecht hier veel waarde aan, gezien zijn *the voluntary intervention principle*. Dit stelt: wanneer een tussenliggende oorzaak een vrije en bewuste (volledig vrijwillige) menselijke handeling is, wordt het oorzakelijk verband tenietgedaan dat anders stand zou houden tussen een oudere oorzakelijke factor (in casu de technische bewerking van de virtuele kinderporno) en de schade. Mijns inziens speelt deze tussenliggende handeling een grote rol: iemand anders besluit een kind te verleiden met het onechte materiaal. Aan de andere kant speelt een rol dat de omvang van de risico's groot is. Een zeer kleine kans op grote schade betekent een vrij groot risico.¹⁰⁷ Hoe groot de omvang van het risico is, wordt door de wetgever niet expliciet onderbouwd met bewijs. Dit verlaagt de waarde van deze factor aanzienlijk.

Conclusie

De vraag is of virtuele kinderporno is aan te wijzen als *de* oorzaak in het ontstaan van de schade van een echt kind. Mijns inziens is in deze afweging de aanwezigheid van de 'externe oorzakelijke factor' doorslaggevend. Het gaat ver om te stellen dat het enkele bezit of de vervaardiging van virtuele kinderporno schadelijk is, als iemand anders met het door jou vervaardigde filmpje een kind verleidt. Het oordeel van het Amerikaanse *Supreme Court* ondersteunt deze opvatting. Hij hof stelt dat allerlei zaken die op zichzelf onschuldig zijn - zoals cartoons, videogames en snoepgoed, alsook virtuele kinderporno - kunnen worden gebruikt om kinderen te verleiden. Dergelijke zaken mogen echter niet worden verboden omdat andere mensen deze zaken voor slechte doeleinden kunnen gebruiken: het verwijt zit juist in het 'onrechtmatige gebruik zelf', wat in Amerika is verboden.¹⁰⁸ Dergelijk 'onrechtmatig gebruik' is ook in Nederland strafbaar gesteld (art. 248a Sr.).

Om deze reden wordt met het tweede argument dan ook niet voldaan aan Feinbergs vereiste van *the proximate cause*. In de gehanteerde causale redenering is virtuele kinderporno niet aan te wijzen als de oorzaak van de *setback of interests* aan het kind. Dit betekent dat niet wordt voldaan aan het causaliteitsvereiste en dus geen sprake is van a *wrongful setback of interests*.

¹⁰⁵ Rb. Den Bosch 4 februari 2008, *NJFS* 2008, 74.

¹⁰⁶ *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002), p. 12.

¹⁰⁷ Feinberg 1984, p. 188-193.

¹⁰⁸ *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002), p. 13-14.

Causaliteit vierde argument

De causale redenering van het vierde argument is als volgt:

1. Virtueel kinderpornografisch materiaal is materiaal dat voor echt doorgaat, althans zeer realistisch is.
2. Dergelijk beeldmateriaal wordt in omloop gebracht.
3. Dit heeft tot gevolg dat de kinderpornografische markt (ofwel een subcultuur met een markt voor kinderporno) in stand wordt gehouden danwel wordt bevorderd.
4. Het in stand houden danwel bevorderen van deze markt heeft tot gevolg dat seksueel misbruik van echte kinderen wordt bevorderd.
5. Zodoende ontstaat de *setback of interests*.

1. A cause in fact

Is de virtuele kinderporno een werkelijke causale factor in de productie van de schade, ongeacht de omvang van deze bijdrage? Logica alleen is onvoldoende om te komen tot een onderbouwing. Het *Supreme Court* zegt over de Amerikaanse variant van dit argument (dat exact hetzelfde is als het argument van de Nederlandse wetgever): 'de overheid stelt ten onrechte dat virtuele kinderporno de handel in echte kinderporno bevordert. Als echt en virtueel materiaal daadwerkelijk identiek zijn, zou virtuele kinderporno de markt domineren. Geen producent waagt zich aan het strafbare misbruik van kinderen voor de vervaardiging van echt materiaal, terwijl virtueel materiaal hetzelfde effect sorteert.'¹⁰⁹

De vraag is of empirisch materiaal onderbouwt dat virtuele kinderpornografie (via instandhouding van een subcultuur), leidt tot schade. Indien een verbod is gericht op het voorkomen van schade, vereist Feinberg dat sprake is van krachtig bewijs dat zeer waarschijnlijk serieuze schade zal ontstaan, en dat de schade duidelijk en direct is te koppelen aan de gewraakte uiting.¹¹⁰ Dit vereiste komt terug in de *Brandenburg-test* van het *Supreme Court*. 'Een overheid mag enkel een uiting verbieden, indien die is gericht op het aanzetten tot danwel het produceren van onrechtmatig gedrag en indien de uiting waarschijnlijk in dit streven zal slagen.'¹¹¹ In het geval van virtuele kinderporno is hier, aldus het *Supreme Court*, geen sprake van, omdat het verband dat de Amerikaanse overheid postuleert te zwak is. Vereist is een '*significantly stronger, more direct connection*' tussen de uiting en de schade aan het kind.¹¹²

Wetenschappelijk bewijs: leidt virtuele kinderpornografie tot schade?

De stelling van de minister (dat virtuele kinderporno een subcultuur met een markt voor kinderporno bevordert en dit vervolgens leidt tot meer seksueel misbruik van kinderen), wordt niet expliciet onderbouwd met bewijs. Dat dergelijk bewijs noodzakelijk is, wordt door de minister impliciet erkent. In discussie met de Eerste Kamer stelt de minister, in antwoord op vragen van Kamerleden, dat strafbaarstelling van *volwassen* pornografie en kinderpornografische geschriften niet wordt ondersteund door enige onderzoeksgegevens. Daarom is een verbod op dergelijk materiaal niet aan de orde. De minister lijkt niet in te zien dat het onderhavige verbod, op virtuele kinderporno, ook niet wordt ondersteund door enig onderzoeksmateriaal.¹¹³

De minister is ook op een ander punt inconsistent. Zij stelt het volgende: het gegeven dat kinderpornografische *lectuur* (de geschreven variant) deel uitmaakt van een kinderpornografische subcultuur, levert nog geen rechtvaardiging op voor strafbaarstelling. Tegelijkertijd stelt de minister dat dit inzake *virtueel* kinderpornografisch *beeldmateriaal* wel een

¹⁰⁹ Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002), p. 16.

¹¹⁰ Feinberg 1985, p. 156-157.

¹¹¹ Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

¹¹² Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002), p. 14-15.

¹¹³ *Kamerstukken I* 2001/02, 27 745, nr. 299b, p. 3 (MvA).

rechtvaardiging is.¹¹⁴ Deze overwegingen van de minister zijn inconsistent en getuigen van een onzorgvuldige argumentatie.

Voor het vierde argument wordt dus geen bewijs geleverd. De minister stelt zelfs letterlijk dat 'aan het voorstel om virtuele kinderporno strafbaar te stellen geen specifiek Nederlands onderzoek is voorafgegaan'.¹¹⁵ Dit wordt tijdens het debat in de Eerste Kamer nogmaals bevestigd.¹¹⁶ Wel stelt de minister dat tijdens de onderhandelingen in Straatsburg over de strafbaarstelling van virtuele kinderporno gebruik is gemaakt van de inzichten van landen die reeds de strafbaarstelling van virtuele kinderporno kennen'.¹¹⁷ Deze 'inzichten van landen die reeds de strafbaarstelling van virtuele kinderporno kennen' zijn eveneens niet bijgevoegd. Van enig bewijs, laat staan enige krachtig bewijs, voor de stelling dat virtuele kinderporno leidt tot meer schade aan echte kinderen is dus geen sprake.

Wetenschappelijk bewijs: virtuele kinderpornografie leidt tot minder schade

Aannemelijker is zelfs dat virtuele kinderporno leidt tot minder schade aan echte kinderen. Wetenschappelijk onderzoek ondersteunt deze conclusie. De afgelopen twintig jaar is door professor Milton Diamond onderzoek gedaan naar de relatie tussen de beschikbaarheid van pornografie en zedendelicten (zoals verkrachting en misbruik van kinderen). Diamond is een toonaangevende onderzoeker op het gebied van seksualiteit. Het onderzoek is gedaan in veel verschillende landen, zoals Denemarken, Duitsland, Zweden en de V.S.¹¹⁸ Meer recent is deze relatie ook onderzocht in Kroatië, Japan, Hong Kong, China, Tsjechië, Canada en het Verenigd Koninkrijk.¹¹⁹ Het onderzoek toont dat - in alle landen - een toename van de beschikbaarheid van pornografie correleert met een afname van seksuele misdrijven. Met andere woorden: als pornografisch materiaal meer beschikbaar wordt, dan neemt het aantal zedendelicten af (pornografisch materiaal wordt bijvoorbeeld meer beschikbaar als een verbod op seksueel materiaal wordt ingetrokken in een land).

Op basis van de beschikbare gegevens concludeert Diamond dat het aannemelijk is dat het seksueel expliciete materiaal geldt als 'vervangend materiaal'. Masturbatie en seksueel expliciet materiaal doen de seksuele opwinding afnemen, waardoor de motivatie wordt verlaagd om seksuele delicten te begaan.¹²⁰ Onderzoeker Jérôme Endrass doet een vergelijkbare conclusie. Zijn team heeft tussen 2002 en 2008 een groot aantal delinquenten (231) gevolgd, die waren veroordeeld voor het bezit van kinderpornografisch materiaal. Endrass heeft onderzocht in hoeverre deze mensen zich, na consumptie van het kinderpornografische materiaal, eveneens schuldig maakten aan echt misbruik van kinderen. Dit bleek niet het geval. Zijn conclusie is dat de consumptie van kinderpornografie niet leidt tot misbruik van echte kinderen.¹²¹ Dit onderzoek is door de wetgever echter niet betrokken in het debat over de strafbaarstelling van virtuele kinderporno. Voor de geldigheid van het vierde argument is dat door Feinberg wel vereist.

Dit leidt tot de conclusie dat niet is voldaan aan het vereiste van *a cause in fact*. Aangezien niet is voldaan aan het eerste vereiste van *a cause in fact*, is invulling van het tweede vereiste in beginsel niet nodig. Echter, Feinberg waarschuwt dat wetenschappelijk bewijs op een later moment alsnog kan opduiken: daarop dient men volgens hem voorbereid te zijn.¹²² Mocht de stelling dat virtuele kinderporno leidt tot meer misbruik van kinderen dus worden onderbouwd met wetenschappelijk bewijs, dan dient de redenering te worden getoetst aan het vereiste van *the proximate cause* (is virtuele kinderporno de oorzaak in het ontstaan van de schade).

¹¹⁴ Kamerstukken I 2001/02, 27 745, nr. 299b, p. 3 (MvA).

¹¹⁵ Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 6, p. 13 (NV).

¹¹⁶ Handelingen I 2001/02, 34, p. 1703.

¹¹⁷ Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 6, p. 13 (NV).

¹¹⁸ Kutchinsky 1991, p. 47-64.

¹¹⁹ Diamond 2009, p. 304-314 en Diamond 2010, p. 197-199.

¹²⁰ Diamond 2009, p. 305-306.

¹²¹ Endrass et al. 2009, p. 1 en 6.

¹²² Feinberg 1985, p. 157.

Conclusie derde en vierde argument

Zowel het derde argument (dat virtuele kinderporno kinderen aanmoedigt of verleidt om deel te nemen aan seksueel gedrag) als het vierde argument van de wetgever (dat virtuele kinderporno een subcultuur bevordert) voldoen niet aan Feinbergs vereisten van *a wrongful setback of interests*. Wel is sprake van een *setback of interests*. Niet is sprake van *a wrong*: de causaliteit tussen de virtuele kinderporno en de *setback of interests* wordt niet onderbouwd met enig bewijs. Sterker nog: aannemelijker is dat virtuele kinderporno leidt tot minder schade aan echte kinderen. De conclusie is dan ook dat beide argumenten van de wetgever onterecht zijn gebaseerd op het schadebeginsel.

3.4.4 Opmerkingen: toets aanstootbeginsel

Een tweede grondslag voor de strafbaarstelling van gedrag wordt gevonden, zoals geschetst in hoofdstuk twee, in het aanstootbeginsel. Ook dit beginsel is door Feinberg nauwkeurig uitgewerkt. De strafbaarstelling in dit onderzoek (van virtuele kinderporno) is echter niet gebaseerd op het aanstootbeginsel. De wetgever onderschrijft dit letterlijk in de volgende passage: 'Uit de wetsgeschiedenis ten aanzien van de recente wijziging van artikel 240b Sr. kan worden afgeleid dat de eventuele aanstootgevendheid niet bepalend is voor de strafbaarheid van kinderporno. Dit is immers een subjectief criterium'.¹²³ Toetsing van de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie aan het aanstootbeginsel is dus niet relevant.

¹²³ *Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 6, p. 11 (NV).*

3.5 Conclusie

Om te beoordelen of virtuele kinderpornografie rechtvaardig strafbaar is gesteld, dient duidelijk te zijn wat in het algemeen een rechtvaardige grondslag is voor de strafbaarstelling van gedrag. Deze vraag is deels beantwoord in hoofdstuk twee. Eveneens is vereist dat wordt vastgesteld wat de grondslag is voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie. Deze vraag staat centraal in dit hoofdstuk. Die grondslag wordt, aldus de wetgever, gevonden in de schadelijkheid van de gedraging. Echter, over deze schadelijkheid bestaat discussie: het is de vraag of de wetgever zich terecht baseert op het schadebeginsel. Om dit te onderzoeken worden in dit hoofdstuk de argumenten van de wetgever getoetst aan het werk van Joel Feinberg. Gekozen is voor zijn werk, omdat zijn theorie voorziet in de meest recente, meest uitgebreide en - mijns inziens - meest gedegen uitwerking van het schadebeginsel. Feinbergs werk fungeert in als richtlijn: het biedt de mogelijkheid om zeer gedetailleerd, en op basis van logica, te toetsen of bepaalde argumenten terecht zijn gebaseerd op het schadebeginsel.

Aanleiding voor deze toets is de kritiek van enkele hoogleraren op de strafbaarstelling. Een tweede aanleiding wordt gevormd door een uitspraak van het Amerikaanse *Supreme Court*, waarin de Amerikaanse strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie inconstitutioneel is verklaard. Geen sprake is, aldus het Hooggerechtshof, van een schadelijke gedraging die strafbaarstelling rechtvaardigt. Deze uitspraak is relevant, omdat nadere bestudering van de Nederlandse strafbaarstelling toont dat zowel de wettelijke bepaling als de argumentatie nagenoeg letterlijk zijn overgenomen van de Amerikaanse wetgever.

De argumenten voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie zijn verwoordt in de memorie van toelichting. Dit is niet zorgvuldig gedaan: de argumenten zijn zeer slordig geformuleerd en de mondelinge motivering van de minister bevat inconsistenties. Niettemin is uit de parlementaire discussie een viertal argumenten te destilleren. Ten eerste hanteert de wetgever twee argumenten, die zijn gebaseerd op schade als gevolg van 'bewijstechnische' factoren. Een kind kan volgens de wetgever betrokken zijn geweest bij de vervaardiging van het virtuele materiaal, danwel kan het virtuele materiaal de opsporing en veroordeling van echt kinderpornografisch materiaal in de weg staan. Ten tweede hanteert de wetgever twee argumenten, die zijn gericht op 'het voorkomen van schade'. De wetgever stelt dat schade dient te worden voorkomen die ontstaat als gevolg van het in omloop brengen van beeldmateriaal dat seksueel misbruik met minderjarigen suggereert. Enerzijds omdat de mogelijkheid bestaat dat kinderen worden verleid met het materiaal. Anderzijds omdat moet worden voorkomen dat een subcultuur in stand wordt gehouden die seksueel misbruik van kinderen bevordert.

Om de geldigheid van deze argumenten te onderzoeken, zijn ze getoetst aan het werk van Joel Feinberg. Feinberg formuleert twee eisen om te komen tot een rechtvaardige strafbaarstelling op basis van het schadebeginsel. Ten eerste is vereist dat sprake is van *a setback of interests*. Dit is het geval indien een *welfare interest* van een persoon, na aantasting of inbreuk, in een slechtere staat verkeert dan voor de inbreuk. *Welfare interests* zijn de meest basale rechten van mensen: zoals veiligheid, gezondheid, vrijheid en een minimaal inkomen. Ten tweede vereist Feinberg dat deze *setback of interests* tevens *wrongful* is. Dit houdt in dat de schade op onrechtmatige wijze is toegebracht. Hiertoe is onder meer vereist dat wetenschappelijk is onderbouwd dat de gedraging de oorzaak is van de schade. De conclusie is, na toetsing in dit hoofdstuk, dat geen van de argumenten van de wetgever voldoet aan deze twee vereisten.

Het eerste argument stelt dat schade ontstaat, omdat na het zien van realistische virtuele kinderporno niet is te bewijzen dat sprake is van echt kinderpornografisch materiaal. Aldus de wetgever leidt dit op twee manieren tot schade aan echte kinderen. De eerste redenering is dat virtuele kinderporno schadelijk is omdat ter terechtzitting niet kan worden bewezen dat het getoonde materiaal echt is. Indien het materiaal echt zou zijn, is sprake van schade. De tweede redenering lijkt op de eerste redenering. De redenering is dat virtuele kinderporno de vervolging van echte kinderporno belemmert. Hierdoor wordt mogelijk schade veroorzaakt omdat de afschrikwekkende werking van een

veroordeling voor echte kinderpornografie wordt verkleind: een verdachte kan altijd stellen dat zijn echte materiaal nep is, wat lastig is te weerleggen voor het openbaar ministerie. De verminderde afschrikwekkende werking zorgt zodoende voor meer kindermisbruik. De vraag is of beide redeneringen terecht zijn gebaseerd op het schadebeginsel.

Beide varianten van dit argument voldoen aan het eerste vereiste: sprake is van een *setback of interests*. De gedraging dient te worden verboden ter bestrijding van echte kinderpornografie. Echte kinderpornografie maakt vanzelfsprekend inbreuk op de *interests* van lichamelijke integriteit. Geen sprake is echter in beide varianten van *a wrong*: een onrechtmatige daad die aan de *setback of interests* vooraf gaat. Niet wordt voldaan aan het causaliteitsvereiste. De eerste redenering stelt dat virtuele kinderporno schadelijk is, omdat ter terechtzitting niet kan worden bewezen dat het getoonde materiaal echt is. Echter, niet de virtuele kinderporno veroorzaakt in deze causale redenering de schade aan een echt kind, maar het echte materiaal. De virtuele kinderporno maakt enkel dat een andere gedraging (echte kinderporno) niet kan worden *bewezen*. Dat is een wezenlijk verschil. Het argument kan in deze eerste redenering dus niet worden gebaseerd op het schadebeginsel. Bovendien wordt duidelijk dat dit argument met dit argument tracht om een formeelrechtelijk probleem (bewijzen van de ene gedraging) op te lossen langs materieelrechtelijke weg (strafbaarstelling van een andere gedraging). Dat is geen zelfstandige grondslag voor strafbaarstelling.

De tweede redenering vergt een meer genuanceerde conclusie. De causale redenering is dat virtuele kinderporno de vervolging van echte kinderporno belemmert, vanwege het bewijsprobleem uit de eerste redenering. Dit verkleint mogelijk de afschrikwekkende werking van een veroordeling voor echte kinderpornografie, wat schade veroorzaakt: het zorgt voor meer echte kinderporno, en dus voor meer echt kindermisbruik. Deze redenering is echter niet letterlijk besproken door de wetgever en het veronderstelde causale verband is niet wetenschappelijk onderbouwd. Bovendien wegen andere factoren (onder meer de factoren dat virtuele kinderporno an sich niet schadelijk is, en dat niet de bezitter van de virtuele kinderporno maar een derde persoon feitelijk een kind schade toebrengt) zwaarder dan het enkele (niet onderbouwde) risico op schade. Daarom is de conclusie dat - onder voorbehoud van een grondige en gefundeerde discussie over de impact van 'virtual reality' - geen sprake is van een causaal verband tussen de virtuele kinderporno en de schade aan het echte kind. Het eerste argument is door de wetgever dus onterecht gebaseerd op het schadebeginsel.

Het tweede argument stelt dat schade ontstaat, omdat soms kinderen worden betrokken bij de vervaardiging van virtuele kinderporno. Ook dit argument voldoet niet aan de twee vereisten van Feinberg. Wel is de *setback of interests* aanwezig: het gebruik van reeds bestaand kinderpornografisch materiaal en de betrokkenheid van fysieke kinderen bij de vervaardiging van virtuele kinderporno maakt inbreuk op het *welfare interest* van lichamelijke integriteit van een echt kind. Of het gebruik van reeds bestaand niet-pornografisch materiaal inbreuk maakt op de lichamelijke integriteit van een kind valt te betwisten (indien de afbeelding van het kind onherkenbaar wordt bewerkt). Echter, in de gevallen dat sprake is van een *setback of interests*, is geen sprake van *a wrong*. Wederom ontbreekt de vereiste causaliteit. Feitelijk is sprake van twee verschillende gedragingen: de vervaardiging van virtuele kinderporno (een technische handeling) en het kindermisbruik. De wetgever stelt dat virtuele kinderporno leidt tot het gebruik van echte kinderen bij de vervaardiging van virtueel materiaal. Dit causale verband is niet expliciet wetenschappelijk onderbouwd: geen aanleiding bestaat om te veronderstellen dat echte kinderen bij de vervaardiging worden betrokken. Om deze reden is (de vervaardiging of het bezit van) virtuele kinderporno geen werkelijke causale factor is in het ontstaan van de schade. Het tweede argument is eveneens onterecht gebaseerd op het schadebeginsel.

Het derde en vierde argument van de wetgever zijn in dit onderzoek gezamenlijk besproken. Het derde argument stelt dat virtuele kinderporno gedrag kan bevorderen dat kinderen aanmoedigt of verleidt om deel te nemen aan seksueel gedrag. Het vierde argument stelt dat virtuele kinderporno een subcultuur bevordert met een markt voor kinderporno. Beide argumenten klinken zeer dreigend. Echter, beiden voldoen niet aan Feinbergs vereisten van *a wrongful setback of interests*. Wel is sprake van een *setback of interests* indien een kind seksueel wordt misbruikt. In de redenering van

beide argumenten is echter geen sprake van *a wrong*: wederom ontbreekt de causaliteit tussen de virtuele kinderporno en de *setback of interests*. Niet wordt door de wetgever op enige wijze onderbouwd dat een verband bestaat tussen virtuele kinderporno en daadwerkelijke kinderpornografie of seks met kinderen. Sterker nog, het is aannemelijker dat virtuele kinderpornografie leidt tot minder schade. Het beschikbare wetenschappelijk onderzoek doet concluderen dat het vrijgeven van pornografisch materiaal verband houdt met een afname van het aantal zedendelicten.

Conclusie

De conclusie is dat de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie door de Nederlandse wetgever onterecht is gebaseerd op het schadebeginsel. Niet wordt door de wetgever onderbouwd dat virtuele kinderpornografie schade veroorzaakt. Sterker nog, het beschikbare wetenschappelijk onderzoek maakt het aannemelijker dat virtuele kinderpornografie leidt tot minder schade. Dit betekent niet onmiddellijk dat de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie onrechtvaardig is. Die conclusie hangt af van een andere vraag: wat is in het algemeen een rechtvaardige grondslag voor de strafbaarstelling van gedrag? Deze vraag komt in latere hoofdstukken aan de orde, op basis van inzichten uit de gedrags- en neurowetenschappen.

H4 Gedrags- en neurowetenschappen

4.1 Inleiding

Om de vraag te beantwoorden of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie rechtvaardig is, dienen twee subvragen te worden beantwoord. De eerste subvraag is: wat is in het algemeen een rechtvaardige grondslag voor strafbaarstelling van gedrag? In hoofdstuk twee is, op basis van inzichten uit de filosofie geconcludeerd dat tussen filosofen discussie bestaat over het antwoord op deze vraag. De tweede subvraag is: wat is de grondslag voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie? Dit is onderzocht in hoofdstuk drie: de grondslag wordt gevonden in de schadelijkheid van de gedraging. Geconcludeerd is tevens dat de strafbaarstelling door de Nederlandse wetgever onterecht is gebaseerd op het schadebeginsel, met name omdat de wetgever onvoldoende aantoonde dat sprake is van schade.

Omtrent beide subvragen bestaat enige onduidelijkheid. Ten eerste is onduidelijk wat in het algemeen een rechtvaardige grondslag is voor strafbaarstelling van gedrag. Inzichten uit de traditionele filosofie leiden niet tot een bevredigend antwoord op deze vraag. Niet duidelijk is of het schadebeginsel de enige rechtvaardige grondslag is voor strafbaarstelling, danwel dat 'gevoelens van afkeer' of 'publieke verontwaardiging' ook gelden als een rechtvaardige grondslag. Dit is vereist om vast te stellen of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie rechtvaardig is. Ten tweede is onduidelijk waarom virtuele kinderpornografie strafbaar is gesteld, aangezien dit verbod niet kan worden gebaseerd op het schadebeginsel. Was de wetgever in de veronderstelling dat virtuele kinderporno daadwerkelijk schade zou veroorzaken, of speelden andere overwegingen een rol?

Beide vragen zien op het onderscheid tussen goed en kwaad. Het maken van dit onderscheid is een vorm van menselijk gedrag. Daarom wordt het onderwerp van dit onderzoek in de komende hoofdstukken belicht vanuit het perspectief van de gedragswetenschappen (de biologie en de psychologie). Binnen de gedragswetenschappen ligt de focus op de neurowetenschappen: deze discipline biedt de meeste nieuwe inzichten over het onderscheid tussen goed en kwaad. Deze kennis worden gezien als aanvulling op de juridische wetenschap. Aangenomen wordt dat de neurowetenschappelijke kennis bijdraagt aan het ontstaan van nieuwe inzichten omtrent het onderwerp van dit onderzoek: de strafbaarstelling van gedrag.

Voordat de impact van de inzichten wordt besproken, volgt eerst een algemene introductie in de gedragswetenschappen. Die volgt in dit hoofdstuk. Deze introductie is te beschouwen als een intermezzo: indien de kennis reeds bekend is, kan ze worden overgeslagen. Geschetst wordt hoe de gedragswetenschappen te werk gaan en wat in het algemeen de nieuwe inzichten zijn over menselijk gedrag. Ook wordt kort geschetst wat de impact is van deze inzichten op de rechtswetenschap als geheel. In het volgende hoofdstuk (H5) wordt specifiek ingegaan op de neurowetenschappelijke inzichten omtrent het onderscheid tussen goed en kwaad, oftewel moraliteit. Het laatste hoofdstuk (H6) schetst de impact van de inzichten op de strafbaarstelling van gedrag.

4.2 De gedragswetenschappen

De gedrags- en neurowetenschappen zijn *hot*. Boeken als 'Wij zijn ons brein' en 'De vrije wil bestaat niet' worden veelvuldig gelezen en media publiceren regelmatig over thema's omtrent de menselijk hersenen en menselijk gedrag. Deze populariteit komt niet uit de lucht vallen. Ze is gebaseerd op de enorme toename van biologische en psychologische kennis over het gedrag van de mens. Het belang van onbewuste processen in het brein, de relativiteit van de menselijke vrije wil en de evolutionaire aanleg voor sociaal gedrag komen in gedragswetenschappelijk onderzoek steeds sterker naar voren.¹ De inzichten reiken zelfs zover, aldus de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), dat ze dwingen tot aanpassing van ons mensbeeld.²

Omdat de biologie en de psychologie voor veel juristen onbekend terrein zijn, wordt in deze paragraaf de werkwijze in de gedragswetenschappen toegelicht (*de vorm* van de gedragswetenschappen). Nadien volgt een overzicht van de belangrijkste gedragswetenschappelijke inzichten omtrent menselijk gedrag (*de inhoud* van de gedragswetenschappen).

4.2.1 De vorm van de gedragswetenschappen

Eerst volgen enkele opmerkingen over de terminologie in dit onderzoek.

Terminologie

Om de nieuwe kennis uit de biologie en de psychologie te duiden, circuleert in de media en het wetenschappelijk discours een veelheid aan begrippen. Gebruikt worden termen zoals:

- brein, genen, darwinisme en evolutietheorie,
- neurowetenschappen en hersenwetenschappen,
- gedragswetenschappen, psychologie en biologie,
- cognitieve psychologie, gedragsbiologie en evolutiepsychologie.³

Ook worden verschillende termen gebruikt om de impact van de nieuwe kennis op de rechtswetenschap te duiden. Voorbeelden zijn:

- recht en biologie (Tilburg University), recht en menselijk gedrag (Universiteit van Amsterdam),
- recht en darwinisme (Radboud Universiteit),
- *law and behavioral biology* (Yale University), *neurolaw* (Vanderbilt University) en *law and mind sciences* (Harvard University).⁴

Deze veelheid aan begrippen is verwarrend. Centraal in alle bijdragen staat namelijk dezelfde input: de nieuwe kennis uit de biologie en de psychologie over het gedrag van de mens. Daarom is in dit onderzoek gekozen voor één overkoepelende term: de gedragswetenschappen. Hiermee wordt bedoeld op alle kennis uit de biologie en psychologie over het gedrag van de mens. Voorts hanteert dit onderzoek de term 'neurowetenschappen'. Hiermee wordt verwezen naar een specifieke discipline binnen de gedragswetenschappen: *cognitive neuroscience*. Deze discipline tracht de werking te verklaren van de menselijke cognitieve vermogens, aan de hand van de fysieke processen in het brein.⁵ Binnen de neurowetenschappen vallen disciplines zoals de neurobiologie en de cognitieve psychologie.

¹ Tiemeijer 2011, p. 11.

² Tiemeijer 2011, p. 7.

³ KNAW 2011, p. 15 en Tiemeijer 2011, p. 9.

⁴ Zie Gommer 2007, Elliot 1997, Vanderbilt University Law School 2012 (website), Harvard Law School 2012 (website).

⁵ Gazzaniga 2009, p.3 en Gazzaniga 2010, p. 2.

Werkwijze gedragswetenschappen

De manier van werken binnen de gedrags- en neurowetenschappen is de laatste jaren behoorlijk veranderd.⁶ Tot de jaren 80 bleven veel verklaringen binnen de biologie en de psychologie aan de oppervlakte. Planten, dieren en mensen waren een *black-box*: ze waren niet inzichtelijk. Nieuwe onderzoeksmethoden - zoals *functional MRI* (fMRI), *transcranial magnetic stimulation* (TMS) en *DNA sequencing (genotyping)* - hebben de kennis van de levende materie sterk vergroot. Ook wordt de constitutie van mensen meer en meer ontrafeld en menselijk gedrag in toenemende mate verklaard. Van de moleculaire biologie tot de gedragsbiologie en van de neuropsychologie tot de evolutiepsychologie: allen leveren een bijdrage aan de nieuwe inzichten omtrent het gedrag van de mens.

Een goed uitgangspunt om inzicht te krijgen in gedragswetenschappelijk onderzoek, is het theoretisch kader van de Nederlandse etholoog en Nobelprijswinnaar Niko Tinbergen. Hij heeft in de jaren 50 een viertal vragen geformuleerd, die een goede basis vormen voor gedragswetenschappelijk onderzoek naar alle organismen.⁷

1. *Causatie*
Door welke stimuli (psychologische mechanismen) wordt het gedrag veroorzaakt?
2. *Ontwikkeling*
Hoe ontwikkelt het gedrag zich, gedurende het leven van een individu?
3. *Functie*
Wat draagt het gedrag bij aan de overlevingswaarde ofwel de fitness van het individu?
4. *Evolutie*
Wanneer en hoe is het gedrag ontstaan in de evolutie?

Niet enkel biologisch, maar ook psychologisch en antropologisch onderzoek is te plaatsen in dit kader. Het raamwerk omvat alle aspecten die van invloed zijn op het gedrag van de mens. De kritiek dat culturele invloeden niet worden meegenomen in biologisch onderzoek, wordt door dit raamwerk weerlegd: de tweede vraag ziet op culturele invloeden (*nature* en *nurture* zijn van elkaar afhankelijk en beiden voor 100% van belang).⁸ Belangrijk is dat de vragen scherp worden onderscheiden. Hiertoe wordt een klassieke tweedeling gehanteerd: de causale (ofwel proximale) verklaringen van gedrag en de functionele (ofwel ultimate) verklaringen van gedrag.⁹

Causale en functionele verklaringen

Causale verklaringen wijzen op onderliggende mechanismen van menselijk gedrag. Ze beantwoorden de eerste twee vragen van Tinbergen. Mensen hebben bijvoorbeeld een voorkeur voor zoet eten. De causale verklaring voor dit gedrag wordt 'dichtbij' (proximaal) gevonden: het eten van zoet voedsel zet bepaalde hersendelen aan tot afgifte van stoffen die zorgen voor gevoelens van genot en bevrediging. Deze verklaring wijst op het onderliggende mechanisme van het gedrag. Functionele verklaringen beantwoorden de laatste twee vragen van Tinbergen. Bij dit type verklaringen wordt de verklaring 'verder weg' gevonden. De vraag is immers waarom specifiek bij zoete producten het mechanisme in de hersenen actief is: dit is een vraag naar de *functie* van bepaald gedrag. De 'verder weg' gelegen verklaring is dat zoet voedsel veel koolhydraten bevat en dat koolhydraten het menselijk lichaam voorzien van energie. In een omgeving waarin zoet voedsel schaars is, zoals de omgeving waarin de mens evolueerde, is dit mechanisme in de hersenen gunstig voor de overlevingskansen van het individu. Het eten van veel zoet voedsel verhoogt zodoende de kans op overleving en voortplanting. In functionele verklaringen speelt de evolutietheorie van Charles Darwin een zeer belangrijke rol.¹⁰

⁶ KNAW 2011, p. 15, Tiemeijer 2011, p. 9.

⁷ Menken 2011, p. 7.

⁸ Buskes 2006, p. 116-117 en Van Hooff 2011, p.1.

⁹ Bolhuis 2002, p. 8-10.

¹⁰ Nelissen 2002, p. 1 en Darwin 1859, p. 536. Voor een heldere uitleg van de evolutietheorie, zie Flik & Oomen 2010, p. 23 e.v.

4.2.2 De inhoud van de gedragswetenschappen

De nieuwe technieken en methoden hebben geleid tot nieuwe inzichten omtrent menselijk gedrag. Tot de jaren 80 domineerde binnen de wetenschap het beeld van de mens als bewust en rationeel wezen: de homo economicus. Aan onbewuste processen (zoals intuïtie en gevoel) werd nauwelijks aandacht besteed. Dit is tegenwoordig anders. Niet is de gedachte nieuw dat mensen zich in werkelijkheid niet gedragen als rationeel calculerend individu: dat vermoeden bestond al langer. Wel is nieuw dat de discrepantie tussen het rationele mensbeeld en het hedendaagse mensbeeld veel groter is dan gedacht.¹¹ In deze paragraaf wordt een aantal inzichten uit de gedragswetenschappen samengevat. Voor een goed overzicht worden ze verdeeld in vier categorieën.¹² Dit zijn:

1. *Het onbewuste brein*
Mensen baseren zich vaker op onbewuste en automatische processen in het brein dan wordt aangenomen.
2. *Het feilbare brein*
Mensen zijn minder rationeel dan doorgaans wordt verondersteld.
3. *Het willoze brein*
Mensen zijn minder vrij in het bepalen van hun 'wil' dan wordt gedacht.
4. *Het sociale brein*
Mensen zijn veel afhankelijker van sociale factoren dan wordt aangenomen.

In de volgende paragrafen worden deze categorieën toegelicht. Van belang is dat de inzichten beknopt worden weergegeven, de kennis niet uitputtend is en de verschillende categorieën elkaar kunnen overlappen. Bovendien wordt niet verondersteld dat alle mensen gelijk zijn: tussen mensen kunnen grote verschillen bestaan. De inzichten betreffen gemiddelden van de (voornamelijk West-Europese en Amerikaanse) populatie.¹³

1. Het onbewuste brein

Het eerste en belangrijkste inzicht uit de gedragswetenschappen is dat het menselijk brein grofweg twee mentale processen bevat voor de verwerking van informatie.¹⁴ Gesproken wordt van het duale model voor informatieverwerking. *Systeem 1* is het automatische, intuïtieve en onbewuste systeem, *systeem 2* is het reflectieve en bewuste systeem.¹⁵

De automatische en onbewuste processen hebben het primaat: zij spelen de grootste rol in menselijk gedrag. Mensen bukken als onverwacht een bal op hen afkomt, detecteren vijandigheid in de stem van een ander of vullen de uitdrukking 'oorlog en ...' aan. Het beste voorbeeld van het tweede systeem (het reflectieve systeem) is het uitrekenen van een ingewikkelde som: bijvoorbeeld 415×37 . Andere voorbeelden zijn het kiezen van de snelste route naar een vakantiebestemming en het beoordelen van de validiteit van een complexe logische redenering. Terwijl het onbewuste systeem vele malen krachtiger is, kan het reflectieve systeem zich bijvoorbeeld een voorstelling maken van situaties in de toekomst. Dit vermogen ligt volgens wetenschappers ten grondslag aan mentale vaardigheden zoals abstract redeneren, planning en reflectie. Bovendien kent het reflectieve systeem het vermogen tot zelfcontrole.¹⁶ In de volgende tabel zijn de belangrijkste kenmerken samengevat.¹⁷

¹¹ Tiemeijer 2011, p. 9-10.

¹² De categorisering is gebaseerd op een indeling van de WRR. Zie Tiemeijer 2011, p. 11.

¹³ In het kader van de verschillen tussen de Westerse populatie en andere populaties ter wereld, is het recente werk van Joseph Henrich zeer relevant. Zie Henrich, Heine & Norenzayan 2010, p. 1-3.

¹⁴ Kahneman 2011, p. 28 en Tiemeijer 2011, p. 37.

¹⁵ Voor een goed overzicht van onderzoek naar en bewijs voor het onderscheid tussen de twee systemen in het brein, zie: Sloman 1996, p. 3-20 en Chaiken & Trope 1999, p. 3 e.v.

¹⁶ Kahneman 2010, p. 47-57 en Tiemeijer 2011, p. 40-45.

¹⁷ Thaler & Sunstein 2008, p. 20 en Kahneman 2011, p. 28-30.

Systeem 1**Systeem 2**

Automatisch (intuïtief)
Niet flexibel
Zeer snel
Moeiteloos, kost weinig energie
Onbewust
Ongecontroleerd
Associatief

Reflectief
Flexibel
Langzaam
Kost relatief veel energie
Bewust
Gecontroleerd
Calculerend

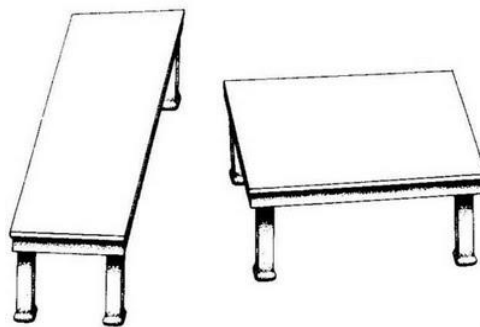
Een tweede relevant inzicht uit de gedragswetenschappen is dat mensen veelal niet hun drijfveren kennen, maar doorgaans wel verklaringen geven voor hun gedrag.¹⁸ Een klassiek voorbeeld verduidelijkt dit:

Een onderzoeker had vier paar panty's naast elkaar gelegd en vroeg voorbijgangers te beoordelen welk paar panty's het beste was in kwaliteit. De voorbijgangers wisten niet dat de panty's identiek waren. In dit onderzoek kozen veel mensen voor het meest rechts gelegen paar (mensen hebben in een dergelijke uitstalling veelal een voorkeur voor het meest rechts gelegen item). Gevraagd naar de reden van hun voorkeur, gaven mensen redenen zoals de kwaliteit van de stof, de transparantie of de elasticiteit van de panty. Zoals gezegd, de panty's waren identiek.¹⁹

Dergelijke verklaringen worden confabulaties of rationalisaties genoemd.²⁰ Het zijn achteraf opgestelde 'logische' verklaringen, die niet overeenkomen met de feitelijke oorzaken van het gedrag. Deze conclusie wordt ondersteunt door veel onderzoek (zoals bovenstaande).²¹

2. Het feilbare brein

Lang is verondersteld dat mensen situaties altijd correct inschatten. De gedachte was dat mensen in staat waren om een zakelijke afweging te maken van voor- en nadelen, die leidt tot een keuze die optimaal aansluit op hun behoeften. Onderzoek toont dat het menselijke inschattingsvermogen hiervan afwijkt: het menselijke denken is feilbaar.²² Dit is een tweede relevant inzicht uit de gedragswetenschappen. Een voorbeeld:



Bekijk beide tafels. Stel u voor dat u op zoek bent naar een nieuwe tafel voor uw woonkamer. Wat zijn volgens u de afmetingen van beide tafels? Geef een inschatting van de ratio van de lengte tot de breedte van iedere tafel (bijvoorbeeld de lengte is ... keer langer dan de breedte). Doe dit puur op basis van uw eerste indruk.

¹⁸ Greene 2008, p. 36.

¹⁹ Nisbett & Wilson 1977, p. 231 en Tiemeijer 2011, p. 31.

²⁰ Tiemeijer 2011, p. 32-37.

²¹ Greene 2008, p. 36.

²² Kahneman 2011, p. 444 en Tiemeijer 2011, p. 13-29. Kahneman spreekt liever niet van 'irrationaliteit', vanwege de beladenheid van het begrip.

De meeste mensen schatten, waarschijnlijk net als u, dat de linker tafel een stuk langer is dan de rechter. De gemiddelde inschatting van de ratio is 3:1 voor de linker tafel en 1,5:1 voor de rechtertafel. Het volgende verzoek is om beide tafels te meten met een liniaal. De afmetingen blijken identiek.²³ De onvermijdelijke conclusie is dat het menselijke inschattingsvermogen niet perfect is. Onderzoek toont dat dit niet enkel geldt voor inschattingen zoals voorgaande: ook met betrekking tot meer concrete, alledaagse beslissingen is het menselijke denken feilbaar.

Aan de basis van deze conclusie ligt het onderzoek van de psychologen Amos Tversky en Daniel Kahneman, die daarvoor in 2002 de Nobelprijs voor de economie hebben ontvangen. Zij onderzochten in welke gevallen mensen niet in staat zijn om een keuze te maken die het beste aansluit op hun behoeften. Mensen blijken te worden beïnvloed door verschillende *heuristics* en *biases*.²⁴ Dit zijn onbewuste vertekeningen in het beoordelingsvermogen. Veel verschillende vertekeningen zijn inmiddels gevonden. De wijze waarop informatie wordt gepresenteerd, heeft bijvoorbeeld grote invloed op menselijke keuzes. Als de kans tachtig procent is om een ernstige ziekte te overleven, klinkt dat mensen redelijk succesvol in de oren. Indien één op de vijf mensen aan een bepaalde ziekte overlijdt, klinkt dat aanmerkelijk minder prettig. De kans is echter hetzelfde.²⁵ Ook zijn mensen sterk geneigd om te willen houden wat ze hebben (status quo bias), zijn ze gericht op het hier en nu en zijn ze met name gevoelig voor levendige en concrete informatie.²⁶

3. Het willoze brein

Een derde inzicht heeft betrekking op de vrije wil. Dit thema is vaak onderwerp van debat. Het is ook het onderwerp waar de meeste mensen aan denken als de combinatie tussen strafrecht en het brein (of strafrecht en biologie) ter sprake komt. In dit onderzoek naar de strafbaarstelling van gedrag speelt het thema van de vrije wil geen rol. Omdat dit thema vaak wordt verward met het onderwerp van dit onderzoek, wordt de discussie rondom de vrije wil kort toegelicht.

De aanzet tot deze discussie was het hersenonderzoek van Benjamin Libet. Zijn onderzoek toont dat, nog voordat iemand het besluit tot het bewegen van zijn vinger bewust aanvoelt, het onbewuste de vingerbeweging reeds in gang heeft gezet.²⁷ Of dit het bestaan van de vrije wil uitsluit, hangt af van de definitie van dit begrip. Sommigen definiëren de vrije wil als 'het menselijk vermogen tot bewuste aansturing van gedrag', anderen doelen op 'het vermogen tot bewuste aansturing dat zich op een of andere manier onderscheidt van wetmatigheden in de natuur'.²⁸ Belangrijk is dat Libet zelf het bestaan van de vrije wil niet afschrijft: het bewustzijn zou in staat zijn om een 'veto' uit te spreken ten aanzien van het onbewuste gedrag (de vingerbeweging).²⁹ Hij spreekt niet van *free will*, maar van *free won't*. Echter, het vermogen tot zelfcontrole kan evengoed zijn voorbereid in het onbewuste: het dient - natuurwetenschappelijk gezien - ergens vandaan te komen. Vragen als dezen komen naar voren in het debat over de vrije wil.³⁰

Maatschappelijk gezien is de vrije wil van belang voor de vraag of mensen verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor hun (criminele) gedrag. Met andere woorden: is het rechtvaardig om mensen te straffen, indien hun gedrag niet is begaan uit vrije wil? Voor dit onderzoek is van belang dat de vraag naar de rechtvaardigheid van straffen een andere is dan de vraag naar een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag. De eerste vraag ziet op het thema van de vrije wil, de tweede vraag ziet op de thema van de menselijke moraliteit. De eerste vraag is geen onderwerp van dit onderzoek, de tweede wel.

²³ Thaler & Sunstein 2008, p. 27.

²⁴ Tiemeijer 2011, p. 13-14. Voor een ruimer overzicht: zie Kahneman 2011, p. 115-204 en Thaler & Sunstein 2008, p. 43-90.

²⁵ Tversky & Kahneman 1981, p. 453.

²⁶ Tiemeijer 2011, p. 13-20.

²⁷ Libet 1985, p. 529.

²⁸ Tiemeijer 2011, p. 48.

²⁹ Libet 1985, p. 538.

³⁰ Tiemeijer 2011, p. 48-52. Zie ook Buruma 2008, p. 95, Buruma 2011, p. 539 en Greene & Cohen 2004, p. 111-127.

4. Het sociale brein

De laatste categorie inzichten ziet op het sociale karakter van mensen. Mensen blijken veel socialer dan doorgaans wordt verondersteld. Vaak wordt aangenomen dat mensen 'in de kern' egocentrische wezens zijn, enkel gericht op het nastreven van hun 'evolutionaire' eigenbelang. Onderzoek toont dat mensen juist veel verschillende typen sociaal gedrag vertonen. Veel daarvan is dagelijks zichtbaar: mensen werken samen op het werk, verlenen elkaar voorrang op autowegen en bieden de helpende hand in nood. Een specifiek voorbeeld is de sterke menselijk afkeer van sociale uitsluiting en de daarmee gepaard gaande behoefte om te worden geaccepteerd door andere mensen.³¹

De neurowetenschappen maken deze behoefte zichtbaar: het netwerk in de hersenen met betrekking tot pijn (o.a. insula, thalamus) wordt bijvoorbeeld niet enkele geactiveerd door fysieke pijn, maar ook door sociale pijn (zoals sociale uitsluiting). Dit geldt ook voor het beloningsnetwerk (o.a. vMPFC en amygdala) met betrekking tot coöperatief gedrag, een goede reputatie en acceptatie door groepsgenoten). Een tekort aan betekenisvol contact kan zelfs leiden tot gezondheidsproblemen zoals een verzwakt immuunsysteem en verhoogde bloeddruk.³² Bovendien is sociaal (en altruïstisch) gedrag volkomen in overeenstemming met de menselijke evolutie. De functionele (evolutionaire) verklaring wordt gevonden in het gegeven dat de instandhouding van groepen veel voordelen biedt voor de overlevingswaarde van een individu.³³ Hiertoe bestaan verschillende theorieën: deze richten zich met name op wederkerigheid in een groep.³⁴ Martin Nowak, hoogleraar wiskundige biologie aan Harvard, concludeert zelfs dat natuurlijke samenwerking (naast natuurlijke selectie) een van de basisingrediënten is van de evolutionaire ontwikkeling van de mens.³⁵

Slot

Voorgaande inzichten hebben impact op veel onderwerpen. Voordat specifiek wordt ingegaan op de strafbaarstelling van gedrag, wordt op hoofdlijnen geschetst wat de impact is op de rechtswetenschap.

³¹ Williams 2007, p. 238 en Tiemeijer 2011, p. 76.

³² Tiemeijer 2011, p. 76-78. Zie ook: Bowles & Gintis 2011 en Lieberman 2013.

³³ Buskes 2006, p. 122, 126-127.

³⁴ Zie voor een uitgebreide verhandeling over de verschillende wiskundige varianten en over coöperatie in het algemeen: Nowak 2011.

³⁵ Nowak & Sigmund 2005, p. 1291 en Nowak 2011, p. xviii.

4.3 De gedragswetenschappen en de rechtswetenschap

Recht is relaties. Het recht regelt relaties tussen mensen en groepen mensen.³⁶ Het recht regelt deze relaties met behulp van rechtsregels: die pogen mensen te sturen in een bepaalde richting. In de kern regelt het recht dus menselijk gedrag. Het omgekeerde geldt ook: menselijk gedrag regelt het recht. Alle rechtsregels, van staatsrechtelijke, civielrechtelijke of strafrechtelijke signatuur, worden ingesteld door mensen. Niet enkel geldt dus dat het recht menselijk gedrag regelt, het recht *is* menselijk gedrag. Lange tijd heeft dit thema - het gedrag van de mens - geen rol gespeeld binnen de rechtswetenschap. Dat is aan het veranderen: meer en meer spelen de inzichten een rol. Om binnen de veelheid aan nieuwe informatie het overzicht te bewaren, volgt een korte beschrijving van de impact op drie gebieden:

1. De filosofie van het recht.
2. Het materiële recht.
3. Het formele recht.

1. De filosofie van het recht

Voor een antwoord op vragen als 'hoe is het recht tot stand gekomen' en 'wat is recht' wordt van oudsher aansluiting gezocht bij de rechtsfilosofie. Bekende filosofen zijn Hobbes, Rousseau en Montesquieu. Kenmerkend voor deze filosofen is dat zij het rechtssysteem (of de staatsinrichting) analyseren vanuit de relatie tussen het menselijke individu en de samenleving als geheel. Hierbij nemen zij hun visie op de menselijke natuur als uitgangspunt.³⁷ De gedragswetenschappen bieden juist omtrent deze menselijke natuur nieuwe inzichten. Die hebben vanzelfsprekend impact op de filosofie: indien het mensbeeld veranderd, veranderen theorieën omtrent menselijk handelen (vrije wil), de inrichting van de samenleving (evolutionaire grondslag van straffen) en de totstandkoming van het recht (evolutionaire grondslagen van moraliteit).³⁸

2. Het materiële recht

De gedragswetenschappen hebben ook impact op het materiële recht. Ten eerste zorgen de inzichten voor een meer effectieve inrichting van de samenleving.³⁹ Ze stellen rechters en beleidsmakers in staat om beslissingen te nemen die beter aansluiten bij menselijk gedrag. Een voorbeeld: de Hoge Raad stelt dat werkgevers extra zorg in acht moeten nemen wat betreft werknemers die met gevaarlijke machines werken, omdat het dagelijkse gebruik daarvan tot verminderde waakzaamheid zou leiden. In hoeverre is deze aanname correct?⁴⁰ Ten tweede hebben de gedragswetenschappen impact op de rechtvaardigheid van het materiële recht. De normen in het materiële recht zijn ingesteld door mensen: de gedrags- en neurowetenschappen bieden inzicht in het menselijke denken dat voorafgaat aan deze keuze.⁴¹ Dit is het onderwerp van dit onderzoek: in hoeverre is het verbod op virtuele kinderpornografie rechtvaardig.

3. Het formele recht

Het formele recht regelt op welke wijze uitvoering wordt gegeven aan de rechten en plichten uit het materiële recht. De impact van de gedragswetenschappen op deze categorie is groot. Deze toepassingen genieten ook de meeste bekendheid. Veel voorbeelden zijn te noemen: het gebruik van DNA en hersenscans als bewijs in straf- en aansprakelijkheidszaken. De betrouwbaarheid van getuigen. Het monitoren van mensen met bepaalde hersenafwijkingen of bepaalde genotypen. De impact van de inzichten op het rechterlijke oordeel over psychische overmacht en ontoerekeningsvatbaarheid en op het effect van straffen (meer specifiek op het effect van de maatregel TBS).⁴²

³⁶ Met groepen mensen wordt onder meer bedoeld: rechtspersonen.

³⁷ Zie bijvoorbeeld Cliteur 2007, p.10 en Gommer 2010, p. 26-28.

³⁸ Zie bijvoorbeeld Blom 2011, p. 171, Buskes 2006, p. 299-300, Gommer 2010, p. 30-31. Zie ook: Fehr & Gächter 2002, p. 137 en Boehm, 2012.

³⁹ Zie bijvoorbeeld Thaler & Sunstein 2008, p. 13-14. Zie ook: Sunstein 2013 en Shafir 2013.

⁴⁰ Zie voor meer voorbeelden: Boom, Giesen, Verheij 2008. Zie ook: Ten Velden & De Dreu 2012, p.13.

⁴¹ Zie bijvoorbeeld Buruma 2012, p. 1175.

⁴² Zie voor een uitgebreidere opsomming van toepassingen in het strafrecht: Buruma 2008, p. 90-97. Voor een helder overzicht van toepassingen in het privaatrecht, zie De Kogel, Schrama en Smit 2011.

4.4 Conclusie

Omdat de keuze tot strafbaarstelling van gedrag een vorm is van menselijk gedrag, belicht dit onderzoek dit onderwerp in de hoofdstukken vijf en zes vanuit een gedragswetenschappelijk perspectief. Om deze reden is in dit hoofdstuk een introductie gegeven in de gedragswetenschappen.

Eerste is geschetst hoe de gedragswetenschappen - de biologie en de psychologie - te werk gaan. Benadrukt is het onderscheid tussen causale en functionele verklaringen van menselijk gedrag. Causale verklaringen zien op onderliggende mechanismen van gedrag, zoals hersenprocessen. Voor dergelijke verklaringen zijn met name de neurowetenschappen van belang. Causale verklaringen zien ook op de ontwikkeling van deze mechanismen tijdens het leven van de mens. Hier speelt de invloed van cultuur en omgeving een belangrijke rol. Functionele verklaringen daarentegen zien op de functie van de betreffende (hersenen)mechanismen: hoe draagt het gedrag bij aan de overlevingswaarde van een individu? De evolutietheorie van Charles Darwin speelt in dit type verklaringen een belangrijke rol.

Voorts is geschetst dat de gedragswetenschappen de afgelopen jaren enorm zijn veranderd: de toename van technologische mogelijkheden heeft geleid tot veel nieuwe inzichten over menselijk gedrag. Deze inzichten maken duidelijk dat een verschil bestaat tussen het gangbare mensbeeld en het 'nieuwe' mensbeeld in de wetenschap. Het gangbare mensbeeld ziet de mens voornamelijk als autonoom wezen, dat zijn leven zelfstandig, bewust en rationeel vormgeeft. Het recente mensbeeld in de gedragswetenschappen is anders. Mensen zijn beperkt rationeel (menselijke keuzes zijn feilbaar), beperkt bewust (gedrag is veelal automatisch), hebben een beperkte vrije wil (het gedrag is niet geheel vrij van het brein of de omgeving) en zijn beperkt egoïstisch (de mens is een zeer sociale diersoort en sterk afhankelijk van het gedrag van andere mensen).

Deze inzichten hebben impact op veel verschillende gebieden: van keuzegedrag in de supermarkt tot besluitvorming in de politiek. Ook hebben ze impact op de rechtswetenschap. In de komende hoofdstukken wordt de impact besproken op de strafbaarstelling van gedrag. Omdat strafbaarstelling een vorm is van *moreel* keuzegedrag, worden in hoofdstuk vijf eerst de meest recente inzichten uit de neurowetenschappen geschetst omtrent moraliteit en moreel keuzegedrag. In hoofdstuk zes wordt onderzocht in hoeverre deze inzichten impact hebben op het onderwerp van dit onderzoek.

H5

Moraliteit en de neurowetenschappen

5.1 Inleiding

Om te onderzoeken of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie is gebaseerd op een rechtvaardige grondslag, dient eerst te worden onderzocht wat in het algemeen een rechtvaardige grondslag is voor strafbaarstelling van gedrag. Geconcludeerd is in het hoofdstuk twee dat inzichten uit de filosofie niet leiden tot een bevredigend antwoord op deze vraag. Ten tweede dient te worden onderzocht wat de grondslag is voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie. Deze grondslag wordt gevonden in de schadelijkheid van de gedraging. Geconcludeerd is in hoofdstuk drie dat de wetgever het verbod onterecht baseert op het schadebeginsel: geenszins wordt onderbouwd dat virtuele kinderporno leidt tot schade. Dit doet de vraag rijzen in hoeverre andere overwegingen een rol hebben gespeeld in de strafbaarstelling.

De hoofdvraag en beide subvragen zien op hetzelfde thema: het onderscheid tussen goed en kwaad. Het maken van dit onderscheid is een vorm van menselijk gedrag. Om te komen tot meer duidelijkheid omtrent de twee subvragen, wordt aangesloten bij inzichten uit de gedragswetenschappen. Omdat het maken van onderscheid tussen goed en kwaad een vorm van *moreel* keuzegedrag, geeft dit hoofdstuk een inleiding in dit thema. Geschetst worden de meest recente neurowetenschappelijke inzichten omtrent moraliteit en moreel keuzegedrag. Eerst volgt een overzicht van de nieuwste inzichten uit de biologie en de psychologie over moraliteit in het algemeen (§5.2). Deze inzichten worden weergegeven in acht stellingen.

Vervolgens worden de inzichten uit de neurowetenschappen geschetst die specifiek betrekking hebben op het maken van morele keuzes (§5.3). Aan de hand van het werk van Joshua D. Greene (neurowetenschapper en filosoof aan Harvard) wordt beschreven hoe morele oordelen van mensen tot stand komen in het brein. Zijn werk vormt het hart van dit onderzoek. Tot slot wordt geschetst wat de gevolgen zijn van de inzichten voor hedendaagse morele casus, zoals euthanasie, de klimaatproblematiek, het boerkaverbod, illegaliteit en economische criminaliteit. In hoofdstuk zes wordt onderzocht in hoeverre de inzichten impact hebben op de strafbaarstelling van gedrag.

5.2 Moraliteit

Moraliteit staat al eeuwen in de belangstelling van de wetenschap. Traditioneel gezien behoort het thema tot de filosofie. In die context wordt gesproken van ethiek: de systematische indeling van morele beginselen. De afgelopen jaren vindt echter een kentering plaats in de benadering van moraliteit. Met name de neurowetenschappen houden zich meer en meer bezig met het onderwerp.¹ De toenemende kennis van het menselijk brein en de inzichten in de oorsprong van menselijk gedrag, maken dat een steeds duidelijker antwoord ontstaat op de vraag: wat is moraliteit?

5.2.1 Moraliteit en de gedragswetenschappen

Moraliteit wordt binnen de gedragswetenschappen beschouwd als een vorm van menselijk gedrag. Darwin benaderde reeds in *The Descent of Man* (1871) de menselijke moraal vanuit een natuurwetenschappelijk perspectief. Hij beschrijft hoe moraliteit ontstaat uit sociale instincten die van belang zijn voor de overleving van de groep.² Zijn opvatting is nog steeds geldig, al is zij tegenwoordig meer verfijnd. Moraliteit wordt gezien als het geheel van gevoelens, oordelen en regels die dienen ter bevordering van de samenwerking en onderlinge steun binnen een gezamenlijk levende groep.³ Het is gedrag ten aanzien van ander gedrag: de gevoelens, oordelen en regels zijn gericht op, of veroorzaakt door, handelingen van andere mensen. Over deze vorm van menselijk gedrag bieden de gedragswetenschappen nieuwe inzichten.⁴

Deze inzichten zijn talrijk. Bovendien bestaat discussie over afzonderlijke elementen van het onderwerp. Dit onderzoek bevat niet de ruimte om alle kennis te bespreken. Daarom worden ter inleiding acht stellingen weergegeven: die vormen een *state-of-the-art* van de gedragswetenschappelijke inzichten omtrent moraliteit. Ze beschrijven kort het ontstaan en de functie van moraliteit, alsook de totstandkoming van morele oordelen.

Moraliteit in acht stellingen

De stellingen zijn opgesteld op een congres in 2010, genaamd *A new science of morality*. Ze zijn opgesteld door een aantal invloedrijke gedragswetenschappers, die onderzoek doen op het gebied van de menselijke moraal aan onder meer Yale en Harvard.⁵ De benadering van deze gedragswetenschappers is materialistisch: dit houdt in dat het verklaren van moraliteit en moreel gedrag bij mensen geen hogere macht of intelligent design vereist. Dit betekent niet dat de benadering deterministisch is, ofwel dat alles genetisch is bepaald: culturele aspecten spelen een belangrijke rol. De stellingen worden door alle opstellers ondersteund en dienen als startpunt voor verder onderzoek.⁶

1. Moraliteit is een natuurlijk fenomeen en een cultureel fenomeen.

“Like language, sexuality, or music, morality emerges from the interaction of multiple psychological building blocks (bijvoorbeeld empathie, wederkerigheid en afkeer, red.) within each person, and from the interactions of many people within a society. These building blocks are the products of evolution, with natural selection playing a critical role. They are assembled into coherent moralities as individuals mature within a cultural context. The scientific study of morality therefore requires the combined efforts of the natural sciences, the social sciences, and the humanities.”

2. Veel van de psychologische bouwstenen (*building blocks*) van moraliteit zijn aangeboren.

“The word ‘innate’, as we use it in the context of moral cognition, does not mean immutable, operational at birth, or visible in every known culture. It means ‘organized in advance of experience’, although experience can revise that organization to produce variation within and across cultures. Many of the building blocks of morality can be found, in

¹ Haidt 2010, p. 801 en Greene 2011, p. 227.

² Darwin 1871, p. 68, 69 e.v. en Verplaetse 2006, p. 38-39. Zie ook: Boehm 2012.

³ Haidt 2010, p. 808-810 en Swaab 2010, p. 291-293.

⁴ Zie voor een uitgebreid overzicht: Boehm 2012.

⁵ Baumeister, Bloom, Greene, Haidt, Harris, Knobe & Pizarro 2010, p. 1-2.

⁶ De onderbouwing van de stellingen is niet vertaald, omdat de precieze formulering van belang is voor een goed begrip van de tekst.

some form, in other primates, including sympathy, friendship, hierarchical relationships, and coalition-building. Many of the building blocks of morality are visible in all human culture, including sympathy, friendship, reciprocity, and the ability to represent others' beliefs and intentions. Some of the building blocks of morality become operational quite early in childhood, such as the capacity to respond with empathy to human suffering, to act altruistically, and to punish those who harm others."

3. Morele oordelen zijn vaak intuïtief, met weinig overleg of bewuste afweging van bewijs en alternatieven.

"Like judgments about the grammaticality of sentences, moral judgments are often experienced as occurring rapidly, effortlessly, and automatically. They occur even when a person cannot articulate reasons for them."

4. Bewust moreel redeneren speelt op verschillende manieren een rol in het morele leven van mensen.

"People often apply moral principles and engage in moral reasoning. For example, people use reasoning to detect moral inconsistencies in others and in themselves, or when moral intuitions conflict, or are absent. Moral reasoning often serves an argumentative function; it is often a preparation for social interaction and persuasion, rather than an open-minded search for the truth. In line with its persuasive function, moral reasoning can have important causal effects interpersonally. Reasons and arguments can establish new principles (e.g. racial equality, animal rights) and produce moral change in a society."

5. Morele oordelen en waarden staan vaak op gespannen voet met het werkelijke gedrag van mensen.

"People often fail to live up to their consciously-endorsed values. One of the many reasons for the disconnect is that moral action often depends on self-control, which is a fluctuating and limited resource. Doing what is morally right, especially when contrary to selfish desires, often depends on an effortful inner struggle with an uncertain outcome."

6. Verschillende gebieden in het brein zijn gerelateerd aan moraliteit, niet aanwezig is een 'moreel centrum' in het brein.

"Moral judgments depend on the operation of multiple neural systems that are distinct but that interact with one another, sometimes in a competitive fashion. Many of these systems play comparable roles in non-moral contexts. For example, there are systems that support the implementation of cognitive control, the representation of mental states, and the affective representation of value in both moral and non-moral contexts."

7. Moraliteit varieert tussen individuen en tussen verschillende culturen.

"People within each culture vary in their moral judgments and behaviors. Some of this variation is due to heritable differences in temperament (for example, agreeableness or conscientiousness) or in morally-relevant capacities (such as one's ability to take the perspective of others). Some of this difference is due to variations in childhood experiences; some is due to the roles and contexts influencing a person at the moment of judgment or action. Morality varies across cultures in many ways, including the overall moral domain (what kinds of things get regulated), as well as specific moral norms, practices, values, and institutions. Moral virtues and values are strongly influenced by local and historical circumstances, such as the nature of economic activity, form of government, frequency of warfare, and strength of institutions for dispute resolution."

8. Morele systemen (zoals rechtssystemen, red.) ondersteunen, in verschillende mate, de menselijke ontwikkeling.

"The emergence of morality allowed much larger groups of people to live together and reap the benefits of trust, trade, shared security, long term planning, and a variety of other non-zero-sum interactions. Some moral systems do this better than others, and therefore it is possible to make some comparative judgments. The existence of moral diversity as an empirical fact does not support an "anything-goes" version of moral relativism in which all moral systems must be judged to be equally good. We note, however, that moral evaluations across cultures must be made cautiously

because there are multiple justifiable visions of flourishing and wellbeing, even within Western societies. Furthermore, because of the power of moral intuitions to influence reasoning, social scientists studying morality are at risk of being biased by their own culturally shaped values and desires.”

5.2.2 Opmerkingen

Enkele opmerkingen zijn van belang. De eerste stelling schetst dat moraliteit ontstaat uit de interactie tussen verschillende psychologische bouwstenen. Ter verduidelijking: dit ontstaansproces is emergent. Dit betekent dat een bepaald fenomeen (moraliteit) voortvloeit uit de toegenomen complexiteit die ontstaat door de aaneenschakeling van afzonderlijke elementen tot een groter geheel. De afzonderlijke elementen (bouwstenen) van moraliteit zijn onder meer afkeer, empathie, wederkerigheid, loyaliteit, verzoening en troostgedrag.⁷ De tweede stelling schetst dat de bouwstenen zijn aangeboren.

Deze conclusie is onder meer gebaseerd op onderzoek naar de bouwstenen bij primaten en zeer jonge kinderen en jonge primaten (jonge mannetjesprimaten blijken bijvoorbeeld een voorkeur te hebben voor ‘jongens’-speelgoed, en jonge meisjesprimaten voor meisjes speelgoed).⁸ Ook onderzoek naar de culturele verschillen tussen mensen (die blijken in de kern niet groot), mensen met sociale problemen als gevolg van een hersenbeschadiging en onderzoek naar de neurologische basis van moreel oordelen (met behulp van *neuroimaging* technieken, zoals EEG en fMRI) onderbouwt deze stelling.⁹ Dat de bouwstenen zijn aangeboren betekent niet dat de inhoud van menselijke morele overtuigingen is aangeboren. Morele overtuigingen ontwikkelen zich mede tijdens de culturele ontwikkeling van een mens. Het betekent wel dat de vorm van moreel denken is aangeboren: hersenstructuren zijn bepalend voor de wijze waarop mensen moreel redeneren.¹⁰

Het gegeven dat de bouwstenen van moraliteit zijn aangeboren, impliceert dat de bouwstenen (de hersenstructuren in het brein) in belangrijke mate zijn gevormd door het proces van natuurlijke selectie. Het menselijk brein is in grote mate vormgegeven gedurende miljoenen jaren evolutie. Het mechanisme van natuurlijke selectie speelt in deze vormgeving een belangrijke rol. Dit maakt dat sommige gedragswetenschappers concluderen dat de manier waarop mensen moreel denken, in grote mate is gevormd door de manier waarop het menselijke brein is geëvolueerd.¹¹ In de ontwikkeling van het menselijk brein tijdens de evolutie spelen de inzichten omtrent het sociale gedrag van mensen een grote rol. Deze inzichten zijn beschreven in het vorige hoofdstuk: het evolutionaire proces heeft bij mensen geleid tot groepsvorming en tot het ontstaan van sociale gedragskenmerken zoals moraliteit. Voor de beantwoording van de vraag hoe de bouwstenen van moraliteit in het menselijke brein zijn gevormd, wordt door gedragswetenschappers dus veelvuldig gebruik gemaakt van evolutionaire (functionele) verklaringen omtrent sociaal gedrag.

Wat dit punt betreft zijn enkele wetenschappers een andere mening toegedaan: de *building blocks* zijn in hun optiek niet aangeboren, maar aangeleerd tijdens de eerste levensjaren. Volgens deze wetenschappers zijn de bouwstenen niet vormgegeven door het proces van natuurlijke selectie. Betoogd wordt dat moraliteit, evenals andere ingewikkelde zaken zoals wiskunde en autorijden, langzaam en bewust wordt aangeleerd om op latere leeftijd onbewust te worden toegepast.¹² Dit is een mogelijkheid. Onderzoek naar de bouwstenen van moraliteit bij primaten en zeer jonge kinderen (en jonge primaten) geeft mijns inziens echter aanleiding tot de eerste conclusie: de bouwstenen van moraliteit zijn aangeboren en aldus *organised in advance of experience*.

⁷ Flack & de Waal 2000, p. 21-22.

⁸ Kahlenberg & Wrangham 2010, p. 1067-1068.

⁹ Greene 2005, p. 338-350.

¹⁰ Greene 2005, p. 350-351.

¹¹ Zie bijvoorbeeld: Greene 2005, p. 351.

¹² Haidt 2010, p. 807.

5.3 Moreel oordelen

Deze paragraaf gaat specifiek in op de gedragswetenschappelijke inzichten omtrent moreel keuzegedrag. Deze inzichten zijn van belang voor de centrale vraag in dit onderzoek: is bepaald gedrag goed of fout? Ter beantwoording van dergelijke morele vragen wordt doorgaans aansluiting gezocht bij de filosofie. De inzichten uit de neurowetenschappen maken dat ook gedragswetenschappers meer en meer in staat zijn om deze vragen te beantwoorden. Dit wordt toegelicht in deze paragraaf.

Eerst wordt gefocust op de vorm van goed en fout: geschetst wordt in hoeverre de gedragswetenschappen überhaupt in staat zijn om normatieve vragen te beantwoorden (§5.3.1). Nadien wordt gefocust op de inhoud van goed en fout: beschreven worden de meest recente gedrags- en neurowetenschappelijke inzichten beschreven omtrent de totstandkoming van morele oordelen in het brein (§5.3.2). Tot slot wordt geschetst, aan de hand van actuele morele vraagstukken, wat de impact is van deze inzichten op morele oordelen van mensen (§5.3.3).

5.3.1 De vorm van goed en fout

Bij wetenschappelijk onderzoek naar morele vraagstukken is van belang om, aldus veel filosofen en wetenschappers, onderscheid te maken tussen normatieve ethiek en beschrijvende ethiek. Normatieve ethiek tracht de vraag te beantwoorden 'wat is goed en wat is fout' en wordt uitsluitend gerekend tot de moraalfilosofie. Beschrijvende ethiek brengt bestaande normen in kaart en tracht te verklaren hoe morele oordelen van mensen tot stand komen. Deze discipline wordt gerekend tot zowel de moraalfilosofie als de moraalpsychologie.¹³

Het onderscheid tussen normatieve en beschrijvende ethiek sluit aan bij de beroemde waarschuwing van moraalfilosoof David Hume. Hume stelt dat het zeer moeilijk is - zo niet onmogelijk - om conclusies over hoe mensen zich behoren te gedragen af te leiden (te deduceren) uit conclusies over hoe mensen zich feitelijk gedragen.¹⁴ Dit principe staat bekend als Hume's law: *one can't derive an 'ought' from an 'is'*. Veel filosofen zijn van mening dat Hume's law een strikte scheiding voorstelt tussen *the ought* en *the is*. Anderen stellen dat Hume enkel zegt dat het een lastige taak is om conclusies omtrent het behoren af te leiden uit de feiten.¹⁵ Mijns inziens is de laatste interpretatie correct: Hume stelt dat niet zonder meer normatieve conclusies mogen worden gededuceerd uit feitelijke conclusies:

*'In every system of morality (...) I am surprised to find, that instead of the usual copulations of propositions, is, and is not, I meet with no proposition that is not connected with an ought, or an ought not. This change is imperceptible; but is however, of the last consequence. For as this ought, or ought not, expresses some new relation or affirmation, 't is necessary that it should be observed and explained; and at the same time that a reason should be given; for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it.'*¹⁶

Conclusies die een norm bevatten mogen dus niet zonder meer volgen uit feitelijke verklaringen. De conclusie dat het mensen vlees *behooren* te eten (een norm), omdat vlees vitamines en mineralen bevat die gezond *zijn* voor mensen (een feit), voldoet zodoende niet aan de wet van Hume. In lijn met deze wet ligt de kritiek van filosoof G.E. Moore, die hij uitte op de filosofie van Herbert Spencer. Spencer meent dat het doel van de natuurlijke evolutie vooruitgang is: hij meent dat om deze reden ook de mens en de maatschappij vooruitgang moeten boeken. Aldus Moore is deze analyse van Spencer een naturalistische drogredenering (*naturalistic fallacy*).

¹³ Greene 2003, p. 849. Een extra onderscheid dat wordt gebruikt in de filosofie - tussen beschrijvende ethiek (normen in kaart brengen) en meta-ethiek (grondslag van de normen) - wordt in dit onderzoek niet gehanteerd: inzichten uit de gedragswetenschappen tonen dat meta-ethiek eveneens is te zien als een beschrijvende wetenschap.

¹⁴ Störig 2011, p. 787.

¹⁵ Cohon 2010, p. 1.

¹⁶ Hume 1739, T3.1.1.27.

Een naturalistische drogredenering stelt dat iets (bijvoorbeeld concurrentie) wordt bestempeld als goed, door te verwijzen naar iets anders (het komt voor in de natuur). Met een dergelijke redenering wordt volgens Moore het probleem enkel verplaatst en wordt niets gezegd over 'het goede' in het algemeen. Spencers redenering houdt dus geen stand, nog los van het feit dat Spencer ten onrechte stelt dat het doel van evolutie vooruitgang is (evolutie, als gevolg van natuurlijke selectie, is een doelloos fenomeen). De naturalistische drogredenering van Moore geldt overigens niet enkel voor redeneringen die een vergelijking maken met 'natuurlijk'. Deze *fallacy* geldt ook voor andere vergelijkingen, zoals 'iets is goed omdat het plezierig is' of 'iets is goed omdat het complex is'.¹⁷

Een belangrijk misverstand in dit kader is het idee dat een gedragswetenschappelijke (biologische) benadering van moraliteit betekent dat wordt voorgeschreven wat moreel verantwoord gedrag is. Verondersteld wordt dat biologische verklaringen het volgende impliceren: menselijk gedrag dat overeenstemt met 'natuurlijke beginselen' is 'goed'. Concurrentie vindt bijvoorbeeld plaats in de natuur, dus concurrentie tussen mensen is goed. Verkrachting vindt eveneens plaats in de natuur, dus verkrachting in de biologische benadering is eveneens goed. Ook de omgekeerde redenering wordt als correct verondersteld: homoseksualiteit vindt niet plaats in de natuur, dus homoseksualiteit is niet goed. Los van het feit dat geslachtsgemeenschap tussen leden van hetzelfde geslacht wel degelijk voorkomt bij dieren, vindt deze wijze van redeneren geen steun binnen de biologie en andere gedragswetenschappen.

Een direct verband tussen zaken die voorkomen in de natuur (beschrijvende ethiek) en het 'goede' karakter van deze zaken (normatieve ethiek) wordt in biologische verklaringen dus niet gelegd. Biologische verklaringen bevatten niet een moreel oordeel. De gedragswetenschappen bieden wel inzicht in de *constructie* van de menselijke moraal: hoe komen dergelijke oordelen tot stand in het brein. Het bieden van inzicht in een bepaald fenomeen, betekent overigens niet dat het fenomeen wordt goedgekeurd of afgekeurd. Ook dit is een veelvoorkomend misverstand. Deze misvattingen maken de kritiek op de gedragswetenschappelijke benadering ongegrond: niet wordt getornd aan de waarschuwingen van Hume en Moore.

Conclusie

Gedragswetenschappelijke verklaringen bevatten niet een moreel oordeel. De gedragswetenschappen trachten te verklaren wat moraliteit is, als natuurlijk verschijnsel en als vorm van menselijk gedrag. Ook tonen de gedragswetenschappen hoe specifieke morele oordelen tot stand komen. Joshua Greene spreekt in dit kader van '*a behind the scenes look of morality*'. Niet worden morele beginselen afgeleid uit wetenschappelijke feiten: wel draagt wetenschappelijk onderzoek bij 'aan het doorgronden van de menselijke morele natuur, waardoor het onze mening ten aanzien van deze morele natuur kan wijzigen'.¹⁸

¹⁷ Buskes 2006, p. 378, 380-382 en Jones & Goldsmith 2005, p. 494.

¹⁸ Greene 2003, p. 847.

5.3.2 De inhoud van goed en fout

Geconcludeerd is in de vorige paragraaf dat de biologie en psychologie niet een intrinsiek moreel oordeel bevatten. Dit betekent niet dat de gedragswetenschappen niet van belang zijn voor morele oordeelsvorming van mensen. De neurowetenschappen bieden inzicht in de wijze waarop morele oordelen tot stand komen. In de volgende paragrafen worden deze inzichten geschetst. Eerst wordt uiteengezet dat morele oordeelsvorming, evenals ander menselijk keuzegedrag, grotendeels tot stand komt op basis van onbewuste processen in het brein (*het onbewuste morele brein*). Het werk van Jonathan Haidt speelt een belangrijke rol. Voorts wordt geschetst in hoeverre de onbewuste processen leiden tot vertekeningen in morele keuzes. Op basis van het werk van Joshua Greene wordt uiteengezet dat het menselijke morele keuzegedrag feilbaar is (*het feilbare morele brein*).

1. Het onbewuste morele brein - Jonathan Haidt

De inzichten in deze paragraaf sluiten aan bij de paragraaf over het onbewuste brein in hoofdstuk vier. Een van de inzichten is dat mensen vaak beslissingen nemen op basis van onbewuste, automatische en intuïtieve processen in het brein: de zogenaamde systeem 1-processen. In lijn met dit inzicht concluderen gedragswetenschappers dat morele oordeelsvorming eveneens in belangrijke mate is gebaseerd op onbewuste en intuïtieve processen.¹⁹ Deze paragraaf schetst wat dit betekent. Eerst een voorbeeld:

Julie en Mark zijn broer en zus, beiden studeren in Parijs. Tijdens hun zomervakantie reizen de twee samen door Frankrijk. Een avond logeren ze in een verlaten hut op het strand. Ze beslissen gezamenlijk dat het leuk en interessant zou zijn om de liefde te bedrijven. Op z'n minst zou het een nieuwe ervaring opleveren voor hen beide. Julie nam al anticonceptiemiddelen, maar Mark besluit voor de zekerheid een condoom te gebruiken. Beiden genieten van deze liefdesdaad, doch besluiten het nooit meer te doen. Ze bewaren die nacht als een speciaal geheim, wat de band tussen beiden nog sterker maakt.

De vraag die hoogleraar *moral psychology* Jonathan Haidt (New York University) stelt is: vindt u dit gedrag goed of fout? De meeste mensen antwoorden in negatieve zin, maar hebben grote moeite om goede redenen te geven voor hun oordeel. Vaak wordt geopperd dat incest leidt tot genetische defecten. Dat is correct, maar in dit geval gebruiken zowel Mark als Julie voorbehoedsmiddelen, die de kans op zwangerschap reduceren tot bijna nul. Ook wordt gesteld dat incest illegaal is: in Frankrijk is het echter niet verboden. Voorts vinden veel mensen dit gedrag ronduit weezinwekkend. Echter, niemand neemt kennis van het gedrag. Bovendien bewaren Mark en Julie zelf zeer goede herinneringen aan de avond. Toch blijven veel proefpersonen van mening dat deze gedraging 'simpelweg niet kan'.²⁰

Moreel oordelen

Jonathan Haidt zoekt de oplossing voor deze casus in de totstandkoming van morele oordelen in het brein. In zijn artikel *The emotional dog and its rational tail* maakt hij onderscheid tussen *moral reasoning* en *moral intuitions*. Onder moreel redeneren verstaat Haidt het proces van 'bewust mentaal redeneren om te komen tot morele oordelen'. Onder morele intuïties verstaat hij de 'sterk emotioneel gedetermineerde overtuigingen over goed en fout, die automatisch en zonder bewuste afweging invloed hebben op het morele oordeel'.²¹ Haidt concludeert dat mensen hun oordelen over goed en kwaad voornamelijk baseren op morele intuïties. Deze intuïties drijven mensen in bovenstaand voorbeeld tot de keuze 'dat het gedrag gewoon niet kan'.²²

¹⁹ Ditto, Pizarro & Tannenbaum 2009, p. 332 en Cushman, Young & Greene 2010, p. 47.

²⁰ Haidt 2001, p. 814.

²¹ Haidt 2001, p. 817-818.

²² Haidt 2001, p. 814.

Moreel redeneren speelt volgens Haidt een veel kleinere rol.²³ Haidt ziet moreel redeneren voornamelijk als dienstbaar aan de morele intuïties (het intuïtieve systeem). De reflectieve processen 'zoeken' naar een onderbouwing voor de intuïtieve keuze. Deze onderbouwing is echter niet altijd logisch: de bewuste redenering vormt vaak een rechtvaardiging achteraf van de intuïtieve voorkeur.²⁴ Hij ziet het reflectieve systeem dan ook meer als een *lawyer defending a client* dan als een *scientist seeking the truth*.²⁵ Haidt noemt zijn visie het *Social Intuitionist Model* (SIM). Het primaat ligt bij de grotendeels onbewuste, intuïtieve en automatische processen in het brein. Deze stelling wordt, aldus vergelijkend onderzoek, onderschreven door de meeste gedragswetenschappers.²⁶

Het onderscheid tussen morele intuïties en moreel redeneren sluit aan bij het besproken onderscheid tussen de twee systemen in het brein (Kahneman). *Systeem 1* is automatisch, intuïtief en ongecontroleerd, *systeem 2* is reflectief, langzaam en bewust. Aldus Haidt sluiten de morele intuïties aan bij de processen van systeem 1 en valt moreel redeneren onder de processen van systeem 2.²⁷ Naar de exacte verhouding tussen beide systemen wordt veel onderzoek gedaan. Onderzocht wordt onder meer hoe snel eerste intuïtieve reacties van mensen ontstaan en in hoeverre mensen in staat zijn om van de intuïtieve reactie af te wijken.²⁸

Causale verklaring

De stelling dat morele oordeelsvorming primair tot stand komt op basis van intuïtieve en automatische processen, wordt ondersteund door veel empirisch onderzoek.²⁹ Dit onderzoek vat Haidt samen in het artikel '*Morality*'. Zo toont onderzoek dat het menselijk brein altijd zeer snel en automatisch alles evalueert wat wordt waargenomen. Dit doet het brein ook met betrekking tot morele casus. Voorts laat onderzoek (van o.a. neurowetenschapper Damasio) zien, dat bij morele oordeelsvorming hersengebieden zijn betrokken die verbonden zijn met emoties en sociale interactie. Dit zijn onder meer de ventromediale prefrontale cortex (vmPFC) en de amygdala. Indien deze hersengebieden zijn beschadigd, maken mensen 'afwijkende' morele keuzes (maar kennen ze wel de normen die gelden in de maatschappij). Dit sluit aan bij onderzoek naar 'psychopaten' (mensen met een zware anti-sociale gedragsstoornis). Psychopaten vertonen afwijkingen in verschillende hersendelen, maar de meest significante afwijkingen worden gevonden in de hersengebieden die zijn verbonden met emoties. Daarnaast toont onderzoek dat het manipuleren van emoties (door bijvoorbeeld voorafgaand aan het onderzoek een zeer aanstootgevende video te laten zien), leidt tot andere morele oordelen. Bovendien voorspelt de mate waarin mensen gevoelig zijn voor afkerige zaken (zoals een smerige keuken), de mate waarin mensen abortus, het homohuwelijk en homoseksualiteit afkeuren.³⁰ Dit onderzoek ondersteunt de stelling dat *moral intuitions* een zeer grote rol spelen in morele oordeelsvorming.

Het volgende onderzoek toont dat de rol van moreel redeneren in morele oordeelsvorming een stuk kleiner is. Mensen kunnen bijvoorbeeld hun morele oordelen niet altijd met logische argumenten onderbouwen: de casus van Mark en Julie is een voorbeeld. Als het morele oordeel door mensen wel wordt onderbouwd met behulp van logica, dan wordt deze logica vaak 'geleid' door emoties (ofwel door de directe, automatische emotionele respons die altijd aanwezig is). Een mooi voorbeeld is het vinden van argumenten voor een standpunt dat tegenovergesteld is aan jouw eigen standpunt (ten aanzien van bijvoorbeeld abortus, euthanasie of het martelen van staatsvijanden). Logische argumenten zijn zeker aanwezig, toch vinden mensen het vaak moeilijk - en soms zelfs pijnlijk - om deze te vinden.³¹

²³ Haidt 2001, p. 819.

²⁴ Haidt 2010, p. 807.

²⁵ Haidt 2001, p. 820-821.

²⁶ Ditto, Pizarro & Tannenbaum 2009, p. 332.

²⁷ Haidt 2001, p. 818.

²⁸ Haidt 2010, p. 808.

²⁹ Paxton, Ungar & Greene 2012, p. 164.

³⁰ Haidt 2010, p. 802-808.

³¹ Haidt 2010, p. 805-806.

Functionele verklaring

De vraag is waarom de onbewuste, intuïtieve processen een grote rol spelen in morele oordeelsvorming. Dit is een vraag naar de *functie* van het gedrag en vereist een functionele verklaring (ter onderscheiding van causale verklaringen). Het antwoord op deze vraag wordt gevonden in de evolutionaire ontwikkeling van het menselijk brein.³²

Geschetst is dat het proces van natuurlijke selectie grotendeels de *building blocks* heeft vormgegeven van moraliteit. Dit zijn onder meer empathie, wederkerigheid, afkeer, schuldgevoel en loyaliteit. Deze *building blocks* zijn vormgegeven in relatie tot de omgeving waarin de mens de afgelopen miljoenen jaren heeft geleefd. De *sociale* evolutionaire ontwikkeling van de mens speelt een grote rol (§4.2.2).³³ De mens heeft miljoenen jaren geleefd in middelgrote groepen, als jagers-verzamelaars in de natuur. De basale morele intuïties zijn dan ook, naar alle waarschijnlijkheid, ontstaan in reactie op de vereisten die het leven in groepen met zich meebracht. Empathie, wederkerigheid en afkeer zijn zodoende evolutionaire adaptaties, die zorgen dat mensen effectief functioneren in sociale omstandigheden.³⁴

Dit verklaart nog niet het onbewuste en automatische aspect van de morele intuïties. Hiertoe is een vergelijking met het menselijke hongergevoel nuttig. Natuurlijke selectie heeft mensen niet voorzien van een reflectief vermogen om af te wegen of hij honger heeft. Mensen 'beredeneren' niet dat ze honger hebben: mensen zijn voorzien van een instinctief en automatisch gevoel van honger. Op deze wijze zijn naar alle waarschijnlijkheid ook de bouwstenen vormgegeven die voorzien in een onbewuste en automatische reactie ten aanzien van morele zaken: die een gevaar zijn voor de overleving en voortplanting van het individu (of de groep). De natuur laat mensen niet wikken en wegen of een meisje dat wordt overvallen moet worden geholpen: mensen zijn voorzien van een automatische en intuïtieve respons die hen in de juiste richting dirigeert (onder de juiste omstandigheden). De natuur heeft waarschijnlijk voor dergelijke onbewuste en intuïtieve reacties 'gekozen', omdat ze zeer efficiënt zijn. De meeste sociale organismen zijn dan ook, door het mechanisme van natuurlijke selectie, op een dergelijke wijze geconstrueerd.³⁵

Conclusie

De conclusie is dat het intuïtieve systeem het primaat heeft in de totstandkoming van morele oordelen.³⁶ De rol van bewuste processen in morele oordeelsvorming is minder groot dan wordt verondersteld: morele oordelen komen voornamelijk tot stand op basis van onbewuste en emotionele processen in het brein. Naar de exacte relatie tussen het intuïtieve systeem en het reflectieve systeem wordt veel onderzoek gedaan. De vraag is wat de gevolgen zijn van deze inzichten. In hoofdstuk vier is geschetst dat de interactie tussen de twee systemen in het brein kan leiden tot vertekeningen. Dit zijn de *heuristics en biases* van Kahneman. De vraag is of de combinatie van reflectieve en intuïtieve processen ook in morele keuzes leidt tot vertekeningen. De volgende paragraaf beantwoordt deze vraag.

³² Haidt 2010, p. 809.

³³ Buskes 2006, p. 120-125, Tiemeijer 2011, p. 73-75, Trivers 1971, p. 35 en Nowak 2006, p. 1560.

³⁴ Greene 2008, p. 59-60 en Haidt 2010, p. 808-809 en 815.

³⁵ Greene 2008, p. 59-60.

³⁶ Haidt 2010, p. 807.

2. Het feilbare morele brein - Joshua Greene

Geconcludeerd is dat morele oordelen grotendeels tot stand komen op basis van onbewuste processen in het menselijk brein. Reflectieve processen spelen ook een rol, maar in mindere mate. Het werk van Joshua D. Greene (neurowetenschapper en filosoof aan Harvard) toont de impact van deze inzichten: de verhouding tussen intuïtieve en reflectieve processen zorgt voor vertekeningen in morele keuzes. Het morele denken blijkt feilbaar. Dit wordt toege-licht in deze paragraaf, aan de hand van een aantal concrete morele casus. De eerste casus is de volgende:

Stel u het volgende scenario voor. Een onbestuurbare trein staat op het punt vijf mensen aan te rijden en te doden. U kunt de vijf mensen redden door een schakelaar over te halen die de trein op een zijspoor doet belanden. Op dit zijspoor zal de trein echter een persoon aanrijden en doden.

De vraag aan u is of het moreel juist is om de schakelaar over te halen. De meeste mensen antwoorden in dit scenario (het trolleydilemma) dat het juist is om de schakelaar over te halen: het leven van de vijf mensen gaat boven het leven van een mens.³⁷ Stel u nu het volgende scenario voor:

Wederom dreigt een onbestuurbare trein vijf personen aan te rijden en te doden. Ditmaal staat u niet bij een schakelaar, maar op een voetgangersbrug. Deze brug loopt over het spoor, tussen de naderende trein en de vijf personen op de spoorlijn. Naast u staat een hele zware, grote man. De enige manier om de vijf mensen te redden is door deze grote man van de brug te duwen in de loop van de trein. Hierdoor stopt de trein, maar wordt de zware man gedood.

De vraag is nu: is het moreel juist is om deze man van de voetgangersbrug te duwen? Om uw reactie voor te zijn: u bent zelf niet zwaar genoeg om de tram te stoppen, u kunt niet naar de vijf mensen schreeuwen om hen te waarschuwen, u kent de zware man niet en u zal perfect mikken waardoor de trein zal stoppen. In dit scenario (het voetbrugdilemma) kiezen mensen *niet* voor het leven van de vijf mensen: de meeste mensen oordelen dat het moreel onjuist is om de zware man van de brug te duwen. Dit is een opmerkelijk vaststelling. In beide gevallen is de keuze dezelfde: vijf levens ten koste van een leven. De vraag is waarom mensen in beide casus toch verschillend oordelen.

Veel mensen rechtvaardigen het verschil in hun oordeel door te stellen dat de situaties niet gelijk zijn: in het voetbrugdilemma vereist bijvoorbeeld het duwen van de man een 'actieve' handeling, die jouw verantwoordelijk maakt. Echter, het omzetten van de schakelaar in het trolleydilemma is eveneens een 'actieve' handeling. Dit argument houdt geen stand. Veel van dergelijke rechtvaardigingen zijn te verzinnen, echter allen zijn weerlegbaar.³⁸

Morele oordelen zijn feilbaar

Deze casus tonen dat morele oordelen niet consistent zijn. Geen logische rechtvaardiging is te verzinnen die het verschil in de oordelen verklaart. De vraag is hoe dit komt: waarom verkiezen mensen in het ene geval vijf levens boven een leven, en in het andere geval niet? Joshua Greene stelt dat dit komt door de manier waarop morele oordelen tot stand komen in het brein. Voordat specifiek wordt ingegaan op het geschetste treindilemma, volgt eerst een bespreking van Greenes theorie.³⁹

Theorie Joshua Greene

Greene vindt de verklaring voor de morele inconsistenties in de totstandkoming van het morele denken zelf.⁴⁰ Hij stelt dat de interactie tussen de twee systemen in het brein in bepaalde gevallen leidt tot problemen. Ter verheldering van

³⁷ Greene et al. 2001, p. 2105.

³⁸ Greene et al. 2001, p. 2106.

³⁹ Greene beschrijft zijn theorie in verschillende reeds gepubliceerde artikelen (Greene 2003, Greene 2008 en Greene 2010). Het meest duidelijk beschrijft hij zijn theorie in een te publiceren artikel: Greene 2013. Dit wordt eind 2013 gepubliceerd.

⁴⁰ Greene 2013, p. 1 en Cushman, Young & Greene 2010, p. 50. Zie ook: Greene 2013 (2).

zijn theorie start Greene met de metafoor van een digitale camera.

De meeste digitale camera's hebben twee modi: een automatische modus en een handmatige modus. De automatische modus kent verschillende standen: een nachtstand voor donkere ruimtes, een sportstand voor bewegende objecten en een landschapsmodus voor een weide omgeving. Deze automatische modus maakt het relatief simpel om goede foto's te maken in veelvoorkomende, lastige situaties. Dit is zeer efficiënt: het is *point-and-shoot*. De handmatige modus daarentegen is veel flexibeler. Met deze modus is in principe alles mogelijk: je kunt nieuwe problemen oplossen en nieuwe situaties creëren. Dit maakt haar minder efficiënt: ze moet geheel zelf worden ingesteld, wat veel energie kost.⁴¹ Geschetst is dat het menselijk brein grofweg op dezelfde wijze werkt. Kahneman spreekt van het snelle, intuïtieve denken en het langzame, reflectieve denken.⁴²

Het *morele* brein werkt eveneens op deze wijze. Mensen hebben een automatische modus: dit is het intuïtieve systeem in het brein. Dit zorgt dat mensen adequaat reageren op veelvoorkomende morele situaties: het is *point-and-shoot morality*. Ook hebben mensen een handmatige modus: het reflectieve systeem. Dit maakt dat mensen kunnen reageren op meer bijzondere, minder voorkomende morele situaties. Dit is Greenes *dual-process theory of moral judgment* (verder: *dual-process theory*).⁴³

Volgens Greene verklaart dit duale model de feilbaarheid in veel morele casus: de interactie tussen de twee systemen leidt tot vertekeningen. Om deze vertekeningen te tonen heeft Greene hersenonderzoek gedaan naar morele dilemma's. Hij verbindt de twee processen in het brein aan verschillende typen morele oordelen van mensen. Greene onderscheidt twee typen morele oordelen. Enerzijds de consequentialistische (utilitaristische) oordelen: deze zijn *enkel* gericht op het gevolg van een bepaalde gedraging. De gedraging met bijvoorbeeld de beste algehele consequenties prevaleert. Een voorbeeld is: 'het duwen van de man is goed, want het duwen redt de levens van vijf anderen'.

Anderzijds onderscheidt Greene niet-consequentialistische oordelen (o.a. deontologische en deugdethische oordelen). Dergelijke morele oordelen zijn *niet enkel* gericht op de gevolgen van gedrag, maar ook op andere overwegingen. Een voorbeeld is: 'het duwen van de man is fout, want het vermoorden van mensen druist in tegen het absolute recht op leven'. Op basis van dit hersenonderzoek komt Greene tot de belangrijkste conclusie in zijn theorie: *The central tension principle*. Die is als volgt:

*'Specifiek deontologische (en andere niet-consequentialistische) oordelen van mensen worden ondersteund door automatische en intuïtieve processen in het brein, terwijl specifiek utilitaristische (consequentialistische) oordelen van mensen worden ondersteund door bewuste en reflectieve processen in het brein.'*⁴⁴

Greenes onderzoek toont dus dat deontologische oordelen van mensen domineren ('het duwen is fout!'), indien bepaald gedrag een sterke emotionele respons oproept in het intuïtieve systeem. Deze emotionele respons is zichtbaar in de ventromediale prefrontale cortex (vmPFC) en in andere hersengebieden die worden geassocieerd met emoties en sociale cognitie (zoals de posterior cingulate cortex en de amygdala).⁴⁵ Indien mensen utilitaristische antwoorden geven (zoals 'het duwen van de man redt de levens van vijf anderen'), is verhoogde activiteit waarneembaar in de

⁴¹ Greene 2013, p. 2-5 en Greene 2010, p. 2.

⁴² Kahneman 2011, p. 28.

⁴³ Greene 2013, p. 5 en Cushman, Young & Greene 2010, p. 50.

⁴⁴ Greene 2013, p. 6.

⁴⁵ Greene 2009, p. 105-106 & Gazzaniga 2009, p. 628 en 631.

dorsolaterale prefrontale cortex (DLPFC) en in de bilaterale pariëtele delen van het brein. Deze gebieden wordt geassocieerd met reflectieve processen, zoals 'cognitieve controle' en het onthouden van telefoonnummers.⁴⁶

Greenes onderzoek toont dus dat de emotionele respons ten aanzien van bepaald gedrag van groot belang is. De respons die een morele casus oproept, is bepalend voor de vraag welk systeem in de hersenen (ofwel welke morele oordeel) prevaleert. Dit maakt de specifieke omstandigheden in een casus zeer relevant: een drietal mogelijkheden bestaat. De meeste morele casus wekken een directe en krachtige emotionele reactie op: moord, verkrachting en diefstal zijn voorbeelden. In deze casus domineert het intuïtieve systeem (en domineren deontologische oordelen). Ze roepen een sterke emotionele afkeer op, waardoor mensen de gedraging verwerpelijk vinden ('moord is fout!').

In andere morele casus spelen beide systemen een prominente rol: sprake is zowel van een emotionele respons als van reflectieve overwegingen. Dit zijn vaak meer complexe casus, zoals het geschetste trein- en brugdilemma. In deze gevallen 'conflicteren' het intuïtieve en reflectieve systeem (zie onder). Tot slot is mogelijk dat het intuïtieve systeem in zijn geheel geen rol speelt. Een voorbeeld is het bieden van hulp aan stervende mensen in landen aan de andere kant van de wereld. De emotionele respons is in deze casus laag: moreel oordelen enkel op basis van het reflectieve systeem is lastig.⁴⁷ In onderstaande paragrafen wordt Greene theorie toegelicht aan de hand van verschillende voorbeelden.

Het schakelaar- en voetbrugdilemma

Greenes belangrijkste conclusie is dat de *mate* waarin het intuïtieve systeem domineert, afhankelijk is van de emotionele respons die wordt opgewekt door de specifieke morele casus. Met deze conclusie geeft Greene exact het verschil tussen de oordelen in het trein- en voetbrugdilemma. In beide dilemma's spelen zowel het intuïtieve als het reflectieve systeem een rol. Dit leidt in beide dilemma's tot een conflict: enerzijds reageert het intuïtieve systeem ('je vermoordt iemand!'), anderzijds reageert het reflectieve systeem ('je redt de levens van vijf anderen'). Echter, het verschil tussen beide dilemma's vindt Greene in de *mate* waarin het intuïtieve systeem, ofwel de emotionele respons, een rol speelt.

In het voetbrugdilemma spelen de intuïtieve processen een zeer grote rol: de gedraging in dit dilemma (het duwen van de man) is emotioneel zwaarder dan de gedraging in het trolleydilemma (het omzetten van de schakelaar). Hersenonderzoek ondersteunt deze conclusie. Het voetbrugdilemma wekt *verhoogde* activiteit op in de ventromediale prefrontale cortex (vmPFC) en andere hersengebieden die worden geassocieerd met emoties en sociale interactie.⁴⁸ Door deze krachtige emotionele respons is het reflectieve systeem ('vijf levens gaan voor een leven') minder goed in staat om het intuïtieve systeem te corrigeren. Dit maakt dat het morele oordeel bij de meeste mensen is gebaseerd op het intuïtieve systeem: 'duw de man niet van de brug!'.⁴⁹

In het trolleydilemma het intuïtieve systeem een minder grote rol: het omzetten van de schakelaar is emotioneel minder zwaar. Het dilemma triggert *niet* de verhoogde activiteit in de emotionele delen van de hersenen. Dit dilemma wekt verhoogde activiteit op in de dorsolaterale prefrontale cortex: een reflectief deel van het brein. Dit toont volgens Greene dat het reflectieve systeem in dit dilemma 'sterk genoeg is' om het intuïtieve systeem te corrigeren. Het morele oordeel is daarom (bij de meeste mensen) gebaseerd op de reflectieve processen in het brein: 'duw de man wel van de brug, want vijf levens gaan voor een leven'.⁴⁹

⁴⁶ Greene et al. 2004, p. 389, Greene 2009, p. 104 en 107 & Gazzaniga 2009, p. 628 en 631.

⁴⁷ Haidt 2001, p. 814 en 819.

⁴⁸ Greene et al. 2001, p. 2107 en Gazzaniga 2009, p. 628 en 631.

⁴⁹ Greene 2009, p. 106-107.

Emotionele respons: point-and-shoot morality

Greene vindt het verschil tussen de oordelen in deze dilemma's dus in de emotionele respons die de gedraging oproept. Het voetbrugdilemma activeert een sterkere emotionele reactie dan het treindilemma. Oordelen in het voetbrugdilemma zijn dus overwegend niet-consequentialistisch, want gebaseerd op het intuïtieve systeem. De vraag is welke gedragingen leiden tot een verhoogde emotionele respons. Greene vindt in zijn hersenonderzoek een patroon. Hij onderscheidt twee typen dilemma's:

1. Persoonlijke casus.

In persoonlijke casus is de wijze waarop de schade of het leed wordt veroorzaakt, ofwel de schade zelf, op een of andere manier persoonlijker is dan de schade in andere casus. Vaak vindt de gedraging plaats op een directe en persoonlijke wijze. De ratio achter dit criterium is gebaseerd op de evolutietheorie.⁵⁰ Het voetbrugdilemma (waarin wordt gevraagd om een man van de brug te duwen) is een voorbeeld. Ook moord en verkrachting zijn voorbeelden.

2. Niet-persoonlijke casus.

In niet-persoonlijke casus is de wijze waarop de schade of het leed wordt berokkend, ofwel de schade zelf, niet zozeer persoonlijk. De gedraging vindt doorgaans plaats op een niet-persoonlijke en indirecte wijze. Een voorbeeld is het treindilemma (waarin wordt gevraagd de schakelaar over te halen). Een ander voorbeeld is hongersnood van mensen in arme landen, of abstracte economische criminaliteit.⁵¹

De persoonlijke dilemma's roepen een krachtige en directe emotionele respons op. Deze respons is als een alarmbel. Ze is ontworpen om een krachtig statement te maken over het gedrag en is zeer moeilijk te negeren. Het reflectieve systeem is in persoonlijke casus (doorgaans) minder goed in staat is om het intuïtieve systeem te corrigeren.⁵² Deze casus leiden dus vaker tot een niet-consequentialistische oordeel ('duw de man niet van de brug!'). Het is *point-and-shoot morality*. De gedragingen in niet-persoonlijke dilemma's triggeren niet deze krachtige emotionele respons. Het reflectieve systeem is in niet-persoonlijke casus (gemiddeld gezien) vaker in staat is om het intuïtieve systeem te corrigeren. Doordat het reflectieve systeem vaker corrigeert, domineren in deze casus consequentialistische oordelen.

Het hiker- en hulporganisatiedilemma

Een voorbeeld van een ander dilemma is de casus:

Stel u voor dat u op een landweg rijdt. Plotseling hoort u een roep om hulp vanuit de berm langs de kant van de weg. U stopt en treft een man aan wiens benen onder het bloed zitten. De man vertelt u dat hij een ongeluk heeft gehad tijdens het hiken en vraagt u hem mee te nemen naar het dichtstbijzijnde ziekenhuis. Echter, als u deze man een lift geeft zal zijn bloed uw lederen bekleding - ter waarde van tweehonderd dollar - ruïneren.

De vraag aan u is of het juist is om deze man langs de kant van de weg te laten liggen, om uw bekleding te beschermen. De meeste mensen antwoorden dat het moreel fout is om deze man te verlaten, ter bescherming van de eigen autostoelen.⁵³ Stel u nu het volgende scenario voor:

⁵⁰ Greene 2009, p. 110-111. Persoonlijke dilemma's zien op gedragingen die prominenter aanwezig waren in de loop van de menselijke evolutie. Mensen zijn geëvolueerd in een omgeving waarin geweld en bedreiging altijd op een directe en persoonlijke wijze plaatsvonden. Vormen van 'persoonlijk' geweld roepen dus een sterkere emotionele respons op, dan niet-persoonlijke vormen van geweld. De ratio achter dit onderscheid wordt door Greene nog onderzocht.

⁵¹ Greene 2003, p. 848, Greene 2008, p. 43 en Gazzaniga 2009, p. 631.

⁵² Cushman, Young & Greene 2010, p. 62-63.

⁵³ Greene 2003, p. 848.

Op een dag bent u thuis terwijl de post wordt bezorgd. U ontvangt een brief van een gerenommeerde internationale hulporganisatie. In deze brief wordt u gevraagd om een donatie te doen van tweehonderd dollar aan deze organisatie. Uitgelegd wordt dat deze donatie van tweehonderd dollar het mogelijk maakt om de benodigde medische hulp te bieden aan verschillende arme mensen in een ander deel van de wereld.

De vraag is nu: is het juist om geen donatie te geven aan deze organisatie, zodat u geld kunt besparen? De meeste mensen stellen dat het in dit geval niet fout is om af te zien van een donatie.⁵⁴ Wederom is dit een opmerkelijke bevinding: in beide casus wordt u de mogelijkheid geboden om iemand medische hulp te verlenen, tegen een relatief bescheiden bijdrage. Toch is het weigeren van deze hulp in het eerste geval *not done*, terwijl de weigering in het tweede geval gebruikelijk is. Ongetwijfeld bestaan ten aanzien van deze casus wederom rechtvaardigingen, die stellen dat de scenario's op een of andere wijze verschillend zijn. Mensen opperen bijvoorbeeld dat in het eerste geval de autobestuurder de enige is die kan helpen, terwijl in het tweede geval iedereen de arme mensen aan de andere kant van de wereld kan helpen. Dat is een goed argument. Echter, stel nu dat u niet de enige autobestuurder bent die stopt langs de kant van de weg. Tegelijkertijd stoppen ook drie andere bestuurders, die allemaal zuinig zijn op hun bekleding. Is het in dit geval juist voor u om door te rijden? Op deze wijze kan lang door worden geredeneerd. De conclusie blijft hetzelfde: niet is een strikt logische rechtvaardiging te bedenken die het verschil tussen de morele oordelen verklaart.⁵⁵

Greene vindt de verklaring voor deze inconsistentie wederom in de kracht van de emotionele respons.⁵⁶ Het eerste dilemma (*the hiker*) wekt verhoogde activiteit op in de ventromediale prefrontale cortex en andere hersengebieden die worden geassocieerd met emoties.⁵⁷ Dat is verklaarbaar. De gedraging is emotioneel zwaar: de bebloede man ligt voor uw voeten en vraagt om hulp. De krachtige emotionele respons is als een alarmbel en leidt tot een direct moreel oordeel: 'help deze man!'. Het is wederom *point-and-shoot morality*. Het hulporganisatiedilemma triggert niet deze verhoogde activiteit in de emotionele hersengebieden. Deze casus is emotioneel minder zwaar: de arme mensen wonen ver weg en u krijgt hen niet te zien. Geen sprake van een krachtige emotionele respons die zegt: 'help deze mensen!'. Hulp bieden enkel op basis van het reflectieve systeem is mogelijk, maar kost veel moeite. Zoals geschetst speelt het reflectieve systeem als zelfstandig systeem een kleine rol in morele oordelen: het intuïtieve systeem heeft het primaat.⁵⁸

Het dilemma van de huilende baby

Greenes verklaring voor de inconsistenties is hiermee gegeven. Persoonlijke dilemma's wekken een sterke emotionele respons op, waardoor mensen vaker oordelen op basis van het intuïtieve systeem. Het oordeel is in deze gevallen niet per definitie gericht op de gevolgen van het gedrag. Niet-persoonlijke dilemma's roepen een minder krachtige emotie op: het reflectieve systeem is in staat tot correctie. Echter, volgens Greene bestaan ook nog complexere dilemma's. Dit zijn persoonlijke dilemma's die naast een krachtige intuïtieve reactie, ook een zeer sterke reflectieve reactie oproepen. Het conflict tussen beide systemen in het brein is in deze dilemma's gelijkwaardiger. Een voorbeeld:

Stel u het volgende scenario voor. Het is oorlogstijd. U en uw dorpsgenoten verschuilen zich voor nabije vijandige soldaten in een kelder. Uw baby begint te huilen, en u bedekt zijn mond om het geluid tegen te houden. Als u uw hand weghaalt, zal uw baby zo hard huilen dat de soldaten het horen. De soldaten zullen u, uw baby en de anderen vinden en iedereen doden. Als u uw hand niet weghaalt, zal uw baby stikken.

⁵⁴ Greene 2003, p. 848.

⁵⁵ Greene 2003, p. 848 en Greene 2009, p. 109-110.

⁵⁶ Greene 2003, p. 848.

⁵⁷ Greene et al. 2001, p. 2105.

⁵⁸ Haidt 2001, p. 814 en Haidt 2010, p. 807

De vraag is de als volgt: is het juist om uw baby te doden, om de andere dorpsgenoten en uzelf te redden? Dit dilemma is lastiger dan voorgaande dilemma's. Het is een casus met een sterke negatieve emotionele respons (u moet uw eigen kind vermoorden), maar zodanig geconstrueerd dat het positieve gevolg van de gedraging (de utilitaristische gedachte) eveneens krachtig is. In het voetbrugdilemma is de ratio 1 dode tegen 5 doden: in deze casus is de ratio dat *iedereen* dood gaat, inclusief uzelf en de baby, tegen enkel uw baby. Aldus Greene leidt deze casus tot een hevig conflict tussen het intuïtieve en reflectieve systeem. Dit is zichtbaar in de cortex cingularis anterior, het deel dat wordt geactiveerd indien het brein 'twee zaken tegelijk' probeert te doen.⁵⁹

Het gevolg is dat mensen een stuk langer over hun keuze moeten nadenken. Bovendien is in minder complexe casus duidelijk dat een van beide systemen domineert. In complexe casus beslissen mensen niet overwegend op basis van het intuïtieve of reflectieve systeem: het verschil tussen de reacties is minder groot. Het uiteindelijke oordeel in bovenstaande casus is ongeveer gelijk verdeeld tussen niet-consequentialistische (doodt de baby niet) en consequentialistische oordelen (de andere levens gaan voor).⁶⁰ Ook toont Greenes hersenonderzoek dat mensen die utilitaristische (consequentialistische) antwoorden geven in dergelijke complexe dilemma's, verhoogde activiteit vertonen in de dorsolaterale prefrontale cortex. Dit bevestigt dat utilitaristische oordelen verbonden zijn aan de activiteit in dit hersengebied.⁶¹

Greene noemt deze casus *high-conflict personal dilemmas*: ze leiden tot een hevig conflict tussen het intuïtieve en reflectieve systeem. In deze dilemma's domineert niet een van beide systemen. Het morele oordeel is niet eenduidig: het is evenredig verdeeld tussen niet-consequentialistische oordelen (op basis van het intuïtieve systeem) en consequentialistische oordelen (op basis van het reflectieve systeem).⁶² Het dilemma van de huilende baby en het voetbrugdilemma (het duwen van de man) zijn voorbeelden. Andere persoonlijke dilemma's, de *low conflict personal dilemmas*, veroorzaken niet een zeer hevig conflict. Geen sprake is van sterke reflectieve overwegingen: de intuïtieve respons domineert. Een voorbeeld is het hikerdilemma.⁶³

Causale verklaring van de feilbaarheid

Deze paragraaf toont dat menselijke morele oordelen niet altijd consistent zijn: het morele brein is feilbaar. Ten aanzien van vrijwel dezelfde casus geven mensen verschillende morele oordelen. Mensen vinden het juist om een persoon te doden en vijf levens te redden door een schakelaar over te halen, maar onjuist om dit te bereiken door iemand van de brug te duwen. Aldus Greene worden deze inconsistenties veroorzaakt door de wijze waarop menselijke morele oordelen tot stand komen in het brein. Dit is Greenes *dual-process theory*, dat hij baseert op zowel zijn eigen hersenonderzoek als op hersenonderzoek van anderen.⁶⁴

Greenes hersenonderzoek is reeds besproken. Het toont dat het intuïtieve systeem mensen drijft richting niet-consequentialistische oordelen en dat het reflectieve systeem mensen drijft richting consequentialistische oordelen. Sommige gedragingen activeren een krachtige emotionele respons, wat leidt tot oordelen op basis van het intuïtieve systeem. De emotionele respons is zichtbaar in de ventromediale prefrontale cortex en in andere emotionele hersengebieden (zoals de cortex singularis posterior en de amygdala).⁶⁵ In sommige casus spelen beide systemen een rol: het intuïtieve en reflectieve systeem 'conflicteren' (bijv. de casus van de huilende baby). Dit conflict is zichtbaar in de

⁵⁹ Greene 2009, p. 106.

⁶⁰ Greene 2009, p. 103 en 106.

⁶¹ Greene 2009, p. 107.

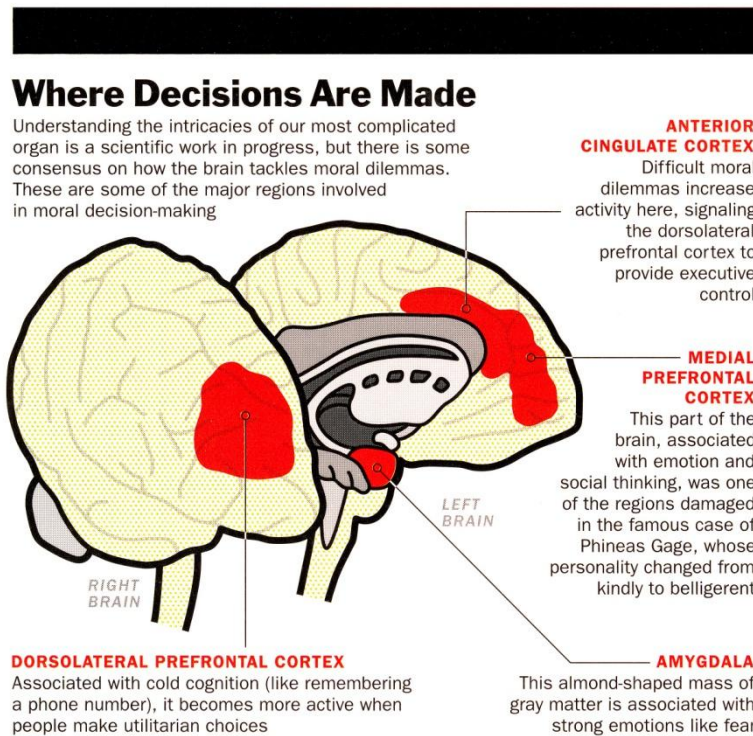
⁶² Greene 2009, p. 106-107.

⁶³ Greene et al. 2008, p. 1146-1147.

⁶⁴ Zie voor een uitgebreid overzicht van het bewijs voor Greenes duale model: Greene 2013, p. 8-17.

⁶⁵ Greene 2009, p. 105-106 & Gazzaniga 2009, p. 628 en 631.

cortex cingularis anterior.⁶⁶ Indien de emotionele respons minder krachtig is, is het reflectieve systeem in staat tot correctie. Dit is zichtbaar in de dorsolaterale prefrontale cortex (DLPFC) en in de bilaterale pariëtele delen van het brein. Deze gebieden worden geassocieerd met reflectieve processen, zoals 'cognitieve controle' en het onthouden van telefoonnummers.⁶⁷



Het meest krachtige bewijs voor Greenes *dual-process theory* komt van ander onderzoek.⁶⁸ Hersenonderzoek naar mensen met neurologische afwijkingen in het intuïtieve systeem toont dat deze patiënten 'anders' moreel oordelen. Patiënten met frontotemporale dementie (FTD) staan bijvoorbeeld bekend om hun emotionele afstomping. Hun reacties op het schakelaardilemma zijn gemiddeld. Echter, ze keuren veel vaker dan niet-patiënten het duwen van de man (in het voetbrugdilemma) goed. Niet gehinderd door een sterke emotionele respons vinden deze patiënten het vaker goed om de levens van vijf mensen te redden, door een man van de brug te duwen.⁶⁹ Hersenonderzoek naar patiënten met schade aan de ventromediale prefrontale cortex (vmPFC), toont hetzelfde patroon. De vmPFC is een gebied in de hersenen dat van belang is voor op emotie gebaseerde besluitvorming. Dit onderzoek toont dat mensen ongebruikelijke utilitaristische reacties geven op de beschreven, en andere, dilemma's.⁷⁰ In een van de onderzoeken kwam de utilitaristische respons ('duw de man van de voetbrug') zelfs vijfmaal vaker voor dan in de controlegroep.⁷¹

De causale verklaring (de dichtbij gelegen verklaring) voor de feilbaarheid van morele oordelen is hiermee gegeven: verschillende gebieden in de hersenen worden geactiveerd met betrekking tot verschillende typen gedrag. De emotionele respons is in dezen richtinggevend, wat kan leiden tot verschillende oordelen in nagenoeg dezelfde morele casus. De meer fundamentele vraag is echter: waarom werken de hersenen op deze manier?

⁶⁶ Greene 2009, p. 106. Afbeelding: TIME Magazine 2009, p. 88.

⁶⁷ Greene et al. 2004, p. 389, Greene 2009, p. 104 en 107 & Gazzaniga 2009, p. 628 en 631.

⁶⁸ Greene 2010, p. 4.

⁶⁹ Mendez et al. 2005, p. 193.

⁷⁰ Ciaramelli et al. 2007, p. 84 en Koenigs et al. 2007, p. 908.

⁷¹ Greene 2009, p. 108.

Functionele verklaring van de feilbaarheid

De vraag is waarom sommige gedragingen een sterkere emotionele reactie oproepen in de hersenen dan andere gedragingen. Voor de beantwoording van deze vraag is van belang hoe emotionele reacties van mensen worden gevormd. Dit wordt eerst geschetst. Nadien wordt beschreven hoe deze ontstaanswijze de morele inconsistenties verklaart.

Aldus Greene wordt het intuïtieve systeem (de emotionele reacties van mensen) op drie manieren gevormd.⁷² Dit zijn:

1. Evolutionaire ontwikkeling.
2. Culturele ontwikkeling.
3. Individuele ontwikkeling.

De evolutionaire ontwikkeling van het emotionele systeem geschiedt door genetische overdracht van informatie. Dit proces heeft de afgelopen miljoenen jaren plaatsgevonden. Het mechanisme van natuurlijke selectie 'selecteert' gedragskenmerken in relatie tot de omgeving van een individu. Dit betekent dat de morele bouwstenen in het menselijk brein een reflectie vormen van de omgeving waarin de mensen de afgelopen miljoenen jaren zijn geëvolueerd.⁷³ Een voorbeeld is de automatische (emotionele) schrikreactie van mensen. Als gevolg van de miljoenen jaren *ervaring* van de menselijke voorouders, bezitten mensen bijvoorbeeld een genetisch aanleg tot angst voor slangen.⁷⁴

De tweede manier waarop emoties worden vormgegeven is culturele ontwikkeling. De volgende vraag is illustratief: bent u wel eens in aanraking geweest met de Ku Klux Klan, of met de Nazi's? Waarschijnlijk niet. Toch zal u, wanneer u wordt geconfronteerd met een afbeelding van een swastika of van mannen in witte puntkostuums, een negatieve emotionele respons ervaren. Deze respons is niet puur evolutionair vormgegeven en is eveneens niet vormgegeven door individuele ontwikkeling: de meeste mensen zijn niet zelf met deze groepen in aanraking geweest. Deze respons is het gevolg van culturele ontwikkeling: mensen hebben de emotionele respons ontwikkeld via verhalen, afbeeldingen, beelden en andere uitingen. De derde wijze waarop emoties worden vormgegeven is door individuele ervaring. Dit vergt niet veel uitleg: het werkt ongeveer zoals een kind leert om een hete oven niet aan te raken.⁷⁵ Van belang is dat deze drie typen ontwikkelingen elkaar aanvullen: een evolutionair vormgegeven genetische aanleg wordt verder gevormd tijdens het culturele en individuele leven van een mens.

Evolutionaire, culturele en individuele ontwikkeling zijn dus drie manieren waarop het intuïtieve systeem *ervaring* opdoet met bepaalde vormen van gedrag. De vraag is waarom de hersenen feilbaar zijn met betrekking tot bepaalde moreel casus. Dit komt omdat ook gedragingen bestaan waarmee het intuïtieve systeem *geen ervaring* heeft. Een belangrijke oorzaak zijn de recente veranderingen in de omgeving van de mens. De omgeving waarin homo sapiens de afgelopen zeven miljoen jaar heeft geleefd, verschilt in grote mate van de huidige omgeving. De afgelopen zeven miljoen jaar hebben de mens en zijn voorgangers geleefd in middelgrote groepen, als jagers-verzamelaars in de natuur.⁷⁶ De huidige omgeving is sterk gewijzigd: als gevolg van de agrarische revolutie (13.000 jaar geleden), de industriële revolutie (100 jaar geleden) en de zeer recente technologische en biologische revolutie. Twee veranderingen zijn van belang: de toename van technologische mogelijkheden en de toename van intercultureel contact.⁷⁷

⁷² Greene 2013, p. 28. Zie ook: Greene 2010, p. 4.

⁷³ Greene 2003, p. 848-849.

⁷⁴ Greene 2013, p. 28.

⁷⁵ Greene 2013, p. 28 en Greene 2010, p. 4-5.

⁷⁶ Haidt 2010, p. 815-816.

⁷⁷ Greene 2013, p. 31. Zie ook: Greene 2010, p. 5.

Als gevolg van deze twee ontwikkelingen bestaan casus waarmee het intuïtieve systeem geen ervaring heeft. Greene noemt deze casus *unfamiliar problems*. Een voorbeeld is autorijden. Stel dat u voor de eerste keer wilt autorijden. Deze gedraging is niet aangeboren, ofwel evolutionair vormgegeven. U kunt ook niet leren autorijden door culturele ervaring: het kijken van films waarin auto's worden bestuurd is onvoldoende. Tevens is het niet mogelijk om enkel te vertrouwen op uw individuele ervaring: dat is exact wat u nog niet heeft. Oftewel: autorijden vereist gebruik van het reflectieve systeem.⁷⁸ Hetzelfde geldt voor sommige morele casus: als gevolg van de recente ontwikkelingen bestaan gedragingen waarmee het intuïtieve systeem (de menselijke emotionele respons) geen 'ervaring' heeft. Dit maakt dat sommige morele casus wel een sterke emotionele respons oproepen, en andere niet. Anders geformuleerd: morele intuïties bevatten vertekeningen.⁷⁹ Dit verklaart de inconsistenties in de beschreven morele dilemma's.

Schakelaar- en voetbrugdilemma

Het 'duwen' in het voetbrugdilemma roept een sterkere emotionele respons op dan het schakelaardilemma. Voorgaande verklaart waarom: het emotionele systeem heeft minder *ervaring* met het omzetten van een schakelaar, dan met het duwen van een man. Mensen zijn niet geëvolueerd in een omgeving waarin geweld en bedreiging op een mechanische en indirecte wijze waren op te lossen. Treinschakelaars die levens konden redden bestonden niet. Mensen zijn wel geëvolueerd in een omgeving waarin geweld en bedreiging altijd op een directe en vaak persoonlijke wijze plaatsvonden: het duwen van mensen kwam veel voor. Dit maakt het logisch dat het duwen van mensen een krachtiger emotie oproept, dan het omzetten van een treinschakelaar.⁸⁰

Hiker- en hulporganisatiedilemma

Deze redenering geldt ook voor het dilemma van de hiker en de hulporganisatie. Mensen zijn niet geëvolueerd in een omgeving, waarin ze in staat waren om de levens te redden van arme mensen aan de andere kant van de wereld. *Homo sapiens* kon geen bijdrage leveren in de vorm van een donatie, waardoor mensen aan de overzijde van de oceaan konden worden geholpen. Wel zijn mensen geëvolueerd in een omgeving waarin zij elkaar direct en persoonlijk konden helpen. Talloze situaties zijn denkbaar waarin *homo sapiens* direct en persoonlijk hulp konden bieden: bebloede mensen tijdens de jacht, gevechten met leden van onbekende groepen en onderlinge strijd in de groep. Natuurlijke selectie heeft het menselijk brein dus voorzien van morele intuïties, die worden geactiveerd door persoonlijke en directe vormen van gedrag. Dit droeg bij aan de fitness van het individu. Natuurlijke selectie kon niet voorzien dat ooit samenwerking zou ontstaan tussen mensen op grote afstand. Het is dan ook niet verwonderlijk dat menselijke emoties in mindere mate worden geactiveerd door hulpbehoevenden aan de andere kant van de wereld. Wel is het logisch dat emoties sterk worden geactiveerd indien u daadwerkelijk, in uw nabije omgeving, iemand hoort roepen om hulp.⁸¹

Conclusie

De conclusie is dat het morele denken feilbaar is. Deze feilbaarheid wordt veroorzaakt door de manier waarop morele oordelen tot stand komen in het brein. Twee centrale processen spelen een rol: enerzijds de intuïtieve processen, anderzijds de reflectieve processen. Onderzoek van Jonathan Haidt toont dat de intuïtieve processen het primaat hebben in morele oordeelsvorming, reflectieve processen spelen doorgaans een minder grote rol. Joshua Greene vindt de verklaring voor de feilbaarheid in de interactie tussen beide processen: sommige gedragingen roepen een krachtigere emotionele respons op dan andere gedragingen, wat leidt tot andere morele oordelen. Dit is zijn *dual-process theory of moral judgment*.

Hersenonderzoek van Greene toont dat de twee processen in het brein zijn verbonden met twee typen morele oordelen van mensen. Niet-consequentialistische (deontologische) oordelen worden grotendeels ondersteund door intuï-

⁷⁸ Greene 2013, p. 29-31. Zie ook: Greene 2010, p. 4-5 en Greene 2008, p. 69-70.

⁷⁹ Greene 2008, p. 69-70.

⁸⁰ Greene 2003, p. 848-849 & Greene 2009, p. 110-111.

⁸¹ Greene 2003, p. 848-849 & Greene 2009, p. 110-111.

tieve processen, consequentialistische (utilitaristische) antwoorden worden ondersteund door reflectieve processen in het brein. De specifieke morele casus waarover wordt geoordeeld is bepalend voor de vraag welk systeem in de hersenen - ofwel welke morele oordeel - prevaleert. De emotionele respons die de specifieke casus oproept, is daarin leidend. De meeste morele casus roepen een krachtige emotionele reactie op: dit zijn bekende casus zoals moord en verkrachting. In deze casus domineert het intuïtieve systeem, en domineren morele oordelen op basis van dit systeem ('moord is slecht!'). Het zijn persoonlijke casus, waarin niet-consequentialistische oordelen domineren ('het gedrag is gewoon fout!').

Echter, in andere casus spelen beide systemen een rol. Het intuïtieve en reflectieve systeem conflicteren, wat leidt tot een dilemma. De casus die zijn geschetst in deze paragraaf zijn voorbeelden. Sommige dilemma's zijn persoonlijk (het voetbrugdilemma), waardoor emoties en niet-consequentialistische oordelen overheersen. Andere dilemma's zijn minder persoonlijk (het schakelaardilemma): het reflectieve systeem in staat is het intuïtieve systeem te corrigeren en consequentialistische oordelen zijn dominant.⁸² Ook bestaan complexe dilemma's, zogenaamde *high-conflict personal dilemmas*. In deze dilemma's staat tegenover de sterke emotionele reactie een krachtige reflectieve overweging (tien mensen worden gered, als u uw baby doodt). In deze casus zijn morele oordelen van mensen minder eenduidig verdeeld. Tot slot is mogelijk dat het intuïtieve systeem een zeer kleine rol speelt in de casus (hulporganisatiedilemma). Morele oordeelsvorming enkel op basis van het reflectieve systeem is echter lastig, aangezien het primaat ligt bij het intuïtieve systeem.⁸³

De door Greene beschreven causale en functionele verklaringen beantwoorden de vraag hoe de inconsistenties in morele oordeelsvorming ontstaan. De causale verklaring wordt gevonden in Greenes hersenonderzoek. De functionele verklaring wordt gevonden in de ontwikkeling van de menselijke emoties (de morele intuïties). Morele intuïties worden gevormd door evolutionaire, culturele en individuele ontwikkeling. Deze ontwikkelingen maken dat het intuïtieve systeem 'ervaring' opdoet met bepaalde morele casus. Recente technologische en interculturele veranderingen in de omgeving van de mens maken dat gedragingen bestaan waarmee het intuïtieve systeem geen ervaring heeft. Het zijn *unfamiliar problems*. Het omzetten van een schakelaar (schakelaardilemma) en het helpen van mensen aan de andere kant van de wereld (hulporganisatiedilemma) zijn voorbeelden. Dergelijke gedragingen waren niet prominent aanwezig tijdens de menselijke evolutie, en activeren om deze reden een minder krachtige emotionele respons in het brein. Met betrekking tot *unfamiliar problems* is het intuïtieve systeem dus niet adequaat afgestemd. Dit verklaart de vertekeningen in morele oordelen en leidt tot de conclusie dat het morele denken feilbaar is.

⁸² Greene 2009, p. 105 en Greene 2003, p. 848.

⁸³ Greene 2003, p. 847-848 & Greene 2009, p. 105-107.

Samenvatting Joshua D. Greenes Dual-process theory of moral judgment

1. Het intuïtieve systeem (systeem 2) en het reflectieve systeem (systeem 1) spelen beiden een rol in de totstandkoming van morele oordelen. Het intuïtieve systeem heeft het primaat.
2. Reacties op basis van het intuïtieve systeem drijven mensen tot niet-consequentialistische oordelen. Die zijn niet enkel gebaseerd op de gevolgen van bepaald gedrag, maar ook op andere overwegingen. De intuïtieve reacties zijn emotioneel (dat wil zeggen opgebouwd uit of gedreven door emoties).
3. Het reflectieve systeem is soms in staat om het intuïtieve systeem te corrigeren. Het reflectieve systeem drijft mensen in deze gevallen tot consequentialistische oordelen. Die zijn louter gebaseerd op de gevolgen van bepaald gedrag).
4. De specifieke casus waarover wordt beslist, is bepalend voor de vraag welke systeem in het menselijk brein domineert. Van belang is de *mate* waarin de casus een emotionele reactie oproept.
5. Morele casus die zijn gekwalificeerd als 'persoonlijk' roepen een zeer sterke emotionele reactie op. De schade in dergelijke casus is, op een of andere manier, persoonlijker dan de schade in andere casus:
 - a. *Low-conflict* persoonlijke casus triggeren een zeer krachtige emotionele respons, maar roepen geen krachtige tegengestelde reflectieve reactie op. In deze gevallen domineert het intuïtieve systeem (het hikerdilemma).
 - b. *High-conflict* persoonlijke casus leiden tot een sterk conflict tussen het intuïtieve en reflectieve systeem in het brein. Enerzijds is sprake van een krachtige emotionele respons in het intuïtieve systeem: de gedraging is op een 'persoonlijke' wijze schadelijk. Anderzijds leiden deze casus tot een krachtige reflectieve reactie, omdat bepaalde gevolgen van de gedraging de schade compenseren (het voetbrugdilemma en het dilemma van de huilende baby).
 - c. *Niet-persoonlijke morele casus* zorgen in mindere mate of helemaal niet voor een emotionele respons. In geval wel sprake is van een emotionele respons, is het reflectieve systeem in staat om het intuïtieve systeem te corrigeren: een voorbeeld is het treindilemma. In geval geen sprake is van een emotionele respons, corrigeert het reflectieve systeem niet. Het is in dergelijke gevallen lastig om te komen tot een moreel oordeel enkel op basis van het reflectieve systeem (het hulporganisatiedilemma).
6. De emotionele reactie in het intuïtieve systeem is bepalend voor het uiteindelijke morele oordeel:
 - a. Het morele oordeel in *low-conflict personal dilemmas* is overwegend niet-consequentialistisch. De krachtige emotionele respons in het intuïtieve systeem domineert (hikerdilemma).
 - b. Het morele oordeel in *high-conflict personal dilemmas* is wisselend: het is meer evenredig verdeeld tussen niet-consequentialistische en consequentialistische oordelen. De krachtige emotionele respons in het intuïtieve systeem conflicteert met een krachtige reactie in het reflectieve systeem (voetbrug- en babydilemma)
 - c. Het morele oordeel in *niet-persoonlijke casus* is eveneens afhankelijk van de emotionele respons. Indien de emotionele respons laag is, is het reflectieve systeem in staat om het intuïtieve systeem te corrigeren (treindilemma). Indien de emotionele respons afwezig is, zal een (meer actief) moreel oordeel achterwege blijven (hulporganisatiedilemma).
7. De sterke emotionele respons in persoonlijke casus is verklaarbaar, omdat mensen meer evolutionaire, culturele en individuele 'ervaring' hebben met deze casus. De schade was bijvoorbeeld prominenter aanwezig in de loop van de menselijke evolutie.

5.3.3 Opmerkingen

Met betrekking tot Greenes theorie zijn enkele kritische opmerkingen te maken. Die worden in deze paragraaf besproken, verdeeld over twee categorieën.

Opmerkingen met betrekking tot de inhoud van Greenes theorie

Van belang is op te merken dat Greene theorie niet sluitend is. Dit wordt door hem benadrukt.⁸⁴ Zijn conclusies zijn goed onderbouwd, maar altijd bestaat ruimte voor andere interpretaties en verklaringen. Dit kan niet genoeg worden benadrukt, met het oog op de vele vooroordelen en misvattingen rondom een biologische en psychologische benadering van moraliteit. Greene en anderen doen veel onderzoek om de theorie aan te vullen. Een van de zaken waar onderzoek naar wordt gedaan is Greenes exacte criterium voor 'persoonlijke casus'.⁸⁵ Het criterium is niet volledig: Greene onderzoekt welke formulering beter past. Duidelijk is in ieder geval dat de specifieke gedraging (danwel de specifieke schade) op 'een of andere wijze' meer persoonlijk is en een krachtige emotionele reactie oproept.⁸⁶ Andere kritiek op de inhoud van Greenes theorie wordt besproken in het volgende hoofdstuk.

Opmerkingen met betrekking tot de totstandkoming van Greenes theorie

Een andere opmerking heeft betrekking op het hersenonderzoek in deze paragraaf: dit kent beperkingen. Deze beperkingen gelden overigens voor hersenonderzoek in het algemeen. Ten eerste wordt bij hersenonderzoek aangenomen dat bepaalde delen in de hersenen verantwoordelijk zijn voor bepaalde vormen van gedrag. Deze aanname wordt door veel neurowetenschappers ondersteund. Echter, deze opvatting is niet zwart-wit. Sommige delen van de hersenen worden niet enkel geassocieerd met één type gedrag, maar met meerdere typen gedrag (of andersom). Daarom wordt ook gesproken van systemen in het brein. In Greenes onderzoek worden bijvoorbeeld de vMPFC en de amygdala geassocieerd met emotie, maar deze regio's zijn ook verbonden met andere vormen van gedrag. Dit maakt dat activiteit in een bepaald hersendeel, niet altijd betekent dat deze activiteit te maken heeft met de functie die wordt onderzocht. Het herhalen van uitgevoerde onderzoeken biedt uitkomst: het zal meer zekerheid bieden over het gevonden effect.

Ten tweede bestaat de mogelijkheid dat de verhoogde activiteit die wordt geobserveerd tijdens het hersenonderzoek, een incidentele reactie is van de proefpersoon. Met betrekking tot Greenes onderzoek houdt dit in dat de gemeten activiteit in het brein een incidentele emotionele reactie kan voorstellen die niet is verbonden met het morele oordeel, maar met iets anders. Dit tweede bezwaar wordt volgens Greene weggelaten, omdat de reactietijd is gemeten van de deelnemers. Deze reactietijd dient langer te zijn indien mensen 'reflectief' antwoorden op complexe dilemma's. Dit werd door Greene gevonden.⁸⁷

Tot slot is van belang dat hersenonderzoek tegenwoordig geavanceerd is, maar niet zodanig geavanceerd dat exact bekend is wat zich tijdens de meting afspeelt in het brein. Gezegd wordt wel dat hersenonderzoek bestaat uit 1% data, en 99% statistiek. Om deze reden dienen de resultaten van dit onderzoek enigszins te worden gerelativeerd: dit geldt overigens altijd voor wetenschappelijk onderzoek. Dit betekent niet dat de conclusies van Greene onwaar danwel niet-wetenschappelijk zijn. De conclusies zijn waar, binnen de huidige grenzen van de wetenschap. Daar hoort, gezien het falsificatiecriterium van Karl Popper, altijd enige relativisering bij.⁸⁸ Toekomstige nieuwe technieken zullen uitwijzen in hoeverre tegenwoordig opgestelde theorieën over moreel gedrag van mensen, geldig zijn en blijven.

⁸⁴ Greene 2003, p. 850.

⁸⁵ Greene 2008, p. 111-112.

⁸⁶ Greene 2008, p. 108.

⁸⁷ Greene 2008, p. 109.

⁸⁸ Vergelijk het inductieprobleem en het kritisch rationalisme van Karl Popper, zie bijv. Buskes 2009, p. 244-245 & 260-261.

5.4 De impact van Joshua Greenes inzichten op hedendaagse morele casus

Voorgaande paragrafen tonen dat het morele denken van mensen feilbaar is. Volgens Joshua Greene is deze feilbaarheid het gevolg van de wijze waarop morele oordelen tot stand komen in het brein: dit is zijn *dual-process theory of moral judgment*. De vraag is wat de impact is van deze theorie. Deze impact kan volgens Greene op twee manieren worden weergegeven: direct en indirect.¹ Dit wordt in deze paragraaf toegelicht. Ook wordt geschetst wat de impact is van Greenes theorie op hedendaagse morele vraagstukken, zoals euthanasie, milieuproblematiek en ontwikkelingshulp.²

5.4.1 Morele implicaties: de directe route

Het duale model toont dat mensen zich, met betrekking tot moreel keuzegedrag, 'baseren' op twee processen in het brein: het intuïtieve en het reflectieve systeem. Greene spreekt (in navolging van Daniel Kahneman) van het snelle, automatische en intuïtieve denken en van het langzame, bewuste en reflectieve denken.³ De *mate* waarin het intuïtieve denken domineert is afhankelijk van de emotionele respons die de morele casus oproept. In de meeste morele casus domineert het intuïtieve systeem, zoals bij moord en verkrachting. In sommige casus is sprake van een conflict tussen beiden systemen. Met zijn duale model maakt Greene inzichtelijk op welke wijze morele oordelen van mensen tot stand komen. Eerst wordt de 'directe route' besproken waarop het duale model impact heeft op morele beslissingen van mensen.

Die is als volgt. De beschreven experimenten in dit hoofdstuk tonen dat bepaalde factoren invloed hebben op het intuïtieve systeem, en zodoende menselijke morele oordelen beïnvloeden. Deze informatie kan volgens Greene worden gecombineerd met op zichzelf staande normatieve antwoorden op de vraag voor welke factoren menselijke morele oordelen gevoelig *zouden moeten zijn*. Dit kan leiden tot nieuwe, meer fundamentele morele conclusies. Met andere woorden: wetenschap stelt mensen in staat om lastige '*ought-questions*' te vervangen door simpeler '*ought-questions*'.

Een voorbeeld. Stel dat het de vraag is of een jury (in de rechtspraak) goede, rechtvaardige beslissingen neemt. Dit is een normatieve vraag. Nu wordt aan deze vraag wetenschappelijke informatie toegevoegd: jury's blijken gevoelig voor etnische verschillen. Kan nu worden geconcludeerd dat jury's soms slechte beslissingen nemen? Nog niet: daarvoor is eerst een aanvullende normatieve presumptie vereist: jury's zouden niet gevoelig moeten zijn voor etnische verschillen. Als mensen bereid zijn om deze presumptie te aanvaarden, dan kan een meer fundamentele morele conclusie worden getrokken: jury's nemen soms slechte, onrechtvaardige beslissingen.⁴ Dit voorbeeld toont hoe kan worden gekomen tot wezenlijke normatieve conclusies, door wetenschappelijke feiten te combineren met 'simpeler' normatieve conclusies.

Een tweede voorbeeld: is incest altijd afkeurenswaardig? Dit is wederom een normatieve vraag, waarop de antwoorden uiteen lopen. Nu wordt ook aan deze vraag enige wetenschappelijke informatie toegevoegd: de neiging om incestueus gedrag af te keuren is gebaseerd op een emotionele respons, die als functie heeft om te voorkomen dat nakomelingen met genetische afwijkingen worden geboren.⁵ Wederom kan niet direct worden geconcludeerd dat incest afkeurenswaardig is. Hiervoor is een tweede stap vereist, dit is de 'simpele' normatieve vraag: zouden we moeten vertrouwen op dergelijke emotionele reacties, ook in situaties waarin geen specifiek gevaar bestaat voor genetische afwijkingen bij kinderen (zoals in geval van anticonceptie of sterilisatie)? Deze simpele normatieve vraag kunnen mensen zelf beantwoorden, en goed voorstelbaar is dat de vraag leidt tot een 'simpele' normatieve conclusie: als de enige basis voor het veroordelen van incest een emotionele reactie is, die is geëvolueerd om incest te voorkomen, en als mogelijke geboortedefecties in

¹ Greene 2013 (2), p. 23 en 27.

² Greene 2010, p. 6.

³ Zie Greene 2013 (2) en Kahneman 2011.

⁴ Greene 2013 (2), p. 24.

⁵ Lieberman, Tooby & Cosmides 2007, p. 727-731.

een specifieke casus geen rol spelen, dan zouden we de incest niet moeten veroordelen. Dit leidt tot de meer wezenlijke normatieve conclusie: incest is niet altijd afkeurenswaardig.⁶

Dit voorbeeld is een klassieke *debunking explanation*: een verklaring die, deels onzichtbare, onderliggende mechanismen van bepaald gedrag (bijvoorbeeld een moreel oordeel) ontrafelt en zodoende het oorspronkelijke morele oordeel ondermijnt. Om de impact van dit type verklaringen te verduidelijken is een derde normatieve vraag van belang: maken mensen goede, rechtvaardige beslissingen met betrekking tot morele dilemma's? De wetenschap toont dat morele oordelen, soms, afhankelijk zijn enkel van zaken als afstand of persoonlijke betrokkenheid (zoals het schakelaars- en voetbrugdilemma). Dit leidt tot een meer simpele normatieve vraag: dienen menselijke morele oordelen afhankelijk te zijn van (in sommige casus *enkel van*) dergelijke zaken? Het is goed voorstelbaar dat mensen op deze vraag nee, of nee tot op zekere hoogte, zullen antwoorden. Dit leidt tot een interessante en wezenlijke normatieve conclusie: mensen maken niet altijd goede beslissingen met betrekking tot morele dilemma's.⁷

Dit is de eerste wijze (de directe wijze) waarop wetenschappelijke feiten aldus Greene impact hebben op morele oordelen van mensen. Wetenschappelijke feiten kunnen, mits gecombineerd met relatief simpele normatieve aannames, leiden tot nieuwe normatieve conclusies. De feiten bieden inzicht in morele oordeelsvorming en stelt mensen in staat om hun morele oordelen te wijzigen. Dit is mijns inziens een vooruitgang, met betrekking tot morele oordeelsvorming.

5.4.2 Morele implicaties: de indirecte route

Greene vindt deze vooruitgang echter te beperkt: de argumenten tonen dat *iets* mis is met de morele oordelen van *sommige* mensen, maar ze tonen niet *wie* of *wat* specifiek mis is. Zijn mensen bijvoorbeeld overgevoelig voor individuele betrokkenheid in het voetbrugdilemma, of zijn mensen juist ongevoelig voor het omzetten van een schakelaar? Om deze vragen te beantwoorden is volgens Greene een meer omvangrijke theorie nodig, die toont bij welk type morele oordelen de kans op 'fouten' het grootst is.⁸ Deze meer omvangrijke theorie vormt de 'indirecte route' waarop het duale model impact heeft op morele oordeelsvorming. Als volgt.

Aldus Greene rijst vooraleerst de vraag op welke processen mensen dienen te vertrouwen in hun morele beslissing: op hun intuïtieve morele gevoel, of op hun reflectieve overwegingen? Volgens Greene zijn beide processen van belang, zij het in verschillende situaties.⁹ Verhelderend is zijn camerametafoer. De automatische modus van de camera wordt gebruikt in gevallen waarvoor zij is ontworpen: de nachtstand wordt gebruikt als het donker is en de sportstand als het te fotograferen object beweegt. Dit geldt volgens Greene ook voor het menselijke automatische systeem in morele oordelen. De menselijke morele intuïties dienen aldus Greene te worden gebruikt waarvoor ze zijn 'ontworpen'. De vraag rijst waarvoor het intuïtieve systeem is ontworpen.

Greene schetst dat het intuïtieve systeem op drie manieren is afgestemd: evolutionair, door middel van cultureel leren en als gevolg van individueel leren. Natuurlijke selectie speelt een belangrijke rol: zij heeft het morele brein voorzien van emotionele en empathische bouwstenen die mensen 'richting geven' in hun morele oordelen. Zodoende is het intuïtieve systeem grotendeels afgestemd op problemen die de afgelopen miljoenen jaren aanwezig waren in het leven van mensen. Dit zijn de zogenaamde persoonlijke casus: moord, verkrachting, ruzies en andere vormen van concrete, directe en persoonlijke interactie. Met betrekking tot deze casus functioneren de menselijke morele intuïties dan ook naar behoren.

⁶ Greene 2013, p. 25-26.

⁷ Greene 2013, p. 26-27.

⁸ Greene 2013, p. 27.

⁹ Greene 2010, p. 4.

Echter, de wereld is de afgelopen honderd jaar sterk veranderd. Twee centrale ontwikkelingen spelen een grote rol: (1) de toename van technologische mogelijkheden en (2) de toename van interculturaliteit. Deze veranderingen maken dat het intuïtieve systeem niet optimaal is afgestemd op bepaalde morele casus in de huidige wereld.¹⁰ Het zijn *unfamiliar problems*: de menselijke emoties hebben geen 'ervaring' met de nieuwe casus. Een voorbeeld is een tiener die wil autorijden: hij heeft geen evolutionaire ervaring, geen culturele ervaring (je leert autorijden niet van televisie kijken) en geen individuele ervaring (hij moet het nog leren). Op dergelijke *unfamiliar problems* reageert het intuïtieve systeem niet adequaat. Deels omdat de ontwikkelingen zeer recent zijn, deels omdat culturele en individuele ervaring ontbreekt. In dergelijke morele casus is het dan ook wenselijker om te vertrouwen op het reflectieve systeem.¹¹ Dit wordt toegelicht aan de hand van een aantal actuele morele casus.¹²

Morele casus (technologie)

Euthanasie en abortus

Eenzijds onderscheidt Greene morele casus waarin sprake is van een 'overreactie' van het intuïtieve systeem. Euthanasie is een voorbeeld. Veel mensen hebben bezwaar tegen de mogelijkheid om te kiezen voor een einde aan het leven. Aldus Greene reageert het intuïtieve systeem in dit geval te heftig ('moord is slecht'). Dit is evolutionair gezien goed verklaarbaar, de dood druist in tegen de overleving van een individu. Het *voelt* daarom als een daad van agressie om een mens te doen sterven. Mensen *zeggen* vervolgens dat het een schending is van 'het recht op leven'. Echter: technologische ontwikkelingen hebben gemaakt dat mensen vele malen ouder worden: dit idee is relatief 'onbekend' voor de menselijke emoties. De menselijke emoties zijn dus onvoldoende uitgerust om adequaat te reageren.¹³ Met behulp van het reflectieve systeem kunnen de specifieke gevolgen van euthanasie worden gewogen. Het stelt mensen in staat om rekening te houden met de mogelijkheden en inzichten van de huidige tijd (zoals de leeftijd, de eigen keuze en de gezondheid). Eenzelfde redenering geldt voor abortus: dit *voelt* als een moreel slechte daad. Echter: nieuwe technologie toont dat de foetus nog geen zelfbewustzijn heeft en zonder complicaties kan worden verwijderd. Ook met deze recente ontwikkelingen hebben de emoties geen ervaring, wat vaak leidt tot de uitspraak: abortus is fout!

Seks tussen broer en zus

In de casus van Mark en Julie, de broer en zus die seks hebben op het strand, is eveneens sprake van een overreactie van het intuïtieve systeem. Miljoenen jaren lang was seks tussen broer en zus niet effectief, gezien de overlevingswaarde van het individu. De kans was groot dat voortplanting tussen familieleden zou leiden tot genetische defecten in het nageslacht. Het is logisch dat het intuïtieve systeem tegen dit gevaar ageert. Met de relatief recente ontwikkeling van anticonceptie is dit gevaar vrijwel verdwenen. Het intuïtieve systeem heeft de afgelopen 100 jaar echter niet de tijd gehad om zich 'aan te passen' aan deze nieuwe ontwikkeling. Dit leidt tot afkeuring van deze gedraging.

Klimaatproblematiek en ontwikkelingshulp

In het geval van klimaatproblematiek en ontwikkelingshulp reageert het intuïtieve systeem eveneens niet adequaat. Sprake is van een 'onderreactie' van de menselijke emoties. Beide fenomenen - de klimaatproblemen en problemen in ontwikkelingslanden - zijn te abstract om het menselijke emotionele systeem te activeren. De ontwikkelingsproblemen spelen zich af ver weg van mensen in de rijkere delen van de wereld (zie ook het ontwikkelingshulp dilemma). De klimaatproblemen spelen zich eveneens af ver van mensen in de rijkere delen van de wereld: in de toekomst. Op dergelijke grootheden (in tijd en ruimte) zijn de menselijke emoties door natuurlijke selectie, culturele en individuele ervaring,

¹⁰ Greene 2013, p. 31. Zie ook: Greene 2010, p. 5.

¹¹ Greene 2013, p. 29.

¹² Deze conclusies zijn nog niet wetenschappelijk getoetst, het is theorievorming op basis van Greenes empirische materiaal. Zie Greene 2010, p. 5.

¹³ Greene 2010, p. 6.

niet goed afgestemd.¹⁴ Het reflectieve systeem biedt uitkomst, maar dit kost veel energie. Dit maakt het lastig om de schadelijke gevolgen van bijvoorbeeld klimaatproblematiek goed te beoordelen, zelfs als deze gevolgen zeer groot zijn.

Moderne technologie

Een ander voorbeeld zijn toekomstige problemen rondom robotica, BCI (brain-computer interface) en AI (artificial intelligence). Hoe beoordelen mensen bijvoorbeeld BCI-gestuurde voertuigen die schade veroorzaken, of robots waarmee mensen seks hebben? Waarschijnlijk zijn de menselijke morele intuïties onvoldoende afgestemd om deze gedragingen adequaat te beoordelen. Gezien de enorme groei in technologische mogelijkheden (*Singularity*) is het wenselijk om rekening te houden met de inzichten van Greene. Een meer reflectieve benadering, die strikt de gevolgen van het gedrag analyseert, werkt beter.

Economische criminaliteit (en de kredietcrisis)

Ook economische delicten worden beïnvloed door Greenes model. Dit is relevant in het kader van de kredietcrisis. Economische criminaliteit heeft mijns inziens de neiging om te worden ondergewaardeerd. Frauderende bestuurders, beleggers die handelen met voorkennis en ondernemers die sjoemelen met vastgoed komen veel voor, maar roepen slechts kortstondig een emotionele reactie op bij mensen. Ondanks de vaak zeer omvangrijke schade (mensen verliezen hun baan of huis) reageren mensen in de samenleving niet zeer heftig. Sprake is van een onderreactie van het intuïtieve systeem. De menselijke emoties zijn evolutionair onvoldoende 'afgestemd' om de gedragingen op waarde te schatten: grootschalige economische activiteit is een ontwikkeling van de afgelopen eeuw. Het gedrag is te abstract en 'ver van ons bed': wie voelt zich aangesproken door *credit default swaps* en *uncommitted revolving credit facilities*?

Ten eerste is de schade die wordt veroorzaakt abstract: de schade is een 'kredietcrisis' of een 'recessie'. Ten tweede is de schade vaak zeer indirect verbonden met de veroorzakende gedraging. De verkoop van abstracte vastgoedleningen aan onwetende mensen, in combinatie met onverantwoord speculeren door beurshandelaren, maakt via 'de kredietcrisis' dat mensen hun baan, hun huis en zelfs hun leven verliezen. Niet valt te verwachten dat de menselijke emoties - gezien de (evolutionaire) wijze waarop die zijn gevormd - dergelijk gedrag adequaat beoordelen en veroordelen. De emotionele onderreactie wordt des te meer zichtbaar in vergelijking met andere casus, zoals euthanasie en virtuele kinderporno. Die veroorzaken minder of evenveel schade, maar leiden tot aanmerkelijk heftiger reacties. Mijns inziens rechtvaardigen de inzichten uit de neurowetenschappen dan ook een meer strikte regulering van de financiële sector.

Morele casus (interculturaliteit)

Voorts bestaan casus die het gevolg zijn van recente interculturele veranderingen. Het menselijk brein is kortgezegd in belangrijke mate evolutionair 'afgestemd' om samen te werken met mensen binnen de eigen groep (de *ingroup*), maar is het tevens afgestemd om wantrouwend te zijn ten opzichte van mensen buiten deze groep (de *outgroup*).¹⁵ Dit was duizenden jaren geleden wellicht een nuttige intuïtieve respons: 'outgroups' konden een bedreiging vormen voor het voortbestaan van jouw leven of de eigen groep. Enig automatisch wantrouwen ten aanzien van vreemdelingen kon, simpel geformuleerd, levens redden. De huidige omgeving van de mens is in dit opzicht tamelijk ongewoon: veel onbekende mensen en veel verschillende culturen leven samen in een stad of gebied. Op deze situatie zijn de menselijke morele intuïties wederom niet 'afgestemd'. De menselijke emoties hebben geen ervaring met deze nieuwe situatie: uit veel onderzoek blijkt dat het menselijk brein nog steeds de automatische respons heeft om vreemdelingen (deels onbewust) te 'wantrouwen'. Greene spreekt daarom van een 'overreactie' van het intuïtieve systeem.¹⁶

¹⁴ Greene 2010, p. 5-6.

¹⁵ Greene 2010, p. 5.

¹⁶ Greene 2010, p. 5-6.

Het boerkaverbod en de strafbaarstelling van illegaliteit

Dit impliceert dat mensen die vallen buiten de 'eigen groep', vatbaar zijn om te worden veroordeeld op basis van de morele intuïties. Deze intuïties spelen een grote rol in de totstandkoming van morele oordelen, ook met betrekking tot de strafbaarstelling van gedrag. Het verbod op illegaliteit is een voorbeeld. Het is mogelijk dat deze strafbaarstelling (het voorstel daartoe) mede is ingegeven door onbewuste gevoelens van angst en wantrouwen. Dat de schadelijkheid wordt genoemd als argument zegt niet veel, aangezien mensen zeer bedreven zijn in het verzinnen van logisch klinkende argumenten die de eigen onbewuste gevoelens rechtvaardigen (rationalisaties). Daarom dient de *daadwerkelijke* schadelijkheid van de gedraging goed te worden onderzocht. Ook zaken die specifiek worden verbonden aan een *outgroup*, zoals religieuze overtuigingen of culturele gebruiken, zijn vatbaar voor 'morele afkeuring' op basis van morele intuïties. Het voorstel om de boerka te verbieden is een voorbeeld: het is een specifiek kenmerk van een bepaalde 'andere' bevolkingsgroep, waartegen een bepaald intuïtief 'wantrouwen' bestaat. Dergelijk wantrouwen is vrij gemakkelijk aan te wakkeren. Ook in deze gevallen dient goed te worden nagegaan of de gedraging *werkelijk* schadelijk is (het schema van Feinberg is daarbij nuttig, zie H3 en H6).

5.4.3 Morele implicaties: Hume en Moore

Greene stelt, op basis van zijn *dual-process theory*, dat het menselijke intuïtieve systeem geen ervaring heeft met recente morele problemen. Bij de beoordeling van dergelijke moderne morele casus dienen oordelen op basis van het reflectieve systeem te prevaleren. Dit is een normatieve claim, gebaseerd op feiten uit de gedragswetenschappen. De vraag is of deze redenering van Greene geheel voldoet aan de vereisten van Hume en Moore, zoals geschetst in paragraaf 5.3.1. Deze vraag komt deels aan bod in hoofdstuk zes (waarin ook de impact van Greenes theorie wordt besproken op filosofische stromingen zoals utilitarisme, deontologie en deugdethiek). Wel zijn hier enkele korte opmerkingen van belang.

Greene is zich ervan bewust dat hij een verbinding legt tussen *the is* en *the ought*.¹⁷ Hij benadrukt echter dat hij niet tracht morele waarheden af te leiden, te deduceren, uit wetenschappelijke feiten. Aldus Greene is zijn manier van redeneren meer inductief: onderzocht wordt op welke wijze morele oordelen tot stand komen in het brein.¹⁸ Hij toont slechts een *behind the scenes look of morality*: deze kennis kan eraan bijdragen dat mensen hun individuele morele oordelen willen wijzigen.¹⁹ De vraag is of dit inderdaad zo is, zeker met betrekking tot zijn 'indirecte wijze' waarop gedragswetenschappelijke kennis impact heeft op morele oordelen. Greene maakt in zijn omvangrijke theorie wel degelijk gebruik van deductie: uit de evolutionaire geschiedenis van de mens leidt Greene af dat het menselijke intuïtieve systeem geen ervaring heeft met bepaalde casus, en dat om deze reden het reflectieve systeem zou moeten prevaleren. In hoeverre Greenes wijze van redeneren exact geldig is, wordt in deze thesis niet onderzocht. Hiertoe biedt dit onderzoek niet de ruimte. Een uitgebreide analyse is wel gewenst: dit biedt mogelijkheden voor verder onderzoek.

5.4.4 Slot

Greene stelt in deze paragraaf dat, bij de beoordeling van morele casus waarmee het intuïtieve systeem geen ervaring heeft, het reflectieve systeem dient te worden gebruikt. Indien Greenes theorie standhoudt, rijst de vraag hoe ver deze redenering moet worden doorgevoerd. Moeten mensen massaal toestaan dat euthanasie wordt gepleegd, terwijl dit indruist tegen hun intuïtie? Moeten mensen massaal geld afstaan aan arme mensen aan de andere kant van de wereld, terwijl ze zich hiertoe niet genoodzaakt voelen? En zo ja, in welke mate? Duidelijk is dat de inzichten in dit hoofdstuk voorzien in een *behind the scenes look of morality*: de inzichten dragen bij aan het doorgronden van het menselijke morele denken. Dit stelt mensen in staat om hun mening ten aanzien van hun morele denken te wijzigen. De mate waarin deze mening moet worden gewijzigd, is in mijn optiek een van de meest fundamentele vragen van deze tijd.

¹⁷ Greene 2013, p. 32.

¹⁸ Greene 2008, p. 72.

¹⁹ Greene 2008, p. 67 en Greene 2003, p. 847.

5.5 Conclusie

Het centrale thema in dit onderzoek is moraliteit. De hoofdvraag is of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie rechtvaardig is. Deze vraag ziet op het onderscheid tussen goed en kwaad. Het maken van dit onderscheid is een vorm van menselijk gedrag. Meer specifiek is het moreel keuzegedrag: de keuze om virtueel kinderporno strafbaar te stellen bevat immers een moreel oordeel. Dit hoofdstuk toont dat de neurowetenschappen veel nieuwe inzichten bieden omtrent moreel keuzegedrag: de neurowetenschappen maken inzichtelijk hoe morele oordelen tot stand komen in het brein.

Paragraaf 5.2 schetst in hoeverre deze inzichten een nieuwe blik werpen op het verschijnsel 'moraliteit' in het algemeen. Moraliteit wordt binnen de gedragswetenschappen beschouwd als een vorm van menselijke gedrag. Moraliteit wordt gezien als het geheel van emoties, gevoelens, oordelen en regels die dienen ter bevordering van de samenwerking en onderlinge steun binnen een gezamenlijk levende groep. Geschetst zijn voorts acht stellingen, opgesteld door invloedrijke gedragswetenschappers, die een *state-of-the-art* vormen van de gedragswetenschappelijke inzichten omtrent moraliteit. Deze stellingen beschrijven wat de functie is van moraliteit, hoe moraliteit is ontstaan en hoe menselijke morele oordelen tot stand komen. Moraliteit is bijvoorbeeld zowel een natuurlijk als cultureel fenomeen: net als taal en seksualiteit, ontstaat moraliteit uit de interactie tussen verschillende *building blocks* in het brein. Veel van deze bouwstenen zijn aangeboren en worden door culturele en individuele ervaring tijdens het leven verder gevormd.

Paragraaf 5.3 schetst de nieuwe neurowetenschappelijke inzichten omtrent moreel keuzegedrag van mensen. Centraal staan de inzichten omtrent het onbewuste en het feilbare morele brein. Het werk van Jonathan Haidt toont de inzichten omtrent het onbewuste morele brein. Geschetst is dat morele oordelen tot stand komen op basis van twee systemen in het brein: enerzijds de onbewuste en intuïtieve processen (het intuïtieve systeem), anderzijds de bewuste en reflectieve processen (het reflectieve systeem). Het intuïtieve systeem heeft in dezen het primaat: morele oordelen zijn grotendeels gebaseerd op onbewuste gevoelens en emoties. Het reflectieve systeem speelt een minder grote rol: het is soms in staat om intuïtieve gevoelens te corrigeren. Zelfstandig oordelen, enkel op basis van het reflectieve systeem, is lastig.

Paragraaf 5.3 schetst voorts de nieuwe inzichten uit de neurowetenschappen omtrent het feilbare morele brein. Deze inzichten zijn gebaseerd op het werk van Joshua D. Greene. Zijn hersenonderzoek toont dat morele beslissingen niet altijd consistent zijn: het morele denken van mensen is feilbaar. Mensen beoordelen morele casus die feitelijk hetzelfde zijn, op verschillende wijze (het trein- en voetbrugdilemma zijn een voorbeeld). Aldus Greene zijn de inconsistenties in morele oordeelsvorming het gevolg van de interactie tussen de twee systemen in het brein: het intuïtieve en reflectieve systeem. Hersenonderzoek toont dat reacties op basis van het reflectieve systeem leiden tot consequentiaalistische oordelen in morele casus, en dat reacties op basis van het intuïtieve systeem leiden tot deontologische (ofwel niet-consequentialistische) oordelen over gedrag.

Bovendien toont hersenonderzoek dat sommige gedragingen de emotionele respons in het intuïtieve systeem sterker activeren dan andere gedragingen. Dit verklaart de inconsistenties in veel morele casus (zoals het trein- en voetbrugdilemma). Morele casus die direct en persoonlijk zijn (zoals het voetbrugdilemma), activeren een sterkere emotionele respons dan indirecte en onpersoonlijke gedragingen (zoals het treindilemma). Dit maakt dat mensen ten aanzien van persoonlijke casus vaker deontologisch oordelen: deontologische oordelen zijn namelijk gebaseerd op emotionele processen. Het verschil in emotionele respons is volgens Greene functioneel goed verklaarbaar: het menselijk brein en de menselijke emotionele reactie zijn evolutionair grotendeels 'afgestemd' op direct en persoonlijk contact. Mensen zijn de afgelopen miljoenen jaren geëvolueerd in een omgeving waarin alle interactie plaatsvond op een directe en persoonlijke wijze.

Paragraaf 5.4 beschrijft, tot slot, de impact van deze inzichten op actuele morele casus. De vraag die rijst is: dienen mensen te vertrouwen op hun intuïtieve morele gevoel, of dienen mensen te vertrouwen op hun reflectieve overwegingen? Aldus Greene zijn beide systemen van belang: zij het in verschillende situaties. Het intuïtieve systeem dient te worden gebruikt in situaties waarmee het 'ervaring' heeft. Deze ervaring van het intuïtieve systeem is ontstaan gedurende miljoenen jaren evolutie, en vormgegeven gedurende het (culturele) leven van een individu. Met veel morele casus heeft het intuïtieve systeem dan ook ervaring: moord, doodslag, bedreiging, seksuele criminaliteit en bedrog bestaan al miljoenen jaren. Echter, de afgelopen honderd jaar is de wereld enorm veranderd: met name de technologische ontwikkeling en de interculturele veranderingen (toename van verschillende culturen die door elkaar leven) zijn enorm toegenomen. Deze recente veranderingen maken dat nieuwe morele casus ontstaan. Op deze casus is het menselijke intuïtieve systeem niet optimaal afgestemd. De emoties hebben geen ervaring met de morele casus: het zijn *unfamiliar problems*. In deze situaties biedt het reflectieve systeem uitkomst: het is nuttig om het intuïtieve systeem (de emoties) bij te sturen.

De *unfamiliar problems* zijn vaak het gevolg van een nieuwe technologische ontwikkeling: voorbeelden zijn abortus en euthanasie, klimaatproblematiek en ontwikkelingshulp en abstracte economische criminaliteit. Ook zijn de casus vaak het gevolg van interculturele veranderingen: verschillende culturen leven door elkaar en wakkeren onderling angst en wantrouwen aan (het boerkaverbod en de strafbaarstelling van illegaliteit zijn voorbeelden). Op dergelijke casus reageert het intuïtieve systeem dus niet optimaal. Soms is sprake van een overreactie: de emoties reageren te heftig, omdat ze onbekend zijn met de technologische mogelijkheden of interculturele verandering (abortus en euthanasie, boerkaverbod en illegaliteit). Dit leidt tot morele afkeuring van de gedraging. Soms is sprake van een onderreactie: de emoties 'ervaren' de abstracte of veraf gelegen morele casus niet als kwalijk, ondanks dat sprake is van grote schade (klimaat- en ontwikkelingsproblematiek, economische criminaliteit). Omdat het intuïtieve systeem niet optimaal is afgestemd op dergelijke casus, zijn menselijke morele oordelen evenmin optimaal afgestemd.

Conclusie

Dit betekent dat morele oordelen van mensen feilbaar zijn: ze kunnen vertekeningen bevatten. Dit heeft ook impact op de rechtswetenschap. De voorbeelden van het boerkaverbod en de strafbaarstelling zijn reeds genoemd. Meer in het bijzonder hebben ze impact op het onderwerp van dit onderzoek: de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie. De keuze om deze gedraging strafbaar te stellen bevat immers een moreel oordeel. De vraag rijst of het menselijke intuïtieve systeem voldoende is afgestemd om te komen tot een optimaal moreel oordeel inzake deze gedraging. Dit wordt onderzocht in het volgende hoofdstuk (H6).

H6 Strafbaarstelling en de neurowetenschappen

6.1 Inleiding

Het onderwerp van dit onderzoek is strafbaarstelling van gedrag. Centraal staat de vraag of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie rechtvaardig is. Ter beantwoording van deze vraag zijn in voorgaande hoofdstukken twee subvragen onderzocht. Eerst is onderzocht wat in het algemeen een rechtvaardige grondslag is voor strafbaarstelling. Geconcludeerd is dat inzichten uit de filosofie niet leiden tot een duidelijk antwoord op deze vraag: sommige filosofen zien het schadebeginsel als rechtvaardige grondslag, andere zien het aanstootbeginsel als meer geschikt. De tweede vraag is wat de werkelijke grondslag is voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie. Deze grondslag wordt gevonden in de schadelijkheid van de gedraging. Geconcludeerd is echter dat de strafbaarstelling onterecht is gebaseerd op het schadebeginsel, met name omdat de wetgever onvoldoende aantoonde dat sprake is van (mogelijke) schade. Ook omtrent deze vraag bestaat onduidelijkheid: waarom is de wetgever, ondanks dat geenszins vaststaat dat virtuele kinderpornografie leidt tot schade, overgegaan tot strafbaarstelling van deze gedraging?

Beide vragen zien op het onderscheid tussen goed en kwaad. Dit thema is in de hoofdstukken twee en drie belicht vanuit een traditioneel filosofisch perspectief. In de hoofdstukken vier en vijf is dit thema belicht vanuit een gedragswetenschappelijk perspectief. Geschetst zijn inzichten omtrent menselijk gedrag in het algemeen en omtrent moreel keuzegedrag in het bijzonder. In dit hoofdstuk komen deze inzichten samen. Onderzocht wordt of de inzichten uit de neurowetenschappen leiden tot meer duidelijkheid omtrent bovenstaande vragen.

Dit wordt gedaan in twee delen. Eerst (§6.2) wordt onderzocht wat de impact is van de neurowetenschappen op de eerste subvraag in dit onderzoek: wat is in het algemeen een rechtvaardige grondslag voor strafbaarstelling van gedrag? Dit is het thema strafbaarstelling in het algemeen. Betoogd wordt dat de neurowetenschappelijke inzichten leiden tot normatieve conclusies omtrent de houdbaarheid van de verschillende filosofische theorieën. In het tweede deel (§6.3) wordt de impact onderzocht op de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie. Dit is het thema strafbaarstelling in het bijzonder. Onderzocht wordt of de neurowetenschappen de vraag beantwoorden waarom virtuele kinderpornografie strafbaar is gesteld, aangezien geenszins vaststaat dat de gedraging leidt tot schade. Betoogd wordt dat de emotionele reactie ten aanzien van virtuele kinderpornografie in belangrijke mate heeft bijgedragen aan de morele verwerping en strafbaarstelling van deze gedraging (wat aanleiding geeft tot verder onderzoek naar een *dual process theory of criminalization*).

Tot slot volgt de synthese. Eerst wordt het antwoord op de twee subvragen samengevat: wat is in het algemeen een rechtvaardige grondslag voor strafbaarstelling en wat is de specifieke grondslag voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie. Nadien wordt geschetst in hoeverre de specifieke grondslag voldoet aan de algemene grondslag. Deze synthese leidt tot het antwoord op de hoofdvraag: is de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie, gezien de huidige inzichten uit de filosofie en de neurowetenschappen, rechtvaardig?

6.2 Strafbbaarstelling in het algemeen

In hoofdstuk twee zijn verschillende visies besproken die antwoord geven op de vraag: wat is in het algemeen een rechtvaardige grondslag voor de strafbaarstelling van gedrag? Geschetst zijn onder meer de theorieën van Mill, Devlin en Feinberg. De vraag is welke visie het beste antwoord geeft op deze vraag, ofwel: welke theorie is het meest rechtvaardig? Bij de beantwoording van deze vraag bieden de neurowetenschappen hulp: dit wordt toegelicht in deze paragraaf. Hiertoe worden eerst de visies van de genoemde filosofen kort besproken. Vervolgens worden de belangrijkste stellingen uit de neurowetenschappen geschetst. Nadien volgt de conclusie.

6.2.1 Strafbbaarstelling

Als uitgangspunt om gedrag strafbaar te stellen is in hoofdstuk twee de visie van Mill gekozen. Mill hanteert het schadebeginsel als criterium voor strafbaarstelling van gedrag. Hij stelt dat gedrag enkel mag worden verboden indien het gedrag schade veroorzaakt of indien een risico bestaat op schade. Daarnaast is de visie besproken van Devlin. Geschetst is dat Devlin een ander criterium hanteert. Hij stelt dat gedrag afkeer dient op te roepen bij de gemiddelde burger (*the man in the jurybox*).¹ Afsluitend is het werk van Feinberg behandeld. Feinberg borduurt verder op Mills theorie: hij werkt het schadebeginsel zeer gedetailleerd uit.

De visies van deze filosofen zijn op veel punten verschillend. Echter, in de kern is onderscheid te maken tussen twee typen opvattingen. Deze vallen samen met verschillende ethische stromingen binnen de filosofie. Ten eerste de filosofische stroming die stelt dat gedrag enkel moet worden beoordeeld op basis van het gevolg van de gedraging. Deze stroming heeft de naam teleologie of *consequentialisme*. De stroming van het utilisme (het grootste nut voor de grootste groep) valt binnen de teleologie.² Ook de theorieën van Mill en Feinberg, waarin gedrag wordt beoordeeld op het schadelijke gevolg voor andere mensen, vallen hieronder. De visie van Lord Devlin wordt eveneens beschouwd als teleologische filosofie. Bij hem staat het schadelijke gevolg voor de samenleving centraal (schending van de publieke moraal). Om deze schending vast te stellen hanteert Devlin het criterium van *the man in the jurybox*.

Ten tweede bestaan filosofische theorieën die niet enkel zijn gericht op het gevolg van een bepaalde gedraging, maar ook op andere overwegingen. Joshua Greene noemt dit de *non-consequential theories*. Hierbinnen valt bijvoorbeeld de *deontologie*. In deze filosofische stroming zijn de gevolgen van het gedrag ook een criterium, maar niet het enige criterium. Het gedrag wordt meer an sich beoordeeld: de stroming gaat uit van het bestaan van absolute morele waarden, zoals de plicht om niet te moorden. Tot deze stroming wordt bijvoorbeeld Immanuel Kant gerekend.³ Ook *deugdethiek* valt binnen de *non-consequential theories*. Deze stroming stelt, in tegenstelling tot de eerder genoemde stromingen, het karakter van de persoon die handelt centraal in het morele denken.⁴

¹ Devlin 1965, p. 185.

² Greene 2008, p. 37.

³ Greene 2008, p. 37.

⁴ Greene 2008, p. 74-75.

6.2.2 De gedragswetenschappen

Om te komen tot de impact van de gedragswetenschappen op de verschillende morele theorieën, worden de in-zichten uit de gedrags- en neurowetenschappen puntsgewijs samengevat. Deze inzichten zijn beschreven in het vier-de en vijfde hoofdstuk van dit onderzoek.

Vier inzichten

Vier inzichten uit de neurowetenschappen zijn in het bijzonder van belang:

1. *Het onbewuste brein*

Grofweg spelen twee processen een rol in het brein: het intuïtieve (systeem 1) en het reflectieve systeem (systeem 2). Veel menselijk gedrag vindt zijn oorsprong in het intuïtieve systeem: het is automatisch, grotendeels onbewust en intuïtief.⁵ De drijfveren voor het gedrag zijn door mensen vaak niet te achterhalen. Bovendien geven mensen vaak achteraf 'logisch klinkende' verklaringen (rationalisaties), die niet overeenkomen met de werkelijke redenen voor hun onbewuste gedrag (zie het pantyexperiment).⁶

2. *Het feilbare brein*

Ook geldt dat het menselijk denken feilbaar is. Mensen zijn niet altijd in staat om situaties correct in te schatten. Het menselijke beoordelingsvermogen bevat vertekeningen: de *heuristics and biases* van Kahneman en Tversky.⁷ Een voorbeeld is de planning fallacy: mensen onderschatten steevast de tijd die het kost om een bepaalde activiteit te voltooien. De inzichten omtrent het onbewuste en feilbare menselijke brein zijn beschreven in hoofdstuk vier.

3. *Het onbewuste morele brein*

Met betrekking tot het morele denken van mensen gelden dezelfde inzichten. Morele oordelen vinden eveneens in belangrijke mate hun oorsprong in onbewuste, automatische processen in het brein: het intuïtieve systeem. Ook zijn de werkelijke redenen van mensen voor hun morele oordeel vaak niet te achterhalen: mensen geven achteraf 'logische' rechtvaardigingen. Met name onderzoek van Jonathan Haidt maakt dit duidelijk.⁸ Dit is besproken in hoofdstuk vijf.

4. *Het feilbare morele brein*

Bovendien geldt dat het menselijke morele denken feilbaar is. Mensen geven, ten aanzien van nagenoeg dezelfde morele casus, verschillende morele oordelen. Het wordt bijvoorbeeld als juist beoordeeld om een persoon te doden en vijf levens te redden door een schakelaar over te halen, maar het wordt als onjuist beoordeeld om dit te doen door iemand van de brug te duwen. Joshua Greene vindt de verklaring hiervoor in de totstandkoming van het morele denken zelf. Bepaalde morele casus activeren een sterkere emotionele respons in het brein dan andere morele casus, wat leidt tot andere morele oordelen.⁹

In de volgende paragraaf wordt beschreven in hoeverre deze inzichten impact hebben op de filosofische theorieën.

⁵ Kahneman 2011, p. 28.

⁶ Nisbett & Wilson 1977, p. 231. Zie ook: Tiemeijer 2011, p. 32-37

⁷ Kahneman 2011, p. 444. Zie ook: Tiemeijer 2011, p. 13-29.

⁸ Haidt 2001, p. 814.

⁹ Greene 2013, p. 1 en Cushman, Young & Greene 2010, p. 50.

6.2.3 Strafbbaarstelling in het algemeen en de gedragswetenschappen

De neurowetenschappen hebben zowel impact op de filosofische morele stromingen in het algemeen (de teleologie, deontologie en deugdethiek) als op de specifieke morele visies van Mill, Devlin en Feinberg. Eerst volgen enkele *empirische conclusies*: beschreven wordt de manier waarop de neurowetenschappelijke inzichten impact hebben op de verschillende theorieën. Voorts wordt uiteengezet wat de empirische conclusies betekenen voor de houdbaarheid van de filosofische visies: dit zijn de *normatieve conclusies*.

1. Empirische conclusies

Om te schetsen op welke wijze de neurowetenschappen impact hebben op de verschillende morele theorieën, wordt onderscheid gemaakt tussen de inzichten omtrent het *onbewuste morele brein* en het *feilbare morele brein*.

Het onbewuste morele brein en de filosofie

Filosofische morele theorieën komen tot stand als gevolg van menselijk denken. De neurowetenschappen tonen dat zowel bewuste als onbewuste processen een rol spelen in dit denken. Dit betekent dat ook de morele theorieën van de filosofen tot stand zijn gekomen op basis van zowel bewuste als onbewuste processen in het brein. In zijn artikel *The secret joke of Kant's soul* zet Joshua Greene dit uiteen.¹⁰ Hij concludeert dat de verschillende filosofische stromingen samenvallen met afzonderlijke processen in het menselijk brein. Ook beschrijft hij de impact van deze conclusie.

Deontologie

Greene start met een analyse van deontologische filosofie en komt tot twee empirische conclusies. Zijn eerste conclusie is dat deontologische oordelen over goed en fout met name worden gedreven door emotionele reacties in het brein.¹¹ Dit is *The Central Tension Principle* van Greene, dat hij baseert op onder meer zijn onderzoek naar de morele dilemma's.¹² Ook baseert Greene zijn conclusie op onderzoek naar mensen met neurologische afwijkingen.¹³ Dit onderzoek toont onder meer dat mensen met een afwijking in de 'emotionele' hersendelen eerder zijn geneigd om te kiezen voor een utilitaristische (dus consequentialistische) respons.¹⁴ Dit onderzoek is besproken in hoofdstuk vijf.

Greenes tweede conclusie is de volgende: het feit dat deontologische oordelen met name worden ondersteund door onbewuste en intuïtieve processen in het brein, betekent dat deontologische filosofie grotendeels bestaat uit rationalisaties.¹⁵ Reeds is geconcludeerd dat mensen vaak hun onbewuste gevoelens en voorkeuren achteraf 'rationaliseren'. Dit blijkt uit veel onderzoek (zie §4.2.2).¹⁶ Aldus Greene doen deontologen hetzelfde. Immanuel Kants verwerping van masturberen is een voorbeeld. De categorisch imperatief (Kants leidraad voor moreel handelen) verbiedt masturberen, omdat mensen zichzelf bij deze handeling gebruiken als middel. Echter, toevallig heeft Kant zelf een *sterke afkeer* van deze gedraging (zoals hij verwoordt in een van zijn andere werken).¹⁷ Het is waarschijnlijk dat deze afkeer de basis vormt voor Kants verbod.

Deontologen hebben dus (overigens net als alle mensen) bepaalde emotionele gevoelens ten aanzien van gedrag. Ook zijn ze zich, wederom net als alle mensen, niet altijd van deze gevoelens bewust. Toch blijken de gevoelens leidend in het morele oordeel van deontologen (zoals het onderzoek van Greene toont). Dit doet concluderen dat deontologie grotendeels bestaat uit rationalisaties.

¹⁰ Greene 2008.

¹¹ Greene 2008, p. 59.

¹² Greene 2013 (1), p. 6 en Greene 2008, p. 41-58.

¹³ Greene 2008, p. 41-58 en Greene 2009, p. 108.

¹⁴ Mendez et al. 2005, p. 193, Ciaramelli et al. 2007, p. 84 en Koenigs et al. 2007, p. 908 en Greene 2013 (1), p. 8-12.

¹⁵ Greene 2008, p. 63.

¹⁶ Greene 2008, p. 59-63.

¹⁷ Greene 2008, p. 68.

Van belang is hoe Greene tot deze conclusie komt: hoe is te achterhalen of iemand rationaliseert? Een voorbeeld:

Stel dat uw vriendin Alice veel verschillende dates heeft. Na elke date brengt ze aan u verslag uit. Terwijl ze de voor- en nadelen van de mogelijke partners beschrijft, noemt ze vele factoren die een rol spelen in haar keuze. De ene man is zeer intelligent, terwijl de ander zelfingenomen is. Een volgende date heeft veel humor, weer een ander is een leeghoofd. Enzovoorts. Op een bepaald ogenblik valt u iets op: alle mannen die Alice leuk vindt zijn uitzonderlijk lang. Een nauwkeurige inspectie van alle dates over de afgelopen jaren toont dat Alice nooit een man heeft goedgekeurd die kleiner was dan een meter negentig. Sterker nog: alle mannen boven de 1.90 zijn door Alice goedgekeurd. (U heeft alle data van Alice' dates ingevoerd in een statistiekprogramma, dit bevestigt dat de lengte van de man een behoorlijk goede voorspellende factor is van Alice' voorkeuren.)

Duidelijk wordt dat het oordeel van Alice niet is wat u dacht, en het oordeel is zeker niet wat Alice zelf dacht. Alice gelooft, uiteraard, dat haar romantische oordelen zijn gebaseerd op een veelheid aan variabelen zoals charme en humor. Echter, de cijfers laten zien dat ze een onbewuste voorkeur heeft voor zeer lange mannen: de romantische oordelen van Alice omtrent intelligentie, charme en humor blijken slechts rationalisaties van de onbewuste voorkeur.¹⁸ Dit voorbeeld maakt duidelijk op welke wijze is aan te tonen dat een persoon rationaliseert. Twee punten zijn vereist:

1. *Voorspellende factor*

Een factor dient te worden gevonden, die voorspelt wat het oordeel is van degene die rationaliseert.

2. *Geen correlatie voorspellende factor en rationalisatie*

Aangetoond moet worden dat het niet aannemelijk is dat deze factor is gerelateerd aan de variabelen die, aldus degene die rationaliseert, de basis vormen voor zijn oordeel.

Met betrekking tot deontologie is aan beide voorwaarden voldaan. De voorspellende factor wordt gevonden in de emotionele respons van mensen ten aanzien van bepaald gedrag. Deze emotionele respons voorspelt of mensen deontologische oordelen geven omtrent morele casus. Dit blijkt uit Greenes onderzoek en is uitgewerkt in het vorige hoofdstuk: de rationalisaties van mensen voor hun specifieke keuzes in het trolley- en voetbrug dilemma liepen zeer uiteen. Echter, de gemeenschappelijke deler in hun oordelen werd gevonden in de emotionele respons in hun brein. Dat geen correlatie bestaat tussen deze factor en de rationalisaties van degene die het oordeel velt, is eveneens vastgesteld. De verschillende rechtvaardigingen (rationalisaties) in deontologische filosofieën lopen uiteen, maar zijn doorgaans niet uitdrukkelijk gebaseerd op de emotionele gevoelens.¹⁹

De casus in hoofdstuk vijf, over de broer en zus die seks hebben, is een ander voorbeeld. Het is mogelijk om allerlei absolute rechten te verzinnen voor bijvoorbeeld het oordeel dat seks tussen broer en zus slecht is, terwijl beiden voorbehoedsmiddelen gebruiken en plezier beleven aan de daad. Wellicht is het fout om 'een mens te gebruiken als middel', of druist de gedraging in tegen 'de lichamelijke integriteit'. Hoe overtuigend deze argumenten ook klinken, ze zijn niet strikt logisch: het is bijvoorbeeld de vraag *waarom* een mens niet als middel mag worden gebruikt. Aannemelijker is dat de zogenaamde 'absolute rechten' een rationalisatie zijn van de onbewuste, menselijke afkeer van incest. De afkeerrespons is in dit geval de voorspellende factor, die niet correleert met de rationalisatie zelf.

Vorenstaande leidt dus tot twee conclusies. De eerste conclusie is dat deontologische oordelen over goed en fout met name worden gedreven door emotionele reacties in het brein. De tweede conclusie is dat deontologische filosofie grotendeels bestaat uit rationalisaties van onbewuste, morele intuïties.

¹⁸ Greene 2008, p. 67.

¹⁹ Greene 2008, p. 67-72.

Teleologie

De teleologische benadering van moraliteit wordt in de kern niet gedreven door intuïtieve processen in het brein.²⁰ Teleologische oordelen komen tot stand op basis van reflectieve processen. Het onderzoek naar morele dilemma's en naar mensen met neurologische afwijkingen maakt dit duidelijk (H5). De reflectieve processen zijn calculerend en flexibel: emoties over bepaald gedrag spelen een minder grote rol. Hiermee is niet gezegd dat emoties helemaal geen rol spelen in reflectieve processen. Het afwegen van belangen door het reflectieve systeem is wel degelijk een emotioneel proces: zij het een ander emotioneel proces. Het is een 'afwegend' emotioneel proces in plaats van een 'alarterend' emotioneel proces. De emoties in reflectieve processen zijn subtieler.²¹ In de teleologische benadering spelen de alarterende emoties dus een veel minder grote rol.

Het feilbare morele brein & filosofie

Geschetst zijn twee neurowetenschappelijke conclusies die impact hebben op theorievorming in de filosofie. De derde conclusie van Greene is eveneens van belang: intuïtieve processen zorgen voor vertekeningen in moreel keuzege-drag. Het morele denken is feilbaar. De vraag is wat dit betekent voor deontologie en teleologie.

Deontologie

De impact op deontologie is groot. Geconcludeerd is dat deontologische theorieën in belangrijke mate worden ondersteund door morele intuïties. Deze intuïties worden gedreven door emotionele gevoelens, die op hun beurt deels zijn gevormd gedurende miljoenen jaren evolutie. Dit betekent dat morele intuïties vertekeningen kunnen bevatten: '*the intuitions reflect the influence of morally irrelevant factors*'.²² Met deze woorden duidt Greene op de besproken 'mis-match' in de evolutionaire ontwikkeling van het menselijke brein (H5). Dit is het conflict tussen de omgeving waarin de menselijke morele bouwstenen miljoenen jaren lang zijn geëvolueerd, en de omgeving waarin de mens tegenwoordig leeft.

In de vroegere omgeving speelden factoren een grote rol die tegenwoordig in mindere mate een rol spelen: het gegeven dat mensen leefden in foeragerende groepen, dat mensen meer agressie tegenkwamen en dat alle contact direct en persoonlijk was. Bovendien zijn tegenwoordig factoren van belang die in de vroegere omgeving niet bestonden: trein-schakelaars en andere vormen van technologie zijn een voorbeeld. De morele bouwstenen zijn dus evolutionair 'afgestemd' op een omgeving waarin direct en persoonlijk contact een grote rol speelde. De bouwstenen zijn niet afgestemd op een omgeving waarin contact mogelijk was op grote afstand en waarin volop technologie aanwezig was. Als gevolg van deze mismatch bevatten morele intuïties vertekeningen. De inconsistenties in het trein- en voetbrugdilemma en in het hiker- en hulporganisatiedilemma illustreren dit.²³ Ook de culturele en individuele ontwikkeling van de morele intuïties maakt dat vertekeningen optreden. Culturele invloeden variëren van tijd tot tijd en individuele ontwikkeling verschilt van persoon tot persoon. De ontwikkelingen (individuele, culturele, evolutionaire) hebben invloed op de vorming van morele intuïties. Greenes conclusie is dat deontologische filosofie, die in belangrijke mate is gebaseerd op morele intuïties, vertekeningen bevat. Dit is Greenes derde empirische conclusie.

Teleologie

De teleologische benadering wordt, zo toont hersenonderzoek, in de kern niet gedreven door intuïtieve processen.²⁴ In de totstandkoming van deze theorieën spelen voornamelijk reflectieve hersenprocessen een rol. Morele intuïties (de 'alarmbel'-emoties) spelen een veel minder grote rol. Dit betekent ook een kleinere invloed van '*morally irrelevant factors*': de vertekeningen door de individuele, culturele en evolutionaire ontwikkeling van het intuïtieve systeem).

²⁰ Greene 2008, p. 63.

²¹ Greene 2008, p. 64.

²² Greene 2008, p. 69-70.

²³ Greene 2003, p. 847-848 & Greene 2009, p. 105-107.

²⁴ Greene 2008, p. 63.

Conclusie

Geschetst is dat de neurowetenschappen inzicht bieden in de totstandkoming van filosofische theorieën. Deze inzichten zijn allen empirisch (gebaseerd op hersenonderzoek). De belangrijkste conclusies zijn:

1. Deontologische oordelen (en filosofie) komen tot stand op basis van de intuïtieve processen in het brein. Deze intuïtieve processen zijn emotioneel (dat wil zeggen: opgebouwd uit of gedreven door emoties).²⁵
2. Deontologische filosofie grotendeels bestaat uit rationalisaties van de (deels onbewuste) morele intuïties.²⁶ De derde conclusie is dat morele intuïties worden gevormd door individuele, culturele en evolutionaire ontwikkeling.
3. Morele intuïties vertekeningen kunnen bevatten: '*the intuitions reflect the influence of morally irrelevant factors*'.²⁷
4. De teleologische benadering wordt in de kern niet gedreven door intuïtieve processen. Ze is gebaseerd op de calculerende en flexibele reflectieve processen in het brein (die niet de vertekeningen bevatten).²⁸

2. Normatieve conclusies

De vraag is of de empirische conclusies een normatieve impact hebben op de theorievorming omtrent strafbaarstelling van gedrag. Is teleologische filosofie beter dan deontologische filosofie? En in hoeverre is de visie van Mill rechtvaardiger dan de visie van Devlin? De normatieve impact wordt beschreven in deze paragraaf.

Impact neurowetenschappen op deontologie en deugdethiek

Aldus Greene tonen de inzichten dat deontologie, als morele filosofische stroming, geen stand houdt. Deontologie is gebaseerd op morele intuïties. De vertekeningen in het intuïtieve systeem maken deze intuïties echter ongeschikt om een morele filosofie op te baseren. Het is uiterst onaannemelijk dat een coherente, rationele morele theorie over absolute rechten en plichten is te bedenken, die plaats biedt aan alle menselijke morele intuïties en alle bijbehorende morele inconsistenties. De filosofie zal - onbewust - dezelfde vertekeningen bevatten en daardoor inconsistent zijn. Het trein- en voetbrugdilemma illustreren dit: geen bestaande deontologische theorie is in staat om, met behulp van een rationeel model, de inconsistentie tussen beide dilemma's te verklaren. Deontologische filosofie bestaat slechts uit abstracte rationalisaties, die niet altijd overeenkomen met de werkelijkheid. Dit leidt tot de onvermijdelijke conclusie dat deontologische theorieën geen stand houden.²⁹

Eenzelfde redenering geldt voor theorieën binnen de deugdethiek. Deze theorieën funderen morele waarden niet in rationele logica, maar in de morele deugd van mensen zelf. Echter, ook de formulering van deze 'deugden' is volgens Greene tot stand gekomen op basis van intuïtieve processen in het brein. En deze intuïtieve processen reflecteren '*the influence of morally irrelevant factors*'. Dit maakt ze ongeschikt om een morele theorie op te baseren.³⁰ Deugdethische theorievorming houdt dus eveneens geen stand.

²⁵ Greene 2008, p. 59.

²⁶ Greene 2008, p. 63.

²⁷ Greene 2008, p. 69-70.

²⁸ Greene 2008, p. 63.

²⁹ Greene 2008, p. 67-72.

³⁰ Greene 2008, p. 74-75.

Impact neurowetenschappen op teleologie

De teleologische benadering van moraliteit, die specifiek is gericht op de gevolgen van gedrag, houdt wel stand. Geschetst is dat deze benadering in de kern niet wordt gedreven door intuïtieve processen: ze komen tot stand op basis van reflectieve processen. Deze processen - systeem 2 processen - zijn calculerend en flexibel (zie H4). De 'alarm-bel'-emoties over bepaald gedrag spelen in reflectieve processen een veel minder grote rol. Hierdoor is de invloed van '*morally irrelevant factors*' (de vertekeningen in morele intuïties) vele malen kleiner.³¹

De reflectieve processen in het brein zijn daarom geschikt als basis voor een morele theorie. Het reflectieve denken is systematisch en variabel. Teleologische filosofie kenmerkt zich door een continu afweging van belangen, op basis van zoveel mogelijk praktische informatie. Niet enkel gelden absolute waarden (zoals in deontologie): verschillende factoren worden meegerekend ter beantwoording van morele vragen. Dit is een belangrijk punt. Consequentialisme is van nature casuïstisch: deze manier van denken is in staat om de verschillende, complexe situaties in het dagelijks leven te bevatten.³² Om kort vooruit te lopen op de vergelijking met Feinberg. Feinbergs teleologische theorie is een goed voorbeeld van dit casuïstische karakter: ze bevat vele *mediating maxims* die worden gehanteerd om zijn abstracte maatstaven toe te passen in de praktijk. De criteria in Feinbergs theorie zijn niet absoluut, uitzonderingen zijn mogelijk.

De teleologische benadering houdt dus om twee redenen stand. Ten eerste is deze benadering niet in de kern gebaseerd op onbewuste emotionele processen in het brein. De kans op vertekeningen in morele oordelen wordt zodoende sterk verkleind. Ten tweede is de teleologische benadering flexibel. Ze biedt ruimte om complexe situaties in het dagelijks leven te beoordelen. Hiermee is niet gezegd dat teleologische oordelen altijd correct zijn: een morele casus bevat voldoende details om van mening over te verschillen, zelfs binnen een en dezelfde morele benadering. Bovendien is niet gezegd welke teleologische benadering, ofwel welk gevolg, specifiek de voorkeur heeft. Wel stelt voorgaande dat een teleologische (consequentialistische, utilitaristische) filosofie prevaleert boven een niet-consequentialistische (deontologische, deugdethische) filosofie.

Impact neurowetenschappen op Devlin

Devlins visie is teleologisch: de vraag is of deze theorie standhoudt. Devlin stelt dat de verontwaardiging en afkeer van de gemiddelde burger de graadmeter moet zijn, om te bepalen welk gedrag geldt als een schending van de publieke moraal.³³ Zijn visie wordt beschouwd als utilitaristisch: ze richt zich op de schadelijke gevolgen van gedrag voor de samenleving. Echter, om vast te stellen wat geldt als een schending van de publieke moraal, gelden volgens Devlin de gevoelens van de gemiddelde burger. Deze *man in the jurybox* hoeft zich niets aan te trekken van de specifieke gevolgen van bepaald gedrag: Devlin benadrukt dat de gemiddelde burger dient te oordelen op basis van zijn gevoelens van afkeer en verontwaardiging.³⁴ Devlins benadering is in abstracto dus gericht op het gevolg van gedrag, maar in concrete zin op de gevoelens (de morele intuïties) van mensen zelf.

Ten aanzien van deze visie geldt mijns inziens dezelfde kritiek als de kritiek die Greene heeft op *non-consequential theories*. Greene stelt dat de vertekeningen in morele intuïties een probleem vormen voor eenieder die tracht een morele theorie op te stellen, die is gebaseerd op het emotionele en intuïtieve systeem.³⁵ Zijn criterium bevat vertekening-en: die maken dat bepaald gedrag gevoelsmatig kan worden beoordeeld als 'immoreel', terwijl de feitelijke gevolgen van het tegenwoordig geen kwalijk effect (meer) sorteren (zie het voorbeeld van seks tussen broer en zus). In het licht van deze inzichten blijkt de kritiek van Hart op Devlin gegrond. Hart vindt Devlins criterium te onnauwkeurig: op basis van

³¹ Greene 2008, p. 63.

³² Greene 2008, p. 64.

³³ Adams 2001, p. 49.

³⁴ Devlin 1965, p. 185.

³⁵ Greene 2008, p. 75.

onberedeneerde onderbuikgevoelens kan te makkelijk afstand worden gedaan van rechtsstatelijke grondrecht-en.³⁶ De neurowetenschappen onderbouwen dit standpunt: inzicht in de ontstaansgeschiedenis van de 'onberede-neeerde onderbuikgevoelens' toont dat deze gevoelens vertekeningen bevatten.³⁷

Impact neurowetenschappen op Mill en Feinberg

De neurowetenschappen hebben ook impact op de morele visies van Mill en Feinberg. Beide visies zijn teleo-logisch: het gedrag enkel mag worden verboden vanwege de schadelijke gevolgen voor anderen. Mill wordt gezien als grondlegger van deze theorie, Feinberg heeft Mills theorie zeer gedetailleerd uitgewerkt (zie H2).³⁸ De inzichten uit de neurowetenschappen leiden mijns inziens tot de conclusie dat Feinbergs theorie (tot op heden) de meest geschikte theorie is om te komen tot een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag.

Impact op Mill en Feinberg

Feinbergs visie is gebaseerd op reflectieve processen in het brein. Het reflectieve denken is niet gebaseerd op de almerende emoties van het intuïtieve systeem: de vertekeningen in deze emoties spelen dus geen rol. Wel is het reflectieve denken systematisch en flexibel. Morele theorieën die worden ondersteund door reflectieve processen zijn eveneens systematisch en flexibel: belangen worden tegen elkaar afgewogen en verschillende gevolgen van het gedrag worden meegenomen in de beoordeling.³⁹ Dit geldt ook voor de visies van Mill en Feinberg. Met name de theorie van Feinberg is een goed voorbeeld: zijn werk hanteert een strikte logica en is puur gericht op de gevolgen van gedrag. Zodoende komt hij tot een zeer systematisch en afgewogen oordeel omtrent de vraag wanneer sprake is van schade. Feinbergs werk bevat vele *mediating maxims* die worden gehanteerd om zijn abstracte maat-staven toe te passen in de praktijk: de theorie is geenszins absoluut, uitzonderingen zijn mogelijk. Dit maakt zijn uitwerking van het schadebeginsel zeer geschikt om te komen tot een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag.

Impact op Feinberg

De neurowetenschappen hebben ook op een meer concrete wijze impact op de theorie van Feinberg. Ze zorgen voor een onderbouwing van enkele cruciale aannames in zijn theorie. Feinberg heeft Mills schadecriterium nauwkeurig uitgewerkt. Een belangrijke aanname in zijn uitwerking is echter de stelling dat schadelijk gedrag enkel inbreuk kan maken op *welfare interests*. Dit zijn elementaire vereisten voor het welzijn van een mens: zoals veiligheid, gezondheid, vrijheid en een minimaal inkomen.⁴⁰ Dit is een cruciale aanname, omdat nergens wordt geschetst *waarom* specifiek deze behoeften zogenaamde 'elementaire vereisten' zijn voor het welzijn van de mens.

Het perspectief van de gedragswetenschappen biedt hulp. Met name de inzichten uit de evolutietheorie - omtrent het sociale brein (§4.2.2) - bieden antwoord op vragen als 'wat ervaren mensen als schadelijk' en 'waarom ervaren mensen dit als schadelijk'. Veiligheid wordt bijvoorbeeld algemeen ervaren als 'een groot goed'. Dit is causaal verklaarbaar omdat onveilig gedrag (zoals moord en geweld) een sterke angstrespons opwekt in de hersenen. De functionele verklaring verduidelijkt dit: onveilig gedrag (zoals moord, geweld en roekeloosheid) draagt niet bepaald bij aan de overlevingswaarde, ofwel de *fitness*, van een individu. Sterker nog: het druist regelrecht in tegen deze overlevingswaarde.⁴¹ Vanuit gedragswetenschappelijk perspectief is het dus 'logisch', dat veiligheid door veel mensen wordt gezien als een fundamentele waarde binnen de samenleving. Hetzelfde geldt voor Feinbergs andere *welfare interests*.

³⁶ Galenkamp 2009 (2), p. 40.

³⁷ Van belang is dat in sommige casus (directe confrontatie met discriminatie, belediging) de aanstootreactie van mensen wel kan gelden als een rechtvaardige grondslag voor strafbaarstelling. Echter, de gedraging (directe confrontatie met discriminatie, belediging) wordt in deze gevallen, mijns inziens, geacht schadelijk te zijn. Op dit thema (aanstoot als schadelijk gevolg) gaat dit onderzoek niet in: het verdient een specifieke bestudering.

³⁸ Mill 1859, p. 38 en 41 & Feinberg 1984, p.1.

³⁹ Greene 2008, p. 64.

⁴⁰ Feinberg 1984, p. 61-63 en 105-113.

⁴¹ Overigens is geweld jegens een outgroup (mensen in een andere sociale groep) vaak een belangrijke uitzondering. Geweld tegen een outgroup beschermt juist de overlevingswaarde van eigen groepsgenoten (de ingroup). Mijns inziens verklaart dit grotendeels de ambivalente verhouding van de mens tot geweld.

Gezondheid, vrijheid en een minimale vorm van inkomen (voeding) dragen allemaal in een significante mate bij aan de overlevingswaarde van een individu. Feinbergs schadecriterium houdt dus (impliciet) rekening met fundamentele en algemeen geaccepteerde (maar niet: absolute) waarden van het leven: overleven en voortplanting.

Welke consequentialistische (teleologische) visie heeft de voorkeur?

Nog niet is beantwoord welke teleologische visie het meest geschikt is om te komen tot een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag. Deze vraag wordt niet uitgebreid behandeld, wel worden enkele gedachten toegelicht. Die worden onderbouwd met inzichten uit de gedrags- en neurowetenschappen. Geschetst is dat alle consequentialistische theorieën zijn gericht op het gevolg van gedrag. Het verschil tussen de theorieën is op *welke* gevolgen centraal staan. Jeremy Bentham stelt bijvoorbeeld dat gedrag moet worden beoordeeld op het grootste geluk voor de grootste groep mensen, Devlin let op de gevolgen voor de samenleving, Mill en Feinberg kiezen voor schadelijkheid. Dit maakt de vraag: welk *gevolg* kan worden beschouwd als meest rechtvaardige criterium om te komen tot strafbaarstelling?

Geschetst is dat Feinbergs schadebeginsel de voorkeur verdient boven Devlins visie. Mijns inziens verdient Feinbergs visie eveneens de voorkeur boven de visie van Bentham. Het verschil tussen deze visies is dat Bentham het grootste geluk voor de grootste groep centraal stelt, terwijl Feinberg en Mill de gelijke behandeling van mensen centraal stellen. Benthams criterium laat de mogelijkheid bestaan dat een kleine groep mensen slachtoffer wordt van 'het grootste geluk voor de grootste groep'. Het schadebeginsel van Mill voorkomt dit: het is een criterium dat alle mensen in de samenleving gelijk behandelt. Inzichten uit de gedragswetenschappen helpen om de keuze voor het gelijkheidsbeginsel te onderbouwen. Mensen zijn miljoenen jaren geëvolueerd in middelgrote groepen op de savanne, waarin gelijke behandeling essentieel was voor het in stand houden van de groep (en dus voor het overleven van de groepsleden). De hiervoor geschetst inzichten leiden mijns inziens tot de conclusie dat Feinbergs visie (tot op heden) de meest geschikte theorie is om te komen tot een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag.

6.2.4 Opmerkingen

Verschillende kritische opmerkingen bestaan met betrekking tot de conclusies in deze paragraaf. Enkele van deze opmerkingen worden toegelicht.

Opmerkingen met betrekking tot de inhoud van goed en fout

Specifiek met betrekking tot Joshua Greenes visie bestaan verschillende punten van kritiek. Met het oog op de beperkte ruimte in dit onderzoek wordt deze kritiek niet uitgebreid besproken. Voor een overzicht van tegenwerpingen wordt verwezen naar het artikel van Greene.⁴² Voor kritiek die specifiek is gericht op Greenes visie omtrent deontologie en deugdedthiek, is de bijdrage van jurist John Mikhail en filosoof Mark Timmons nuttig.⁴³ Greenes reactie op deze kritiek is echter, mijns inziens, soeverein.⁴⁴

De volgende opmerkingen zijn van belang met betrekking tot mogelijke kritiek op Greenes conclusies. Ten eerste is kritiek mogelijk op het specifieke experimentele onderzoek waarop Greene zijn conclusies baseert: John Mikhail beschrijft enkele punten van bezwaar. Ten tweede is kritiek mogelijk op de conclusies zelf. Indien deze kritiek is gericht op Greenes inductieve analyse, dient de kritiek te worden gericht op het empirische onderzoek, danwel te worden gestaafd met ander empirisch materiaal. Greene conclusie dat morele intuïties de basis vormen van deontologische filosofie is een voorbeeld: die is gebaseerd op hersenonderzoek. Ook maakt Greene gebruik van deductieve analyse. Zijn standpunt dat morele intuïties vertekeningen kunnen bevatten als gevolg van de evolutionaire ontwikkeling van de mens is een voorbeeld. Deductieve analyses zijn vaak niet sluitend: dit maakt ze echter niet onwaar danwel niet-

⁴² Greene 2008, p. 67-72 en 73-74.

⁴³ Mikhail 2008, p. 81-91 en Timmons 2008, p. 93-104.

⁴⁴ Greene 2008 (2), p. 104-117.

wetenschappelijk. Deductieve analyse vereist logica, op basis van goed gefundeerde basisaannames (premissen).⁴⁵ Greenes stelling voldoet mijns inziens aan deze vereisten: ze is gebaseerd op de sterk onderbouwde premissen uit de evolutietheorie, aangevuld met empirische kennis uit experimenteel (hersenen)onderzoek. Dit maakt dat Greenes visie wetenschappelijk gezien sterk onderbouwd is, zowel met behulp van inductie (experimenteel onderzoek) als deductie (logica). Verder onderzoek is gewenst: dit geeft meer duidelijkheid omtrent de wetenschappelijke houdbaarheid van Greenes empirische en normatieve stellingen.

Opmerkingen met betrekking tot de vorm van goed en fout

In voorgaande paragrafen zijn, op basis van beschrijvende conclusies uit de gedrags- en neurowetenschappen, normatieve conclusies getrokken over menselijk gedrag. Stilaan is in deze paragrafen de grens overschreden tussen *the is* en *the ought*. Dit is een belangrijke vaststelling, omdat deze grens geldt als onaantastbaar binnen de filosofie. De relevante vraag is dan ook: op welke wijze is deze grens overschreden? Dit is van belang om vast te stellen of de overschrijding standhoudt, gezien de waarschuwingen van Hume en Moore.

In hoofdstuk vijf is onderscheid gemaakt tussen beschrijvende en normatieve ethiek. Geschetst is dat dit onderscheid aansluit bij een beroemde waarschuwing van Hume: het is zeer moeilijk - zo niet onmogelijk - om conclusies over hoe mensen zich behoren te gedragen, af te leiden (te deduceren) uit conclusies over hoe mensen zich feitelijk gedragen. Deze waarschuwing staat bekend als Hume's law: *you can't derive an 'ought' from an 'is'*. Ook de soortgelijke waarschuwing van G.E. Moore is beschreven. Moore noemt het bestempelen van een bepaald fenomeen als goed, door te verwijzen naar iets anders, een naturalistische drogredenering. Een voorbeeld is: concurrentie is goed, want concurrentie komt voor in de natuur. Met een dergelijke redenering wordt aldus Moore het probleem enkel verplaatst en wordt niets gezegd over 'het goede' in het algemeen.

De vraag is of de normatieve conclusies in deze paragraaf standhouden in het licht van deze waarschuwingen. Mijns inziens houden de stellingen stand. Niet is getracht om normatieve conclusies te *deduceren* uit feitelijke conclusies. Bij deductie wordt geredeneerd van een algemene regel, naar een bijzonder fenomeen. Dat is exact waar Hume en Moore voor waarschuwen: pas op met het afleiden van bijzondere stellingen ('concurrentie tussen mensen is goed') uit algemene conclusies ('concurrentie is een natuurlijk verschijnsel'). De gehanteerde methode in voorgaande paragrafen is meer *inductief*. Bij deze vorm van bewijsvoering wordt geredeneerd naar een algemene regel (de stelling of conclusie), op basis van een aantal specifieke waarnemingen.⁴⁶ De specifieke waarnemingen zijn uitgevoerd met behulp van experimenteel onderzoek: het hersenonderzoek naar morele dilemma's. Op basis van de beschikbare empirische gegevens zijn verschillende algemene conclusies opgesteld, zoals de conclusie dat deontologie bestaat uit rationalisaties van geëvolueerde morele intuïties (die op hun beurt vertekeningen kunnen bevatten).⁴⁷

Deze inductieve benadering maakt duidelijk dat inzichten uit de beschrijvende wetenschappen relevant zijn voor normatieve wetenschappen (de filosofie en de rechtswetenschap). Beschrijvende wetenschap is in staat om - vaak zeer impliciete - veronderstellingen binnen normatieve wetenschappen tegen het licht te houden.⁴⁸ Dit stelt filosofen en juristen in staat om bestaande opvattingen te wegen en eventueel te herzien. Van belang voor dit onderzoek is dat de normatieve conclusies in deze paragraaf standhouden: niet wordt getornd aan de waarschuwingen van Hume en Moore. De normatieve conclusies zijn niet *afgeleid* uit feitelijke stellingen (deductie), maar zijn *opgebouwd* uit feitelijke stellingen (inductie). De conclusies zijn opgebouwd op basis van feiten over de totstandkoming van morele oordelen zelf. Om te spreken met de woorden van Moore: de inductieve, wetenschappelijke benadering zegt iets over 'het goede' in het algemeen.

⁴⁵ Störig 2011, p. 189-190.

⁴⁶ Störig 2011, p. 189-190 en 717.

⁴⁷ Greene 2008, p. 72.

⁴⁸ Greene 2008, p. 67.

6.2.5 Conclusie

In deze paragraaf staat de vraag centraal wat in het algemeen een rechtvaardige grondslag is voor strafbaarstelling van gedrag. In hoofdstuk twee zijn inzichten uit de filosofie beschreven die een antwoord bieden op deze vraag. Vast-gesteld is dat het antwoord van de verschillende filosofische morele theorieën onvoldoende is: niet duidelijk is welke filosofische theorie de meest rechtvaardige grondslag bevat. Onderzocht is daarom in hoeverre inzichten uit de neuro-wetenschappen leiden tot een meer bevredigend antwoord: wat is de impact van de neurowetenschappelijke inzichten op houdbaarheid van de verschillende filosofische morele theorieën.

Binnen de traditionele filosofie bestaan verschillende theorieën die antwoord geven op de vraag wat een rechtvaardige grondslag is voor strafbaarstelling van gedrag. Sommige filosofen hanteren de schadelijkheid van gedrag als criterium, anderen hanteren de aanstootgevendheid, morele verwerpelijkheid of strijd met bepaalde absolute waarden als criterium. Onderscheid kan worden gemaakt tussen enerzijds consequentiaalistische filosofische theorieën: die beoordelen gedrag enkel op de gevolgen van het gedrag. Het schadebeginsel van Mill is een voorbeeld. Ook de theorie van Devlin is utilitaristisch. Anderzijds bestaan niet-consequentiaalistische theorieën (die beoordelen gedrag niet enkel op de gevolgen, maar tevens op andere overwegingen). Voorbeelden zijn visies die strafbaarstelling funderen in absolute waarden of in de aanstootgevendheid danwel 'morele verwerpelijkheid' van gedrag.

De neurowetenschappen maken duidelijk dat niet alle filosofische theorieën stand houden. Een drietal empirische stellingen is van belang. Ten eerste Joshua Greenes *The Central Tension Principle*: specifiek deontologische (en andere niet-consequentiaalistische) oordelen van mensen worden ondersteund door automatische en intuïtieve processen in het brein, terwijl specifiek utilitaristische (consequentiaalistische) oordelen van mensen worden ondersteund door bewuste en reflectieve processen in het brein. Ten tweede stelt Greene dat deontologische filosofie grotendeels bestaat uit rationalisaties van onbewuste, morele intuïties. Een deontoloog heeft bepaalde emotionele gevoelens ten aanzien van een gedraging en 'rechtvaardigt' deze gevoelens achteraf met een bepaalde verklaring. Ten derde is de stelling van belang dat morele intuïties vertekeningen bevatten, als gevolg van de individuele, culturele en (de mismatch in de) evolutionaire ontwikkeling van deze intuïties. Deze stellingen zijn besproken in hoofdstuk vijf.

Deze inzichten leiden tot normatieve conclusies omtrent de morele filosofische theorieën. De belangrijkste conclusie is dat niet-consequentiaalistische theorieën (zoals deontologie) geen stand houden. Dit zijn theorieën die strafbaarstelling funderen in bijvoorbeeld strijd met absolute waarden, de aanstootgevendheid of morele verwerpelijkheid van bepaald gedrag. Dit type theorieën is grotendeels gebaseerd op intuïtieve processen in het brein (morele intuïties). Deze intuïties bevatten vertekeningen: niet-consequentiaalistische filosofie bevatten deze vertekeningen eveneens. Het is uiterst onaannemelijk dat een coherente, rationele morele theorie over absolute rechten en plichten is te bedenken, die plaats biedt aan alle menselijke morele intuïties en alle bijbehorende morele inconsistenties. Consequentiaalistische filosofie daarentegen houdt wel stand. Dit type oordelen worden niet ondersteund door het intuïtieve systeem: ze worden ondersteund door het reflectieve systeem. De reflectieve processen zijn systematisch en flexibel: Ook bevatten deze processen niet de automatische 'alarmbel'-emoties, inclusief de vertekeningen, die kenmerkend zijn voor het intuïtieve systeem. Dit maakt ze geschikt om morele oordeelsvorming over de strafbaarstelling van gedrag op te baseren: belangen worden tegen elkaar afgewogen en verschillende gevolgen van het gedrag worden meegenomen in de beoordeling.

Ook is de impact van de neurowetenschappen geschetst op de specifieke morele visies over strafbaarstelling van gedrag. De neurowetenschappen voorzien in een antwoord op de vraag welke consequentiaalistische theorie het meest rechtvaardig is voor strafbaarstelling van gedrag. Devlins visie, die naar de letter van zijn werk teleologisch is, houdt geen stand. Devlin richt zich op schade aan de publieke moraal. Om deze schade vast te stellen, beroept hij zich expliciet op de morele intuïties van mensen. Ten aanzien van Devlins visie geldt dan ook dezelfde kritiek als ten aanzien van deontologische filosofie: morele intuïties van mensen bevatten vertekeningen. Die maken Devlins criterium zeer

willekeurig. Dit maakt zijn visie niet geschikt om te komen tot een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag.

Het schadebeginsel van Mill houdt wel stand: geconcludeerd is dat het schadecriterium (zoals uitgewerkt door Feinberg) de voorkeur verdient boven andere consequentialistische theorieën. Ten eerste omdat deze visie is gebaseerd op reflectieve processen: deze processen bevatten niet de vertekeningen van de morele intuïties. Wel is het reflectieve denken systematisch en variabel: dit komt terug in de theorieën van Mill en Feinberg. Met name Feinbergs werk is systematisch en variabel: het hanteert een strikte logica, is puur gericht op de gevolgen van bepaald gedrag en bevat verschillende *mediating maxims* om de het schadecriterium toe te passen in de praktijk. Deze theorie maakt het mogelijk om te komen tot een zeer systematisch en afgewogen oordeel omtrent de vraag wanneer sprake is van schade. Ten tweede verdient Feinbergs werk de voorkeur omdat het schadebeginsel uitgaat van gelijkheid tussen alle mensen, in tegenstelling tot bijvoorbeeld Bentham's criterium (het grootste geluk voor de grootste groep). Ten derde is het schadecriterium in de kern gebaseerd op fundamentele (maar niet: absolute) waarden van het leven: namelijk overleven en voortplanting. Verschillende vormen van inbreuk op deze twee waarden (moord, bedreiging, diefstal) worden in het werk van Feinberg betiteld als 'schadelijk'. Deze drie redenen maken Feinbergs uitwerking van het schadebeginsel in mijn optiek tot de (tot op heden) beste theorie om te komen tot een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag.

Vorenstaande leidt tot de conclusie dat de neurowetenschappen van belang zijn voor de strafbaarstelling van gedrag. De neurowetenschappen bieden inzicht in de totstandkoming van morele oordelen. Dit toont dat moraliteit niet een zuiver rationele aangelegenheid is: automatische en onbewuste intuïties spelen een grote rol. Bovendien bevatten de intuïties vertekeningen, die het morele denken feilbaar maken. Deze inzichten zijn niet enkel van belang voor filosofische theorieën omtrent strafbaarstelling in het algemeen. Ze zijn eveneens van belang met betrekking tot de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie in het bijzonder. In de volgende paragraaf wordt (kort) geschetst wat de impact is van de neurowetenschappen op deze strafbaarstelling.

6.3 Strafbaarstelling in het bijzonder: de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie

Voordat wordt beantwoord of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie rechtvaardig is, wordt eerst onderzocht wat de impact is van de neurowetenschappen op deze strafbaarstelling. De neurowetenschappen voorzien mijns inziens in een antwoord op de vraag waarom deze gedraging strafbaar is gesteld. Meer specifiek: waarom een gedraging strafbaar is gesteld terwijl geenszins vaststaat dat de gedraging schade veroorzaakt. De beantwoording van deze vraag is niet strikt van belang voor de beantwoording van de hoofdvraag, ze is dan ook te zien als een klein uitstapje. Wel is het antwoord relevant. Geschetst wordt dat strafbaarstelling in concrete gevallen meer is dan een rationele beslissing; wat aanleiding geeft tot verder onderzoek naar een *dual process theory of criminalization*.

De neurowetenschappen

De beslissing tot strafbaarstelling van virtuele kinderporno is een vorm van menselijke gedrag: het is een menselijke morele beslissing. Geschetst zijn in het vorige hoofdstuk (H5) de neurowetenschappelijke inzichten omtrent de totstandkoming van dergelijke beslissingen. Dit zijn de belangrijkste inzichten:

1. *Het onbewuste morele brein*

In de totstandkoming van morele oordelen spelen het intuïtieve en het reflectieve systeem in het brein een rol. De onbewuste, automatische processen (het intuïtieve systeem) hebben het primaat.⁴⁹ Bovendien zijn de werkelijke redenen van mensen voor hun morele oordeel vaak niet te achterhalen: mensen geven achteraf 'logisch klinkende' rechtvaardigingen (rationalisaties).⁵⁰ Onderzoek van Jonathan Haidt maakt dit duidelijk.⁵¹

2. *Het feilbare morele brein*

Ook geldt dat het menselijke morele denken feilbaar is. Mensen geven, ten aanzien van nagenoeg dezelfde morele casus, verschillende morele oordelen. Het wordt bijvoorbeeld als juist beoordeeld om een persoon te doden en vijf levens te redden door een schakelaar over te halen, maar het wordt als onjuist beoordeeld om dit te doen door iemand van de brug te duwen. Joshua Greene vindt de verklaring voor deze feilbaarheid in de totstandkoming van het morele denken zelf. Bepaalde morele casus activeren een sterkere emotionele respons in het brein dan andere morele casus, wat leidt tot morele oordelen die niet specifiek zijn gericht op het gevolg van gedrag (deontologische en andere niet-consequentialistische oordelen).⁵² Dit is Greenes duale model voor morele oordeelsvorming.⁵³

De neurowetenschappen en virtuele kinderpornografie

Greenes duale model biedt een verklaring voor de feilbaarheid in morele oordeelsvorming. Meer specifiek ben ik van mening dat Greenes inzichten betrekking hebben voor de casus van virtuele kinderpornografie.⁵⁴ Deze strafbaarstelling blijkt feilbaar: hij is gebaseerd op de schadelijkheid van een gedraging, terwijl geenszins vast staat dat de gedraging schadelijk is. Mijns inziens wordt de feilbaarheid in deze casus als volgt verklaard door de theorie van Greene.

Aldus Greene is de emotionele respons ten aanzien van bepaald gedrag bepalend voor het uiteindelijke morele oordeel over het gedrag. Dit geldt ook voor virtuele kinderpornografie: de emotionele respons ten aanzien van virtuele kinderporno is bepalend voor het uiteindelijke morele oordeel. De emotionele respons is automatisch en intuïtief. Ze drijft mensen tot deontologische (niet louter op het gevolg gerichte) oordelen: 'virtuele kinderporno is fout!'. Voorts ben ik van mening dat de negatieve respons, al dan niet bewust, heeft bijgedragen aan de keuze om virtuele kinderpornografie

⁴⁹ Greene 2013, p. 5-6 en 15-16, Greene 2008, p. 35-36. Zie ook: Haidt 2001, p. 814.

⁵⁰ Greene 2013, p. 34-36 en Greene 2008, p. 35-36 en 61-72. Zie ook: Haidt 2001, p. 820-821.

⁵¹ Haidt 2001, p. 814.

⁵² Greene 2013, p. 6 en 8-13 & Greene 2008, p. 48 en 59. Zie ook: Greene et al. 2001, p. 2105 en Greene et al. 2004, p. 389.

⁵³ Greene 2013, p. 1 en Cushman, Young & Greene 2010, p. 50.

⁵⁴ Zie ook: Greene 2008, p. 76: 'the same is true for whatever hang-ups I may have about deviant, but harmless sexual behavior'.

strafbaar te stellen.

Dit dient te worden onderbouwd. Aannemelijk is ten eerste dat morele oordelen over virtuele kinderporno tot stand komen op basis van zowel reflectieve als intuïtieve processen in het brein: dit geldt namelijk voor alle morele oordelen. De vraag is of het intuïtieve systeem ook het primaat heeft met betrekking tot virtuele kinderporno. Onderzoek van Jonathan Haidt biedt uitkomst: dit toont dat het intuïtieve systeem een grote rol speelt in morele oordeelsvorming omtrent deviante, niet-schadelijk gedrag.⁵⁵ Hij heeft veel verschillende casus voorgelegd aan proefpersonen: van een familie die hun hond opeet nadat deze is aangereden door een auto tot een man die een dode kip gebruikt tijdens het masturberen, waarna hij de kip bakt en opeet. Haidt concludeert dat vragen over de verwerpelijkheid van dit gedrag een beter voorspeller bleken van het uiteindelijke morele oordeel, dan vragen over de schadelijkheid van het gedrag.⁵⁶ Virtuele kinderporno wordt in dit onderzoek beschouwd als een vorm van deviant, niet-schadelijk gedrag. Aannemelijk is dat de emotionele respons ten aanzien van dit gedrag een grote rol heeft gespeeld in het uiteindelijke morele oordeel. Dit kan overigens empirisch worden getest: door Haidts onderzoek te kopiëren of met behulp van hersenonderzoek.

Functioneel gezien is een negatieve emotionele respons ten aanzien van (virtuele) seks met jonge kinderen goed verklaarbaar. Seks met kinderen draagt geenszins bij aan de overlevingswaarde van de betrokkenen. Het draagt niet bij aan de fitness van de oudere persoon: seks met jonge kinderen leidt niet tot voortplanting en verhoogt ook niet zijn overlevingskansen. Tevens draagt het niet bij aan de fitness van het kind: geenszins is sprake van voortplanting. Wel is sprake van lichamelijke en psychologische schade. Een punt van kritiek is dat seks met jonge kinderen in de jaren 70 'normaal' werd gevonden: dit zou de evolutionaire grondslag van de emotionele respons ondermijnen. De vraag is in hoeverre dit kritiekpunt klopt. Heerste in de jaren 70 daadwerkelijk een coulante houding ten aanzien van seks met alle kinderen, dus ook kinderen onder de twaalf jaar? Ten tweede is het de vraag of de kritiek wel ondermijnend is. Geschetst is dat culturele en individuele ontwikkeling altijd invloed hebben: ze verzorgen een verdere 'uitwerking' van de genetische aanleg. Mogelijk werd in de jaren 60 en 70 de genetische afkeerrespons juist 'overruled' door culturele opvattingen: de vrijheid en blijheid van die tijd zorgden voor een meer 'rationele', coulante houding omtrent seks met kinderen.

Conclusie

Uit bovenstaande is het antwoord te destilleren op de vraag waarom virtuele kinderpornografie, ondanks haar niet-schadelijke karakter, strafbaar is gesteld. De negatieve emotionele respons van mensen ten aanzien van deviant, niet schadelijk gedrag speelt een grote rol. Geconcludeerd is dat – waarschijnlijk – de emotionele respons ten aanzien van seks met kinderen leidt tot morele afkeuring van dit gedrag. Aannemelijk is eveneens dat deze emotionele respons leidend is geweest in de keuze om deze gedraging strafbaar te stellen. Meer algemeen geeft dit aanleiding tot verder onderzoek: naar een **dual process theory of criminalization**, als uitloeijsel van Greene's *dual process theory of moral decision-making*. Een duaal model voor strafbaarstelling legt het primaat bij intuïtieve processen in de beslissing tot strafbaarstelling; alsook stelt dat deze intuïties biases kunnen bevatten (en kunnen leiden tot rationalisatie). Voorgaande betekent overigens niet dat de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie per definitie onrechtvaardig is. Het betekent dat in deze casus dient te worden vertrouwd op het reflectieve systeem: het intuïtieve systeem bevat vertekeningen.⁵⁷ Het reflectieve systeem stelt mensen in staat om zorgvuldig een afweging te maken van de specifieke gevolgen van de virtuele kinderporno.⁵⁸ Dit is exact wat wordt gedaan in de volgende paragraaf: afwegen of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie rechtvaardig is.

⁵⁵ Haidt 2001, p. 817.

⁵⁶ Haidt, Koller & Dias 1993, p. 613 en Greene 2008, p. 55-57.

⁵⁷ Greene 2013, p. 28-32 en Greene 2008, p. 69 en 70.

⁵⁸ Greene 2013, p. 29 en 33.

6.4 Synthese: is de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie rechtvaardig?

In deze paragraaf wordt de hoofdvraag in dit onderzoek beantwoord: is de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie rechtvaardig? Om tot dit antwoord te komen worden de antwoorden op de twee deelvragen in dit onderzoek kort samengevat, vanuit zowel filosofisch als neurowetenschappelijk perspectief. Geschetst wordt het antwoord op de vraag wat in het algemeen een rechtvaardige grondslag is voor de strafbaarstelling van gedrag en wat de specifieke grondslag is voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie. Tot slot volgt de synthese: voldoet de specifieke grondslag voor aan de algemene grondslag voor een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag?

Wat is in het algemeen een rechtvaardige grondslag voor strafbaarstelling van gedrag?

Binnen de traditionele filosofie bestaan verschillende grondslagen om gedrag strafbaar te stellen. Sommige filosofen hanteren als criterium de schadelijkheid, anderen hanteren de aanstootgevendheid, morele verwerpelijkheid of strijd met bepaalde absolute waarden als criterium. Onderscheid kan worden gemaakt tussen consequentiaalistische theorieën (die de grondslag enkel vinden in de gevolgen van gedrag, zoals bijvoorbeeld schadelijkheid) en niet-consequentiaalistische theorieën (die de grondslag zowel vinden in de gevolgen van gedrag als in andere overwegingen, zoals morele verwerpelijkheid of strijd met absolute waarden). Geconcludeerd is, op basis van inzichten uit de neurowetenschappen, dat niet alle theorieën stand houden.

Niet-consequentiaalistische theorieën houden geen stand. Hersenonderzoek toont dat deze theorieën grotendeels zijn gebaseerd op automatische en intuïtieve processen in het brein. Deze processen bevatten (evolutionaire, culturele en individuele) vertekeningen. Dit maakt deze processen ongeschikt om een morele theorie op te baseren. Consequentiaalistische theorieën houden wel stand. Deze theorieën komen grotendeels tot stand op basis van reflectieve processen in het brein. Deze processen bevatten niet dergelijke vertekeningen: ze zijn systematisch en flexibel. Dit maakt ze geschikt om morele oordeelsvorming over strafbaarstelling op te baseren. De vraag is welke consequentiaalistische theorie de meest rechtvaardige grondslag bevat voor strafbaarstelling van gedrag. Deze vraag is in dit onderzoek niet uitvoerig beantwoord: verder onderzoek is gewenst. Wel is een aantal conclusies mogelijk. Mijns inziens houdt Devlins visie, die naar de letter van zijn werk consequentiaalistisch is, geen stand. Aldus Devlin zijn de morele intuïties van mensen bepalend voor strafbaarstelling. Deze intuïties bevatten echter vertekeningen en maken zijn criterium zeer willekeurig.

Het schadebeginsel van John Stuart Mill, zoals dat is uitgewerkt door Joel Feinberg, houdt wel stand. Ten eerste omdat het schadecriterium rekening met fundamentele en algemeen geaccepteerde (maar niet: absolute) waarden van het leven: overleven en voortplanting. Verschillende vormen van inbreuk op deze waarden worden betiteld als 'schadelijk' (moord, bedreiging, diefstal, verkrachting). Ten tweede is het schadebeginsel gebaseerd op de notie van gelijkheid tussen mensen. Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld Bentham's criterium (het grootste geluk voor de grootste groep). Ten derde is het schadebeginsel gebaseerd op reflectieve processen: deze bevatten niet de vertekeningen van de morele intuïties. Wel is het reflectieve denken systematisch en variabel. Feinberg's theorie is dat eveneens. Zijn werk hanteert een strikte logica en is puur gericht op de gevolgen van bepaald gedrag. Dit maakt het mogelijk om zeer specifiek, op basis van het reflectieve systeem in het brein, te toetsen of een bepaalde grondslag terecht is gebaseerd op het schadebeginsel. Deze redenen maken Feinberg's uitwerking van het schadebeginsel in mijn optiek tot de (tot op heden) beste algemene grondslag voor een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag.

Wat is de grondslag voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie?

Het bezit, de productie en het verspreiden van virtuele kinderpornografie is sinds 2002 in Nederland strafbaar gesteld, in artikel 240b Sr. De grondslag voor deze strafbaarstelling wordt, aldus de wetgever, gevonden in de schadelijkheid van de gedraging. Voor deze conclusie zijn in de parlementaire documentatie een viertal argumenten te onderscheiden. Ten eerste hanteert de wetgever twee argumenten, die zijn gebaseerd op schade die (mogelijk) ontstaat als gevolg van 'bewijstechnische' factoren. Een kind kan volgens de wetgever betrokken zijn geweest bij de vervaardiging van het virtuele materiaal, danwel kan het virtuele materiaal de opsporing en veroordeling van echt kinderpornografisch materiaal in

de weg staan.⁵⁹ Ten tweede hanteert de wetgever een tweetal argumenten dat is gericht op 'het voorkomen van schade'. De wetgever stelt dat schade dient te worden voorkomen die ontstaat als gevolg van het in omloop brengen van beeldmateriaal dat seksueel misbruik met minderjarigen suggereert.⁶⁰ Enerzijds omdat de mogelijkheid bestaat dat kinderen worden verleid met het materiaal. Anderzijds omdat moet worden voorkomen dat een subcultuur in stand wordt gehouden die seksueel misbruik van kinderen bevordert.⁶¹

Voldoet de grondslag voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie aan de algemene grondslag voor een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag?

De grondslag voor strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie is gelegen in de schadelijkheid van de gedraging. Om te beoordelen of deze strafbaarstelling rechtvaardig is, dient deze grondslag te worden vergeleken met de algemene grondslag voor een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag. Die wordt gevonden in Feinbergs schadebeginsel: de argumenten van de wetgever dienen dus te worden getoetst aan het toetsingskader van Feinberg. Dit is reeds gedaan, in hoofdstuk drie van dit onderzoek. Hoofdstuk drie bevat, tezamen met hoofdstuk twee, het 'traditioneel filosofische' deel van deze thesis. In hoofdstuk drie zijn de argumenten van de wetgever getoetst aan Feinbergs uitwerking van het schadebeginsel. Omdat in latere hoofdstukken is geconcludeerd dat Feinbergs theorie standhoudt vanuit neurowetenschappelijk perspectief, kan deze toets worden beschouwd als de synthese in dit onderzoek. Hier volgt een korte samenvatting van deze toets.

De toets van de argumenten van de wetgever aan Feinbergs theorie, leidt tot de conclusie dat geen van de argumenten kan worden gebaseerd op het schadebeginsel. De argumenten voldoen niet aan de twee centrale vereisten van Feinberg. De eerste twee argumenten van de wetgever zijn 'bewijstechnische' argumenten. Aldus het eerste argument belemmert de virtuele kinderpornografie de opsporing en vervolging van echte kinderpornografie: de echtheid van het materiaal kan niet worden bewezen omdat de verdachte altijd kan claimen dat het gaat om virtueel materiaal. Dit veroorzaakt schade omdat de afschrikwekkende werking van een veroordeling voor echte kinderpornografie wordt verkleind: het zorgt voor meer kindermisbruik. Dit causale verband tussen de virtuele kinderpornografie en de schade is niet heel sterk en geenszins wetenschappelijk onderbouwd.

Aldus het tweede argument leidt virtuele kinderporno tot het gebruik van echte kinderen bij de vervaardiging van virtueel materiaal. Dit causale verband is eveneens niet wetenschappelijk onderbouwd. Bovendien bestaat geen aanleiding om te veronderstellen dat echte kinderen bij de vervaardiging worden betrokken. Met een dergelijke betrokkenheid neemt een vervaardiger van virtueel materiaal namelijk grote risico's (zoals ook het Amerikaanse Hooggerichtshof opmerkt). Strikt genomen kunnen beide argumenten dus niet worden gebaseerd op het schadebeginsel, omdat onvoldoende is onderbouwd dat de virtuele kinderporno leidt tot schade aan echte kinderen.

Van belang is echter dat het eerste argument, ondanks de gebrekkige onderbouwing en formulering, wel aannemelijk is. Denkbaar is dat virtuele kinderpornografie de opsporing en vervolging van echte kinderpornografie belemmert. Dit betekent niet, mijns inziens, dat onmiddellijk *alle* virtuele kinderporno moet worden verboden: het verdient geen voorkeur om een materieelrechtelijke oplossing te kiezen voor een formeelrechtelijk probleem. Wel is een betere oplossing aanwezig: het is mogelijk om enkel 'gecertificeerde' virtuele kinderpornografie toe te staan. Dit is virtueel kinderpornografisch materiaal, dat onder toezicht van de overheid is geproduceerd. Hierdoor bestaat de zekerheid dat het materiaal nep is en geen echte kinderen zijn gebruikt voor de productie. Dergelijke 'groene kinderporno' staat de opsporing van echte kinderpornografie niet in de weg.

⁵⁹ *Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 4 (MvT).*

⁶⁰ *Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 4 (MvT).*

⁶¹ *Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 6, p. 8-9 (NV) & Kamerstukken I 2000/01, 27 745, nr. 299b, p. 2-3 (MvA).*

Het derde argument (dat virtuele kinderporno gedrag kan bevorderen dat kinderen aanmoedigt of verleidt om deel te nemen aan seksueel gedrag) kan niet op het schadebeginsel worden gebaseerd omdat de vereiste causaliteit ontbreekt tussen de gedraging en de schade. Het gaat te ver om te stellen dat het enkele *bezit* of de *vervaardiging* van virtuele kinderporno schadelijk is, als iemand anders met het door jou vervaardigde filmpje een kind verleidt. Uiteraard bestaat de mogelijkheid dat het materiaal wordt gebruikt om kinderen te verleiden, maar die mogelijkheid bestaat ook bij ander onschuldig materiaal zoals cartoons, videogames en snoepgoed. Dit stelt ook het Amerikaanse Hooggerechtshof.⁶²

Het vierde argument is het belangrijkste argument van de wetgever: virtuele kinderporno bevordert een subcultuur met een markt voor kinderporno en zet aan tot meer kindermisbruik. Ook dit argument kan niet worden gebaseerd op het schadebeginsel. De belangrijkste reden is, wederom, het ontbreken van enige wetenschappelijke onderbouwing. Dit gebrek wordt door de minister meermaals bevestigd.⁶³ Het ontbreken van deze onderbouwing is temeer van belang omdat verschillende gedragswetenschappers komen tot een tegenovergestelde conclusie. In hun optiek leidt virtuele kinderpornografie juist tot *minder* schade aan echte kinderen. De virtuele variant tempert de seksuele drift van mensen met pedofiele neigingen.⁶⁴ Deze conclusie wordt gebaseerd op onderzoek van onder meer hoogleraar Milton Diamond.⁶⁵ Dergelijk onderzoek is door de wetgever niet meegenomen in de beslissing om virtuele kinderporno te verbieden. Dit maakt dat het vierde argument ongeldig is: geenszins is vastgesteld dat virtuele kinderpornografie aan-zet tot meer kindermisbruik. Sterker nog, het tegenovergestelde is aannemelijker.

Conclusie

De conclusie is dat de argumenten van de Nederlandse wetgever niet voldoen aan Feinbergs uitwerking van het schadebeginsel. Geenszins wordt onderbouwd dat virtuele kinderpornografie schade veroorzaakt. Sterker nog, het beschikbare wetenschappelijke onderzoek maakt het aannemelijker dat virtuele kinderpornografie leidt tot minder schade. Aangezien Feinbergs uitwerking van het schadebeginsel standhoudt vanuit neurowetenschappelijk perspectief, betekent dit dat de grondslag voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie niet voldoet aan de algemene grondslag voor een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag. Dit leidt tot het antwoord op de hoofdvraag in dit onderzoek: de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie is niet rechtvaardig.

⁶² Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002), p. 13-14.

⁶³ Kamerstukken II 2000/01, 27 745, nr. 6, p. 13 (NV), *Handelingen I* 2001/02, 34, p. 1703.

⁶⁴ Diamond 2009, p. 305-306.

⁶⁵ Kutchinsky 1991, p. 47-64, Diamond 2009, p. 304-314, Diamond 2010, p. 197-199 en Endrass et al. 2009, p. 1 en 6.

6.5 Conclusie

Om de vraag te beantwoorden of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie rechtvaardig is, is eerst onderzocht wat in het algemeen een rechtvaardige grondslag is voor strafbaarstelling van gedrag. Vastgesteld is dat inzichten uit de filosofie onvoldoende duidelijkheid bieden: welke filosofische theorie bevat de meest rechtvaardige grondslag? Op deze vraag is antwoord gegeven in dit hoofdstuk, op basis van inzichten uit de gedrags- en neurowetenschappen. Ook schetst dit hoofdstuk een (neurowetenschappelijk) antwoord op de vraag waarom virtuele kinderpornografie strafbaar is gesteld. Tot slot is antwoord gegeven op de hoofdvraag in dit onderzoek.

Geconcludeerd is dat inzichten uit de gedrags- en neurowetenschappen verklaren waarom bepaalde filosofische theorieën beter zijn dan andere. Hersenonderzoek van Joshua Greene toont dat consequentiaalistische theorieën (utilitaristische) grotendeels worden ondersteund door reflectieve processen in het brein, terwijl niet-consequentiaalistische theorieën (deontologische en deugdethische) grotendeels worden ondersteund door automatische en intuïtieve processen in het brein. Echter, als gevolg van de evolutionaire, culturele en individuele ontwikkeling van de intuïtieve processen, bevatten deze processen vertekeningen. Evenzo bevatten deontologische en deugdethische theorieën (onbewust) vertekeningen.

Utilitaristische theorieën bevatten deze vertekeningen niet. Ze zijn gebaseerd op de systematische en variabele reflectieve processen in het brein. Dit maakt utilitaristische theorieën het meest geschikt om te komen tot een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag. Met name de utilitaristische theorie van Feinberg is geschikt. Zijn werk hanteert een strikte logica en is puur gericht op de gevolgen van een bepaalde gedraging. Dit maakt het mogelijk om zeer specifiek, op basis van het reflectieve systeem in het brein, te toetsen of een bepaalde strafbaarstelling terecht is gebaseerd op het schadebeginsel. Dit maakt Feinbergs uitwerking van het schadebeginsel in mijn optiek tot de (tot op heden) beste algemene grondslag voor een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag.

Voorts is in dit hoofdstuk onderzocht waarom de wetgever is overgegaan tot de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie. Het beantwoorden van deze vraag is niet strikt noodzakelijk voor de beantwoording van de hoofdvraag, maar is wel relevant: in hoofdstuk drie is geconcludeerd dat niet vast staat dat virtuele kinderporno leidt tot schade. Geschetst is in dit hoofdstuk dat de neurowetenschappen een aannemelijk antwoord bieden op deze vraag. Aannemelijk dat morele oordelen over de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie grotendeels worden gebaseerd op onbewuste en automatische emoties. Ook is aannemelijk dat deze emotionele respons bij mensen, alsook de wetgever, leidt tot een deontologisch (niet louter op het gevolg gebaseerd) oordeel: virtuele kinderporno is fout! Gezien voorgaande is goed voorstelbaar dat dit oordeel vertekeningen bevat: een gedraging wordt afgekeurd en strafbaar gesteld, terwijl geenszins vaststaat dat sprake is van schade. Dit alles geeft aanleiding tot verder onderzoek, meer specifiek naar een *duaal model voor strafbaarstelling*.

Tot slot is antwoord gegeven op de hoofdvraag: is de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie rechtvaardig? Hiertoe is de concrete grondslag voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie getoetst aan de algemene grondslag voor een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag: de argumenten van de wetgever zijn getoetst aan de theorie van Feinberg. Dit was reeds gedaan, in hoofdstuk drie. Die toets kan worden beschouwd als de synthese van dit onderzoek. Geconcludeerd is dat de argumenten van de wetgever niet voldoen aan Feinbergs vereisten. Dit betekent dat de grondslag voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie niet voldoet aan de algemene grondslag voor een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag. Dit betekent ook dat de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie niet rechtvaardig is.

6.6 Slot

Het onderwerp van dit onderzoek is de strafbaarstelling van gedrag. In breder perspectief is het onderwerp van dit onderzoek de reikwijdte van overheidsingrijpen. De vraag is in hoeverre een overheid mag ingrijpen in de handelingsvrijheid van een individu. Aangezien het strafrecht de meest ingrijpende vorm is van overheidsoptreden, is de vraag: wanneer is het voor een overheid gerechtvaardigd om gedrag strafbaar te stellen in de wet? Het werk van John Stuart Mill is gekozen als uitgangspunt om deze vraag te beantwoorden. Zijn schadebeginsel stelt dat het voor een overheid enkel is gerechtvaardigd om in te grijpen, indien gedrag schade veroorzaakt aan anderen.

Dit antwoord van Mill is van groot belang. Het verhindert dat een overheid te veel, of willekeurig, ingrijpt in het leven van mensen. Meer specifiek is Mills antwoord van belang, omdat in een democratie de macht van de overheid is gebaseerd op instemming van de meerderheid van de burgers. Het gevaar bestaat dat de overheid, ofwel de meerderheid van de burgers, beslissingen neemt die zonder rechtvaardige grondslag ingrijpen in het leven van een minderheid. Mills schadebeginsel voorkomt dit. Het is een grens aan de macht van de overheid en in mijn optiek een (ongeschreven) onderdeel van de rechtsstaat.

In dit hoofdstuk is antwoord gegeven op vraag of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie rechtvaardig is. Geconcludeerd is dat de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie door de Nederlandse wetgever onterecht is gebaseerd op het schadebeginsel: geenszins staat vast dat deze gedraging schade veroorzaakt. Dit maakt dat geen rechtvaardige grondslag bestaat voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie. Dit maakt ook dat de overheid ten onrechte intervenueert in het leven van mensen die zich bedienen van virtuele kinderporno. Deze mensen zijn in de minderheid. Zodoende intervenueert de overheid, ofwel de meerderheid van de samenleving, zonder rechtvaardige grondslag in het leven van een minderheid. Dat lijkt mij geen goede zaak.

H7 Conclusie

7.1 Algemeen

Het doel van dit onderzoek, zoals beschreven in hoofdstuk een, is het verkrijgen van inzicht in de filosofische grondslagen voor een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag en in de neurowetenschappelijke inzichten omtrent moreel keuzegedrag, teneinde te beoordelen of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie rechtvaardig is. Om dit doel te bereiken is in de daaropvolgende hoofdstukken antwoord gegeven op een aantal deelvragen. In dit afsluitende hoofdstuk worden de conclusies en aanbevelingen die hieruit volgen samengevat.

7.2 Conclusies

De hoofdvraag in dit onderzoek is of de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie rechtvaardig is. Om te komen tot een antwoord op deze vraag zijn twee subvragen beantwoord. De eerste is: wat is in het algemeen een rechtvaardige grondslag voor strafbaarstelling van gedrag? De tweede is: wat is de grondslag voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie? Deze vragen leiden tot de synthese: voldoet de grondslag voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie aan de algemene grondslag voor een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag? Beide subvragen zijn in dit onderzoek niet enkel beantwoord op basis van inzichten uit de filosofie: tevens is onderzocht wat de impact is van de gedrags- en neurowetenschappen op deze vragen.

Strafbaarstelling in het algemeen

De eerste vraag is: wat is in het algemeen een rechtvaardige grondslag voor strafbaarstelling van gedrag? Deze vraag ziet op het onderscheid tussen goed en kwaad en valt binnen de morele filosofie. In hoofdstuk twee is geschetst dat verschillende filosofische theorieën bestaan die antwoord geven op deze vraag. Onderscheid kan worden gemaakt tussen twee typen morele theorieën: enerzijds de consequentialistische theorieën (die de grondslag enkel vinden in de gevolgen van gedrag, bijvoorbeeld de schadelijkheid). Deze visies worden ook utilitaristische of teleologische visies genoemd. Anderzijds de niet-consequentialistische theorieën (die de grondslag vinden zowel in de gevolgen van gedrag als in andere overwegingen). Voorbeelden zijn theorieën die strafbaarstelling funderen in de morele verwerpelijkheid van de gedraging of in de strijd van het gedrag met absolute morele waarden.

Een voorbeeld van een consequentialistische visie is het schadebeginsel van John Stuart Mill. Hij stelt dat gedrag enkel mag worden verboden indien schade (dreigt te worden) veroorzaakt aan andere mensen. Mill definieert niet heel specifiek wat het begrip schade betekent. Joel Feinberg doet dit wel: hij werkt Mills schadebegrip uit tot een zeer gedetailleerde theorie omtrent strafbaarstelling van gedrag. De visie van Lord Devlin is - naar de letter van zijn werk - eveneens een consequentialistische theorie. Hij richt zich op de gevolgen van het gedrag voor de samenleving. Aldus Devlin wordt de samenleving verbonden door de moraal en vormt elke schending van deze moraal een bedreiging voor de samenleving. De overheid is dan ook gerechtvaardigd om in te grijpen bij een dergelijke schending. Devlin stelt echter dat de gemiddelde burger dient te bepalen wanneer sprake is van een schending, op basis van zijn gevoelens van *'intolerance, indignation and disgust'*.

Binnen de filosofie bestaan dus verschillende antwoorden op de vraag wat in het algemeen een rechtvaardige grondslag is voor strafbaarstelling van gedrag. Sommige theorieën hanteren als grondslag de schadelijkheid van het gedrag, andere hanteren de aanstootgevendheid, morele verwerpelijkheid of strijd met bepaalde absolute morele waarden als grondslag. Niet duidelijk is welke theorie voorziet in het beste, danwel meest rechtvaardige antwoord op deze vraag. De gedragswetenschappen bieden uitkomst: inzichten uit de neurowetenschappen tonen dat niet alle morele theorieën stand houden.

De gedrags- en neurowetenschappen

Om te komen tot een onderbouwing van deze conclusie, geeft hoofdstuk vier een inleiding in de gedragswetenschappen (in dit onderzoek de biologie en de psychologie). Dit is gedaan omdat de juridische opleiding niet voorziet in een gedragswetenschappelijke basis. Centraal staat het onderscheid tussen causale en functionele verklaringen van gedrag. Causale verklaringen zien op onderliggende mechanismen (zoals hersenprocessen). Dit type verklaringen ziet tevens op de ontwikkeling van deze mechanismen tijdens het leven: de invloed van cultuur en omgeving is van belang. Functionele verklaringen zien op de functie van het gedrag: hoe draagt het gedrag (of het specifieke mechanisme) bij aan de overlevingswaarde van een individu? In dit type verklaringen speelt de evolutietheorie van Charles Darwin een grote rol. Geschetst is voorts dat de neurowetenschappen (als onderdeel van de gedragswetenschappen) zich met name richten op causale verklaringen: ze trachten de werking te verklaren van de menselijke cognitieve vermogens, aan de hand van de fysieke processen in het brein.

Omdat strafbaarstelling een vorm is van menselijk gedrag, schetst hoofdstuk vier ook de belangrijkste nieuwe inzichten omtrent menselijk gedrag. Deze inzichten zijn gegroepeerd in een viertal categorieën: het onbewuste brein, het feilbare brein, het willoze brein en het sociale brein. Elke categorie schetst een aantal inzichten die afwijken van het gangbare mensbeeld. Centraal staat het inzicht dat veel menselijk gedrag grotendeels automatisch en onbewust plaatsvindt.

Aangesloten wordt bij de visie van psycholoog Daniel Kahneman. Hij stelt, tezamen met de meeste gedragswetenschappers, dat het menselijk brein grofweg twee processen bevat voor de verwerking van informatie. Enerzijds het intuïtieve systeem (de automatische en onbewuste processen), anderzijds het reflectieve systeem (de calculerende en bewuste processen). Het reflectieve systeem vervult taken die abstracter zijn of meer planning vereisen: voorbeelden zijn het uitrekenen van een ingewikkelde som: 415×37 of het kiezen van de snelste route naar een vakantiebestemming. Het intuïtieve systeem speelt de grootste rol: mensen bukken als onverwacht een bal op hen afkomt, detecteren vijandigheid in andermans stem en vullen de uitdrukking 'oorlog en ...' aan. Dit betekent dat mensen zich niet altijd bewust zijn van hun werkelijke drijfveren. Mensen rationaliseren: ze geven achteraf 'logisch klinkende' verklaringen, die niet overeenkomen met de werkelijke redenen van hun gedrag.

Het duale model voor informatieverwerking maakt ook dat het menselijke denken feilbaar is: het bevat vertekeningen. Mensen blijken niet altijd in staat om een 'rationele' keuze te maken (een keuze die het beste aansluit op hun behoeften). Ze worden beïnvloed door verschillende *heuristics* en *biases*. Dit zijn onbewuste vertekeningen in het menselijke denken. Mensen hebben bijvoorbeeld een onevenredig sterke behoefte om te willen houden wat ze hebben, ook al is een nieuwe optie vele malen beter (status quo bias). Tot slot tonen de gedragswetenschappen dat mensen minder vrij zijn in het bepalen van hun wil dan lange tijd werd aangenomen (het willoze brein), en dat mensen veel sociaal zijn dan doorgaans wordt verondersteld (het sociale brein). Ze zijn niet 'in de kern' egocentrische wezens die enkel zijn gericht op het nastreven van hun 'evolutionaire' eigenbelang. Sociaal en altruïstisch gedrag zijn juist zeer goed verklaarbaar vanuit de evolutionaire theorie.

De keuze om bepaald gedrag strafbaar te stellen is een vorm van *moreel* keuzegedrag. Daarom zijn in hoofdstuk vijf de meest recente gedrags- en neurowetenschappelijke inzichten geschetst omtrent moraliteit en moreel keuzegedrag. Dit hoofdstuk bevat het hart van dit onderzoek: het werk van neurowetenschapper en filosoof Joshua D. Greene (Harvard) staat centraal. Eerst is geschetst dat moraliteit binnen de gedragswetenschappen wordt beschouwd als een vorm van menselijke gedrag: het wordt gezien als het geheel van emoties, gevoelens, oordelen en regels, die dienen ter bevordering van de samenwerking en onderlinge steun binnen een gezamenlijk levende groep. Ook is moraliteit zowel een natuurlijk als cultureel fenomeen. Net als taal en seksualiteit, ontstaat moraliteit uit de interactie tussen verschillende *building blocks* in het brein (zoals empathie, wederkerigheid en afkeer), die grotendeels zijn aangeboren en door ervaring tijdens het leven verder worden gevormd.

Voorts schetst hoofdstuk vijf de meest recente neurowetenschappelijke inzichten omtrent moreel keuzegedrag. De inzichten zijn verdeeld in twee categorieën: het onbewuste morele brein en het feilbare morele brein. Morele oordelen komen, zoals alle menselijke oordelen, tot stand op basis van twee systemen in het brein: het intuïtieve systeem en het reflectieve systeem. Onderzoek van Jonathan Haidt toont dat intuïtieve en automatische processen de grootste rol spelen in morele keuzes. Zijn beroemde voorbeeld is de casus van Mark en Julie: een broer en zus die stiekem, eenmalig en met gebruik van voorbehoedsmiddelen, seks hebben op vakantie, wat de band tussen hen versterkt. Het reflectieve systeem speelt een minder grote rol: een moreel oordeel baseren enkel op het reflectieve systeem is lastig.

Het werk van Joshua Greene toont de neurowetenschappelijke inzichten omtrent het feilbare morele brein. Mensen blijken morele casus die feitelijk hetzelfde zijn, te beoordelen op verschillende wijze. Een voorbeeld is het treindilemma: mensen vinden het moreel juist om een persoon te doden en vijf levens te redden door een schakelaar over te halen, maar onjuist om vijf levens te redden door iemand van de brug te duwen. Een ander voorbeeld is het hulporganisatiedilemma: mensen zijn sterk geneigd om een bebloede voetganger een lift te geven naar het ziekenhuis, ook al kost dat 200 euro. Mensen zijn echter niet of nauwelijks geneigd om 200 euro over te maken aan een hulporganisatie, voor de nodige medische hulp aan mensen in een ontwikkelingsland. Greenes hersenonderzoek maakt duidelijk waarom morele beslissingen niet consistent zijn: dit komt door de interactie tussen het intuïtieve en reflectieve systeem in het brein. Dit is Greenes *dual-process theory of moral judgment*.

Greenes centrale stelling (*The central tension principle*) is dat reacties op basis van het reflectieve systeem leiden tot consequentialistische (utilitaristische) oordelen in morele casus, en dat reacties op basis van het intuïtieve systeem leiden tot niet-consequentialistische (ofwel deontologische) oordelen over gedrag. Deze stelling is gebaseerd op veel hersenonderzoek. Bovendien blijkt dat bepaalde typen gedragingen de emotionele respons in het intuïtieve systeem sterker activeren dan andere gedragingen. Dit verklaart de inconsistenties in morele oordelen: 'directe en persoonlijke' morele casus (iemand van de brug duwen) activeren een sterkere emotionele respons dan indirecte en onpersoonlijke casus (een treinschakelaar overhalen). Dit maakt dat mensen ten aanzien van persoonlijke casus vaker zijn geneigd om niet-consequentialistisch (deontologisch) te oordelen. Met andere woorden: mensen letten in dergelijke casus minder op de specifieke gevolgen van het gedrag: seks tussen broer en zus is fout!

Het verschil in de emotionele respons tussen verschillende morele casus is volgens Greene functioneel goed verklaarbaar: het menselijk brein en de menselijke emotionele reactie zijn evolutionair grotendeels 'afgestemd' op direct en persoonlijk contact. De ratio achter het onderscheid tussen persoonlijke en niet-persoonlijke casus is dan ook gebaseerd op de evolutietheorie. Mensen zijn de afgelopen miljoenen jaren geëvolueerd in een omgeving waarin alle interactie plaatsvond op een directe en persoonlijke wijze. Niet zijn de menselijke morele intuïties 'afgestemd' op een omgeving waarin abstracte en verafgelegen problemen bestonden. Dit betekent niet onmiddellijk dat het reflectieve systeem de voorkeur verdient boven het intuïtieve systeem. Beide systemen zijn van belang, zij het in verschillende situaties.

Het intuïtieve systeem is van belang in morele casus waarmee het voldoende 'ervaring' heeft. Deze ervaring is ontstaan gedurende miljoenen jaren evolutie en vormgegeven tijdens het (culturele en individuele) leven van een individu. Voorbeelden zijn de morele afkeer van de Ku Klux Klan (cultureel leren), alsook de afkeer van moord, doodslag, bedreiging en seksuele criminaliteit (deze gedragingen bestaan al miljoenen jaren). Twee ontwikkelingen maken echter dat morele casus bestaan waarmee het intuïtieve systeem geen ervaring heeft. Ten eerste de enorme groei van technologische mogelijkheden: dit heeft geleid tot 'nieuwe' morele casus zoals abortus en euthanasie, klimaatproblematiek, ontwikkelingshulp en economische criminaliteit. Ten tweede de toename van interculturaliteit (verschillende culturen die samenleven). Dit heeft geleid tot casus zoals rituele slachting, het boerkaverbod en illegaliteit.

Dergelijke morele casus noemt Greene *unfamiliar problems*: het intuïtieve systeem heeft met de casus onvoldoende ervaring. Soms leidt dit tot een overreactie: de emoties reageren te heftig, omdat ze onbekend zijn met de nieuwe technologie of interculturele verandering (abortus en euthanasie, boerkaverbod en illegaliteit). Dit leidt tot morele afkeuring van de gedraging. Soms is sprake van een onderreactie: de emoties 'ervaren' de abstracte of verafgelegen morele casus niet als kwalijk, ondanks dat sprake is van grote schade (economische criminaliteit, klimaat- en ontwikkelingsproblematiek). Het reflectieve systeem biedt in deze uitkomst: het is nuttig om de intuïties 'bij te sturen'. Het reflectieve denken is minder gebaseerd op emoties, meer flexibel en gecontroleerd, alsook in staat om zich specifiek te richten op de specifieke gevolgen van het gedrag.

Impact van de neurowetenschappen op de morele filosofie

De inzichten uit de neurowetenschappen hebben impact op de filosofische theorieën over strafbaarstelling. Deze theorieën geven antwoord op de vraag wat in het algemeen een rechtvaardige grondslag is voor strafbaarstelling van gedrag. De inzichten uit de gedragswetenschappen tonen dat niet alle filosofische theorieën stand houden. Dit is beschreven in hoofdstuk zes.

Filosofische theorieën komen tot stand op basis van menselijk denken. De gedragswetenschappen tonen dat zowel reflectieve als intuïtieve processen in het brein een rol spelen in dit denken. Aannemelijk is dat de morele theorieën eveneens tot stand komen op basis van zowel reflectieve als intuïtieve processen in het brein. De neurowetenschappen tonen echter dat intuïtieve processen (evolutionaire, culturele en individuele) vertekeningen bevatten. Greene concludeert daarom dat niet-consequentialistische theorieën geen stand houden. Hersenonderzoek toont immers dat deze theorieën grotendeels zijn gebaseerd op de automatische en intuïtieve processen in het brein. De vertekeningen in deze processen maken het intuïtieve systeem ongeschikt om een morele theorie op te baseren: de theorie bevat als vanzelfsprekend dezelfde vertekeningen. Ze bestaan grotendeels uit rationalisaties van onbewuste, morele intuïties. Niet-consequentialistische theorieën over specifiek de strafbaarstelling van gedrag, die strafbaarstelling funderen in de strijd met absolute morele waarden of de morele verwerpelijkheid van een gedraging, houden om deze reden geen stand.

Greene concludeert dat consequentialistische theorieën wel stand houden. Deze theorieën zijn grotendeels gebaseerd op de reflectieve processen in het brein. Deze processen bevatten niet de genoemde vertekeningen: ze zijn systematisch, flexibel en gecontroleerd. Dit maakt ze geschikt om morele oordeelsvorming op te baseren. De vraag is welke consequentialistische theorie de meest rechtvaardige grondslag bevat voor strafbaarstelling. Mijns inziens houdt de visie van Devlin geen stand. Ondanks dat Devlin de grondslag voor strafbaarstelling baseert op de gevolgen van het gedrag voor de samenleving, richt hij zich in de kern expliciet op de morele intuïties van mensen. Deze intuïties bevatten vertekeningen, die zijn grondslag zeer willekeurig maken. Het schadebeginsel van John Stuart Mill, zoals uitgewerkt door Joel Feinberg, houdt mijns inziens wel stand. Ten eerste omdat het schade criterium in de kern is gebaseerd op fundamentele en algemeen geaccepteerde (maar niet: absolute) waarden van het leven: overleven en voortplanting. Verschillende vormen van inbreuk op deze waarden worden betiteld als 'schadelijk' (moord, bedreiging, diefstal, verkrachting). Ten tweede omdat het schadebeginsel rekening houdt met de notie van gelijkheid tussen mensen, in tegenstelling tot bijvoorbeeld Bentham's criterium (grootste geluk voor de grootste groep).

Ten derde is het schadebeginsel, als typisch consequentialistische theorie, gebaseerd op de reflectieve processen in het brein: deze bevatten niet de vertekeningen van het intuïtieve systeem. Wel is het reflectieve denken systematisch, variabel en gecontroleerd. Feinberg's theorie is dat eveneens. Zijn werk hanteert een strikte logica en is puur gericht op de gevolgen van bepaald gedrag. Dit maakt het mogelijk om zeer specifiek, op basis van het reflectieve systeem, te toetsen of een bepaalde grondslag terecht is gebaseerd op het schadebeginsel. Deze drie redenen maken Feinberg's uitwerking van het schadebeginsel tot de (tot op heden) beste algemene grondslag voor een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag.

Strafbaarstelling in het bijzonder: virtuele kinderpornografie

De tweede vraag die van belang is om de hoofdvraag te beantwoorden, luidt: wat is de grondslag is voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie (seksueel getinte afbeeldingen van *virtuele* kinderen - nagebootst met behulp van een animatie, tekening of jong ogende meerderjarige - al dien niet op een digitale gegevensdrager)? De gedraging is in Nederland in 2002 strafbaar gesteld, in artikel 240b Sr. De grondslag voor deze strafbaarstelling wordt, aldus de wetgever, gevonden in de schadelijkheid van het materiaal. De redenen voor het verbod zijn door de wetgever zeer slordig verwoord, en de mondelinge motivering van de minister bevat verschillende inconsistenties. Met enige moeite is in de parlementaire documentatie een viertal argumenten te onderscheiden.

Ten eerste hanteert de wetgever twee argumenten, die zijn gebaseerd op schade die ontstaat als gevolg van 'bewijs-technische' factoren. Een kind kan volgens de wetgever betrokken zijn geweest bij de vervaardiging van het virtuele materiaal, wat niet is te bewijzen, danwel kan het virtuele materiaal de opsporing en veroordeling van echt kinderpornografisch materiaal in de weg staan. Ten tweede hanteert de wetgever een tweetal argumenten dat is gericht op 'het voorkomen van schade'. De wetgever stelt dat schade dient te worden voorkomen, die ontstaat als gevolg van het in omloop brengen van beeldmateriaal dat seksueel misbruik met minderjarigen suggereert. Enerzijds omdat de mogelijkheid bestaat dat kinderen worden verleid met het materiaal. Anderzijds omdat moet worden voorkomen dat een subcultuur in stand wordt gehouden die seksueel misbruik van kinderen bevordert.

Synthese

De grondslag voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie wordt dus gevonden in de schadelijkheid van de gedraging. Om te beoordelen of deze strafbaarstelling rechtvaardig is, dient deze grondslag te worden vergeleken met de algemene grondslag voor een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag: het schadebeginsel van Feinberg. Deze vergelijking is gemaakt in hoofdstuk drie, het 'traditioneel filosofische' deel van dit onderzoek. Getoetst is of de argumenten van de wetgever voldoen aan Feinbergs vereisten.

Feinberg heeft het schadebeginsel van Mill uitgewerkt tot een specifiek toetsingskader. Hij categoriseert een groot aantal menselijke behoeften, laat zien op welke menselijke behoeften inbreuk kan worden gemaakt en zet uiteen wat dit betekent voor strafbaarstelling van gedrag. Zijn specifieke analyse van het schadebegrip maakt het mogelijk om zeer nauwkeurig vast te stellen wanneer sprake is van schadelijk gedrag. Dit is het geval indien sprake is van (1) *a setback of interests, that (2) is a wrong*. Om te voldoen aan het eerste vereiste, dient te worden vastgesteld of een fundamenteel belang (*welfare interest*), na aantasting of inbreuk, in een slechtere staat verkeert dan voor de inbreuk. Om te voldoen aan het tweede vereiste moet de aantasting van dit belang onrechtmatig zijn toegebracht. Om dit te beoordelen, formuleert hij vijf subvereisten. Deze zijn uitgewerkt in hoofdstuk drie. Vereist is onder meer dat wetenschappelijk is onderbouwd dat de gedraging leidt tot schade (causaal verband).

Toets aan Feinberg

De toets aan Feinberg leidt tot de conclusie dat geen van de argumenten door de wetgever terecht is gebaseerd op het schadebeginsel. Ze voldoen niet aan de twee centrale vereisten van Feinberg. De eerste twee argumenten zijn uitermate slordig verwoord, wat tot verschillende interpretaties leidt. In de eerste interpretatie zien beiden argumenten op de schadelijkheid van de gedraging. Aldus het eerste argument belemmert virtuele kinderpornografie de opsporing en vervolging van echte kinderpornografie: de echtheid van het materiaal kan niet worden bewezen, omdat de verdachte altijd kan claimen dat het gaat om virtueel materiaal. Dit veroorzaakt schade omdat de afschrikwekkende werking van een veroordeling voor echte kinderpornografie wordt verkleind: het zorgt voor meer kindermisbruik. Dit causale verband tussen de virtuele kinderpornografie en de schade is echter niet sterk en wordt door de wetgever niet expliciet wetenschappelijk onderbouwd.

Aldus het tweede argument leidt virtuele kinderporno tot het gebruik van echte kinderen bij de vervaardiging van virtueel materiaal. Dat is schadelijk. Dit causale verband is eveneens niet wetenschappelijk onderbouwd. Bovendien bestaat geen aanleiding om te veronderstellen dat echte kinderen bij de vervaardiging worden betrokken: met een dergelijke betrokkenheid neemt een vervaardiger van virtueel materiaal grote risico's (zoals ook het Amerikaanse Hoogerechtshof concludeert in *Ashcroft*, ten aanzien van dezelfde strafbaarstelling in de V.S.). De eerste twee argumenten kunnen dus niet worden gebaseerd op het schadebeginsel.

De wetgever formuleert de eerste twee argumenten ook op een andere wijze. Meermaals wordt gesteld dat vanwege het 'bestaan' van virtuele kinderporno, echt kindermisbruik (of de echtheid van het materiaal) niet kan worden bewezen. Dit is geen beroep op het schadebeginsel: de wetgever tracht een formeelrechtelijk probleem (het niet kunnen bewijzen van de ene gedraging) op te lossen langs materieelrechtelijke weg (strafbaarstelling van een andere gedraging). Dit is nimmer een zelfstandige grondslag voor strafbaarstelling van gedrag. De te straffen gedraging dient op zichzelf strafwaardig te zijn. Overigens is een oplossing aanwezig, met betrekking tot de eerste twee argumenten. Het is mogelijk om enkel 'gecertificeerde' virtuele kinderpornografie toe te staan. Dit is virtueel kinderpornografisch materiaal, geproduceerd onder toezicht van de overheid. Het bevat een keurmerk, waardoor de zekerheid bestaat dat het nep is. Duidelijk is bovendien dat geen echte kinderen zijn gebruikt voor de productie. Ook staat dergelijke 'groene kinderporno' de opsporing van echte kinderpornografie niet in de weg: 'onbekende' virtuele kinderpornografie is namelijk nog steeds strafbaar. Deze oplossing vergt echter meer onderzoek.

Het derde argument - dat virtuele kinderporno kinderen aanmoedigt of verleidt om deel te nemen aan seksueel gedrag - is eveneens onterecht gebaseerd op het schadebeginsel. Wederom ontbreekt de vereiste causaliteit tussen de gedraging en schade. Het gaat ver om te stellen dat het enkele bezit of de vervaardiging van virtuele kinderporno schadelijk is, als iemand anders met het door jou vervaardigde filmpje een kind verleidt. Dit stelt ook het Amerikaanse Hoogerechtshof in *Ashcroft*: uiteraard bestaat de mogelijkheid dat het materiaal wordt gebruikt om kinderen te verleiden, maar die mogelijkheid bestaat ook bij ander onschuldig materiaal, zoals cartoons, videogames en snoepgoed.

Het vierde argument is het belangrijkste argument van de wetgever: virtuele kinderporno bevordert een subcultuur met een markt voor kinderporno en zet aan tot meer kindermisbruik. Dit argument klinkt dreigend, maar is eveneens onterecht gebaseerd op het schadebeginsel. De belangrijkste reden is wederom het ontbreken van enige wetenschappelijke onderbouwing. Dit gebrek wordt door de minister meermaals bevestigd. Bovendien komen verschillende gedragswetenschappers tot de conclusie dat virtuele kinderporno leidt tot *minder* schade aan kinderen. De virtuele variant tempert de seksuele drift van mensen met pedofilie. Deze conclusie wordt gebaseerd op het werk van o.a. de onderzoekers Milton Diamond en Jerome Endrass. Dergelijk onderzoek is door de wetgever niet meegenomen in de beslissing tot strafbaarstelling. Dit maakt het vierde argument ongeldig: geenszins is vastgesteld dat virtuele kinderpornografie aanzet tot meer kindermisbruik. Sterker nog, het tegenovergestelde is aannemelijker.

Conclusie

De conclusie is dat de argumenten van de Nederlandse wetgever onterecht zijn gebaseerd op het schadebeginsel. Geenszins wordt onderbouwd dat virtuele kinderpornografie schade veroorzaakt. Sterker nog, het beschikbare wetenschappelijke onderzoek maakt het aannemelijker dat virtuele kinderpornografie leidt tot minder schade. Aangezien Feinbergs schadebeginsel standhoudt vanuit neurowetenschappelijk perspectief, betekent dit dat de grondslag voor de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie niet voldoet aan de algemene grondslag voor een rechtvaardige strafbaarstelling van gedrag. Dit leidt tot het antwoord op de hoofdvraag: de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie is niet rechtvaardig.

7.3 Aanbevelingen

Voorgaande conclusies leiden tot een aantal aanbevelingen: voor verder onderzoek, voor de wetgever en voor het juridisch onderwijs. De aanbevelingen zien op alle thema's in dit onderzoek.

Aanbevelingen voor verder onderzoek

Onderzocht is de impact van de gedrags- en neurowetenschappen op de strafbaarstelling van gedrag. Meer specifiek de algemene impact onderzocht op filosofische theorieën over strafbaarstelling: welk theorieën houden stand en welke niet? Niet is onderzocht wat de concrete impact is op beslissingen tot strafbaarstelling: spelen emotie en intuïtie daadwerkelijk een doorslaggevende rol in de strafbaarstelling van bijv. virtuele kinderpornografie of ander gedrag? Dergelijk onderzoek kan aanleiding geven tot een **dual process theory of criminalization**, als uitvloeisel van Greene's theorie. Een *duaal model voor strafbaarstelling* stelt dat 1) strafbaarstelling voornamelijk is gebaseerd op snelle, intuïtieve processen en in mindere mate op langzame, reflectieve processen, 2) dat dit kan leiden tot rationalisatie en 3) dat keuzes tot strafbaarstelling *biases* kunnen bevatten: soms vindt onze intuïtie bepaald gedrag zéér schadelijk, terwijl dit rationeel gezien helemaal niet het geval is. Hiernaar is meer onderzoek wenselijk.

Dergelijk empirisch onderzoek geeft aanleiding tot nieuwe vragen. Waar komen bijvoorbeeld Feinbergs *welfare interests* vandaan en in hoeverre zijn ze absoluut? Ook interessant is de vraag wat gedragswetenschappelijk gezien 'schade' is. In hoeverre wordt door mensen niet-fysieke schade ervaren als schadelijk? Maakt empirisch onderzoek duidelijk waarom mensen belediging en racisme ervaren als schadelijk? En in hoeverre is dit causaal zichtbaar in de hersenen en functioneel te verklaren vanuit de evolutietheorie? Bovendien kunnen deze vragen normatieve impact hebben: zijn bepaalde vormen van aanstoot (belediging, discriminatie) een rechtvaardige grondslag voor strafbaarstelling, ondanks dat ze niet fysiek schadelijk zijn?

In dit onderzoek zijn voorts een aantal actuele morele casus beschreven, zoals economische criminaliteit en illegaliteit. De neurowetenschappen hebben impact op deze casus: ze tonen hoe beleidsmakers vertekeningen in hun morele oordeel kunnen vermijden. Niet is uitgebreid ingegaan op deze impact: hier liggen eveneens mogelijkheden voor verder onderzoek. Bovendien maken de snelle ontwikkelingen in de technologiesector, dat in hoog tempo nieuwe morele casus ontstaan (omtrent robotica, BCI-gestuurde voertuigen, biotechnologie en genetica). Ook de ontwikkelingen rondom de toenemende opslag en analyse van data (*Big Data*) leiden tot morele vragen, met name omtrent privacy. Relevant is de vraag hoe het menselijke morele denken omgaat met deze casus. Hoe reageert het intuïtieve systeem op robotica en op inbreuken op de privacy? En wat is 'privacy' eigenlijk, gedragswetenschappelijk gezien? Deze vragen verdienen mijns inziens bijzondere aandacht: verder onderzoek is een goed begin.

Aanbevelingen voor de wetgever

Veel inzichten uit de gedrags- en neurowetenschappen zijn in voorgaande hoofdstukken de revue gepasseerd. Deze inzichten zijn mijns inziens niet enkel relevant voor het onderwerp van dit onderzoek, maar tevens voor overheidsbeleid in het algemeen. Met name de inzichten omtrent menselijk keuzegedrag zijn relevant. Centraal staan de twee systemen in het brein: de interactie tussen het intuïtieve en het reflectieve systeem leidt niet altijd tot optimale keuzes. Deze inzichten bieden mogelijkheden: ze stellen beleidsmakers in staat om beleid en wetgeving te ontwerpen, dat beter aansluit bij de *homo sapiens* en zijn behoeften. In dit kader zijn de boeken van Kahneman, Thaler, Sunstein, Shafir en Frank zeer de moeite van het lezen waard.¹

Met name met betrekking tot de regulering van morele casus is aan te bevelen dat rekening wordt gehouden met de gedrags- en neurowetenschappelijke inzichten. In morele casus spelen altijd intuïtieve en emotionele gevoelens een rol, ook bij de wetgever en andere beleidsmakers. Deze gevoelens bevatten vertekeningen, zoals geschetst in hoofd-

¹ Kahneman 2011, Thaler & Sunstein 2008, Sunstein 2013, Shafir 2013 en Frank 2011.

stuk vijf. Dit is met name het geval ten aanzien van recente morele casus met een technologisch of intercultureel aspect, zoals illegaliteit, economische criminaliteit, milieuproblematiek, virtuele kinderpornografie en het boerkverbod. De ontwikkelingen binnen de technologie zullen bovendien leiden tot nog complexere morele casus (robotica en BCI, genetica, *google glass* en privacy). Voor dergelijke casus zijn de menselijke morele gevoelens onvoldoende aangepast. De gedrags- en neurowetenschappelijke inzichten komen van pas om de casus op waarde te schatten: zodat adequaat kan worden gereageerd vanuit de overheid.²

Specifiek met betrekking tot de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie is geconcludeerd dat de argumenten van de wetgever slordig zijn verwoord. Ook is vastgesteld dat de discussie in het parlement ongestructureerd is verlopen. Om deze redenen doet de wetgever er mijns inziens verstandig aan om het toetsingsschema van Feinberg te volgen, in het proces richting strafbaarstelling. Dit schema is weergegeven aan het eind van hoofdstuk twee. Feinbergs schema maakt dat structuur ontstaat in de discussie, dat de vertekeningen in morele oordelen worden vermeden en dat gedrag specifiek wordt beoordeeld op het schadelijke gevolg.

Aanbevelingen voor het juridisch onderwijs

Geschetst is dat de inzichten omtrent het onbewuste, feilbare, willoze en sociale (evolutionaire) brein relevant zijn voor de juridische wetenschap. Het recht regelt in de kern menselijk gedrag: het regelt de relaties tussen (groepen) mensen. Het recht bevat vele (impliciete) aannames over menselijk gedrag. In een uitspraak van de Hoge Raad over productwaarschuwingen en de aansprakelijkheid van producenten, zit bijvoorbeeld een aanname over de wijze waarop mensen reageren op die waarschuwingen. En in de keuze om vervuiling in de stad te reguleren met regelgeving, zit de aanname dat regelgeving de beste manier is om het 'vervuilende' gedrag van mensen te sturen. Deze aannames zijn lang niet altijd terecht, zo leren de gedragswetenschappen. Bovendien zal het gebruik van psychologische en biologische instrumenten in de rechtszaal toenemen: dit vraagt veel van de toekomstige jurist. Tot slot bieden de gedragswetenschappen verhelderende antwoorden op rechtsfilosofische vragen zoals 'wat is recht' en 'hoe komt een rechtssysteem tot stand'. Het lijkt mij dus wenselijk gedragswetenschappelijke inzichten toe te voegen aan het curriculum van de juridische faculteit. De UvA doet dit reeds: nu de beste faculteit van Nederland nog.

7.4 Tot besluit

*Lead us evolution, lead us
Up the futures endless stair
Chop us, change us, prod us, weed us
For stagnation is despair
Groping, guessing, yet progressing
Lead us, nobody knows where.*

*Far too long have sages vainly
Glossed great Nature's simple text
He who runs can read it plainly
'Goodness = what comes next'
By evolving, Life is solving
All the questions we perplexed.*

- C.S. Lewis.³

² Greene 2013 (2).

³ C.S. Lewis, Evolutionary Hymn, 1954.

Verkort aangehaalde literatuur

Wetenschappelijke boeken en artikelen

Adams 2001

M. Adams, 'Recht en catechismus', *Ethische perspectieven* 2001-11, p. 46-57.

Baumeister, Bloom, Greene, Haidt, Harris, Knobe & Pizzaro 2010

R.F. Baumeister, P. Bloom, J.D. Greene, J. Haidt, S. Harris, J. Knobe en D. Pizarro, 'The new science of morality: consensus statement', *Edge.org* 2010-327, google.com (zoek op *Edge 327 consensus statement*).

Beccaria 1764

C. Beccaria, *An essay on crimes and punishments*, Boston: International Pocket Library 1983 (oorspr. 1764).

Blom 2011

P. Blom, *Het verdorven genootschap* (oorspr. *The wicked Company*), Amsterdam: De Bezige Bij 2011.

Boehm 2012

C. Boehm, *Moral Origins: the evolution of virtue, altruism and shame*, New York: Basic Books 2012.

Bolhuis 2002

J.J. Bolhuis, *De evolutie van de gedragsbiologie* (oratie Utrecht), 16 oktober 2002, google.nl (zoek op *oratie Bolhuis*).

Boom, Giesen, Verheij 2008

W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht*, Den Haag: BJU 2008.

Borowski 2009

K.M. Borowski, 'Mill: aanstoot en geweld in de media', *Filosofie* 2009-2, p. 30-34.

Bowles & Gintis 2011

S. Bowles en H. Gintis, *A cooperative species*, Princeton: Princeton University Press 2011.

Buruma 2002

Y. Buruma, 'Veiligheid en privacy', *Delikt & Delinkwent* 2002-4, p. 329-339.

Buruma 2008

Y. Buruma, 'Biologie, technologie en strafrecht', *Justitiële verkenningen* 2008-01, p. 89-98.

Buruma 2011

Y. Buruma, 'Het brein, de vrije wil en het recht', *NJB* 2011-9, p. 539.

Buruma 2012

Y. Buruma, 'Ons feilbare denken en de criminaliteit', *NJB* 2012-17, p.1175.

Buskes 2006

C. Buskes, *Evolutionair denken*, Amsterdam: Uitgeverij Nieuwezijds 2006.

Chaiken & Trope 1999

S. Chaiken en Y. Trope, *Dual process theories in social psychology*, New York: Guilford 1999.

Ciaramelli et al. 2007

E. Ciaramelli, M. Muccioli, E. Làdavas & G. de Pellegrino, 'Selective deficit in personal moral judgment following damage to ventromedial prefrontal cortex', *Social cognitive and affective neuroscience* 2007-2, p. 84-92.

Cliteur 2007

P. Cliteur, 'Rousseaus kruistocht tegen de beschaving', in: A. Kinneging en R. Wiche (red.), *Het kwaad in de filosofie*, Utrecht: Het Spectrum 2007, p. 207-227.

Cohon 2010

R. Cohon, 'Hume's moral philosophy', in: E.N. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford: Stanford University 2010.

Cushman, Young & Greene 2010

F.A. Cushman, L. Young & J.D. Greene, 'Our Multi-system moral psychology: towards a consensus view', in: J.M. Doris (red.), *The Oxford handbook of moral psychology*, New York: Oxford University Press 2010, p. 47-71.

Darwin 1859

C. Darwin, *On the origin of species*, New York: Simon & Schuster 2009 (oorspr. 1859).

Darwin 1871

C. Darwin, *The descent of man*, New York: D. Appleton & Company 1871.

Devlin 1965

P. Devlin, *Morals and the criminal law*, Londen: Oxford University Press 1965.

Diamond 2009

M. Diamond, 'Pornography, Public Acceptance and Sex Related Crime: A Review'. *International Journal of Law and Psychiatry* 32: 304-314, 2009.

Diamond 2010

M. Diamond, 'Corrigendum to 'Pornography, public acceptance and sex related crime: A review' [International Journal of Law and Psychiatry 32 (2009) 304-314]. *International Journal of Law and Psychiatry* 33: 197-199, 2010.

Ditto, Pizarro & Tannenbaum 2009

P.H. Ditto, D.A. Pizarro & D. Tannenbaum, 'Motivated moral reasoning', in: B.H. Ross (red.), *Psychology of learning and motivation, moral judgment and decision making*, San Diego: Academic Press, p. 307-338.

Dworkin 1977

R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Londen: Duckworth 1977.

Elliot 1997

E. Donald Elliot, 'Law and Biology: The New Synthesis', *Faculty Scholarship Series* (Yale Law School) 1997, google.nl (zoek op *Elliot Law and biology*).

Endrass et al. 2009

J. Endrass, F. Urbaniok, L.C. Hammermeister, C. Benz, T. Elbert, A. Laubacher, A. Rossegger, 'The consumption of internet child pornography and violent and sex offending', *BMC Psychiatry* 2009-43.

Fehr & Gächter 2002

E. Fehr en S. Gächter, 'Altruistic punishment in humans', *Nature* 2002-415, p. 137-140.

Feinberg 1984

J. Feinberg, *The moral limits of the criminal law: Harm to others*, New York: Oxford University Press 1984.

Feinberg 1985

J. Feinberg, *The moral limits of the criminal law: Offense to others*, New York: Oxford University Press 1985.

Feinberg 1986

J. Feinberg, *The moral limits of the criminal law: Harm to self*, New York: Oxford University Press 1986.

Feinberg 1988

J. Feinberg, *The moral limits of the criminal law: Harmless wrongdoing*, New York: Oxford University Press 1988.

Flack & De Waal 2000

J.C. Flack & F.B.M. De Waal, 'Any animal whatever: Darwinian building blocks of morality in monkeys and apes', *Journal of consciousness studies* 2000-1/2, p. 1-29.

Flik & Oomen 2010

G. Flik en P. Oomen, 'Evoluïetheorie: Darwin en verder', in: P. Oomen & T. Smedes (red.), *Evoluïe, cultuur en religie*, Kampen: Klement 2010, p. 23-55.

Frank 2011

R.H. Frank, *The Darwin Economy*, Princeton: Princeton University Press 2011.

Galenkamp 2009 (1)

M. Galenkamp, 'John Stuart Mills On liberty: 1859 & 150 jaar later', *Filosofie* 2009-2, p. 3-9.

Galenkamp 2009 (2)

M. Galenkamp, 'Voorbij het schadebeginsel en het moralismebeginsel', *Filosofie* 2009-2, p. 35-42.

Gazzaniga 2009

M.S. Gazzaniga, R.B. Ivry, G.R. Mangun, *Cognitive neuroscience: the biology of the mind*, New York: Norton & Company 2009.

Gazzaniga 2010

M.S. Gazzaniga (red.), *A judges guide to neuroscience*, UC Santa Barbara: SAGE Center 2010.

Gommer 2007

H. Gommer, 'Gedragsbiologische achtergronden van het recht', *NJB* 2007-8, p. 442-448.

Gommer 2010

H. Gommer, 'Biologische grondslagen van het staatsrecht'. *Ethiek en Maatschappij* 2010-2, p. 25-36.

Greene et al. 2001

J.D. Greene, R.B. Sommerville, L.E. Nystrom, J.M. Darley & J.D. Cohen, 'An fMRI investigation of emotional engagement in moral judgment', *Science* 2001-293 (5537), p. 2105-2108.

Greene 2003

J.D. Greene, 'From neural 'is' to moral 'ought': what are the implications of neuroscientific moral psychology?', *Nature Reviews Neuroscience* 2003-10, p. 847-850.

Greene et al. 2004

J.D. Greene, L.E. Nystrom, A.D. Engell, J.M. Darley & J.D. Cohen, 'The neural bases of cognitive conflict and control in moral judgment', *Neuron* 2004-2, p. 389-400.

Greene & Cohen 2004

J.D. Greene & J.D. Cohen, 'Neurowetenschappen veranderen niets en alles aan het rechtssysteem' (Eng. 'Neuroscience changes nothing and everything for the law'), *Justitiële verkenningen* 2008-1, p. 99-128.

Greene 2005

J.D. Greene, 'Cognitive neuroscience and the structure of the moral mind', in: S. Laurence, P. Carruthers & S. Stich (red.), *The innate mind: structure and contents*, New York: Oxford University Press 2005, p. 338-352.

Greene 2008

J.D. Greene, 'The secret joke of Kant's soul', in: W. Sinnott-Armstrong (red.), *Moral Psychology Vol 3. The neuroscience of morality: emotion, disease and development*, Cambridge MA: MIT Press 2008, p. 35-79.

Greene 2008 (2)

J.D. Greene, 'Reply to Mikhail and Timmons', in: W. Sinnott-Armstrong (red.), *Moral Psychology Vol 3. The neuroscience of morality: emotion, disease and development*, Cambridge MA: MIT Press 2008, p. 104-117.

Greene et al. 2008

J.D. Greene, S.A. Morelli, K. Lowenberg, L.E. Nystrom, J.D. Cohen, 'Cognitive load selectively interferes with utilitarian moral judgment', *Cognition* 2008-3, p. 1144-1154.

Greene 2009

J.D. Greene, 'Fruit flies of the moral mind' (vertaling: 'Fruitvliegjes van de morele geest'), in: M. Brockman (red.), *What's next: originele essays van de volgende generatie wetenschappers*, Houten: Het Spectrum 2009, p. 103-111.

Greene 2010

J.D. Greene, 'A new science of morality, part 2', *Edge.org* 2010. (Google.com: zoek op Edge.com, Joshua Greene, a new science of morality part 2).

Greene 2011

J.D. Greene, 'Emotion and morality: a tasting menu', *Emotion Review* 2011-3, p. 227-229.

Greene 2013

J.D. Greene, 'Beyond point-and-shoot morality: why cognitive (neuro)science matters for ethics', 2013 (submitted).

Greene 2013 (2)

J.D. Greene, *Moral tribes: emotion, reason, and the gap between us and them*, New York: Penguin Press, 2013 (forthcoming).

Haidt, Koller & Dias 1993

J. Haidt, S.H. Koller & M.G. Dias 'Affect, culture and morality, or is it wrong to eat your dog?', *Journal of personality and social psychology* 1993-4, p. 613-628.

Haidt 2001

J. Haidt, 'The emotional dog and it's rational tail: A social intuitionist approach to moral judgement', *Psychological Review* 2001-4, p. 814-834.

Haidt & Kesebir 2010

J. Haidt & S. Kesebir, 'Morality', in: S. Fiske, D. Gilbert & G. Lindzey (red.), *Handbook of Social Psychology*, 5th edition, Hoboken NJ: Wiley, p. 797 - 832.

Hart 1963

H.L.A. Hart, *Law, liberty and morality*, Stanford: Stanford University Press 1963.

Harvard Law School 2012 (website)

The Project on Law and the Mind Sciences at Harvard Law School (lawandmind.com).

Haveman 1998

R.H. Haveman, *Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel* (diss. Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1998.

Henrich, Heine & Norenzayan 2010

J. Henrich, J. Heine, A. Norenzayan, 'The weirdest people in the world?', *Behavioral and brain Sciences*, 2010-2/3, p. 61-83.

Van Hooff 2011

J.A.R.A.M. van Hooff, '100% nature, 100% nurture' in: *Lichaam en Geest* (lezingenbundel), Utrecht: Studium Generale 2011.

De Hullu 1993

J. de Hullu, *Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid?* (oratie Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1993.

De Hullu 2012

J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Hulsman 1972

L.H.C. Hulsman, 'Criteria voor strafbaarstelling', in: *Strafrecht te-recht? Over dekriminalisering en depenalisering*, Baarn: In den Toren 1972, p. 80-92.

Hume 1739

D. Hume, *A treatise of human nature*, Gutenberg.org 2010. (Google.com, zoek op: the project gutenberg ebook of a treatise of human nature).

Hursthouse 2012

R. Hursthouse, 'Virtue Ethics', in: E.N. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford: Stanford University 2012.

Jones & Goldsmith 2005

O.D. Jones en T.H. Goldsmith, 'Law and behavioral biology', *Columbia Law Review* 2005-2, p. 405-502.

Kahlenberg & Wrangham 2010

S.M. Kahlenberg & R.W. Wrangham, 'Sex differences in chimpanzees' use of sticks as play objects resemble those of children', *Current biology* 2010-24, p. 1067-1068.

Kahneman 2011

D. Kahneman, *Ons feilbare denken (Thinking, fast and slow)*, Amsterdam: Business Contact 2011.

Kaspersen 2004

H.W.K. Kaspersen, 'Bestrijding van cybercrime en de noodzaak van internationale regelingen', *Justitiële verkenningen* 2004-8, p. 58-75.

KNAW 2011

Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen, *Strategische verkenning Nieuwe Biologie* (KNAW-verkenning), 2011.

Koenigs et al. 2007

M. Koenigs, L. Young, R. Adolphs, D. Tranel, F. Cushman, M. Hauser & A. Damasio, 'Damage to the prefrontal cortex increases utilitarian moral judgments', *Nature* 2007-446, p. 908-911.

De Kogel, Schrama & Smit 2011

C.H. De Kogel, W.M. Schrama, M. Smit, 'Civiel recht en de neurowetenschap', *WPNR* 2011-6912, p. 1095-1005.

Kortmann 2012

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012.

Kutchinsky 1991

B. Kutchinsky, 'Pornography and Rape: Theory and Practice? Evidence from Crime Data in Four Countries Where Pornography is Easily Available'. *International Journal of Law and Psychiatry* 14: 47-64. 1991.

Leenes, Koops en De Hert 2008

R.E. Leenes, B.J. Koops en P. de Hert, *Constitutional rights and new technologies*, Den Haag: TMC-Asser 2008.

Libet 1985

B. Libet, 'Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action', *The behavioral and brain sciences* 1985-4, p. 529-566.

Lieberman 2013

M.D. Lieberman, *Social: why our brains are wired to connect*, New York: Crown 2013 (forthcoming).

Maris 2005

C.W. Maris, 'Recht & moraal: de Hoge Raad tijdens de seksuele revolutie', *Ars Aequi* 2005-10, p. 808-814.

Maris 2009

C.W. Maris, 'Nachtschade', *Filosofie* 2009-2, p. 3-9.

Melai 1980

A.L. Melai, *Eindrapport van de adviescommissie zedelijkheidswetgeving*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1980.

Mendez et al. 2005

M.F. Mendez, E. Anderson & J.S. Shapira, 'An investigation of moral judgment in frontotemporal dementia', *Cognitive and behavioral neurology* 2005-4, p. 193-197.

Menken 2011

S.B.J. Menken, *Universeel Darwinisme* (rede ter gelegenheid van Dies Natalis UvA), Amsterdam: 10 januari 2011.

Mikhail 2008

J. Mikhail, 'Moral cognition and computational theory', in: W. Sinnott-Armstrong (red.), *Moral Psychology Vol 3. The neuroscience of morality: emotion, disease and development*, Cambridge MA: MIT Press 2008, p. 81-91.

Mill 1859

J.S. Mill, *Over vrijheid*, Amsterdam: Boom 2005 (oorspr. *On Liberty* 1859).

Moerings 2003

M. Moerings, 'Virtuele kinderporno', *Ars Aequi* 2003-1, p. 28-30.

Nelissen 2002

R.M.A. Nelissen, 'Evolutionaire verklaringen voor menselijk gedrag', *Nederlands Instituut voor Biologie (NIBI)* 2002. Zie: www.kennislink.nl/publicaties/evolutionaire-verklaringen-voor-menselijk-gedrag-i

Van der Neut 2000

J.L. van der Neut, 'Kinderpornografie. De situatie in Nederland', *DD* 2000-30, p. 108-149.

Nieuwenhuis 2002

A.J. Nieuwenhuis, annotatie bij: U.S. Supreme Court 16 april 2002, nr.00-795, *Mediaforum* 2002-6, p. 220-221.

Nisbett & Wilson 1977

R.E. Nisbett en T.D. Wilson, 'Telling more than we can know: verbal reports on mental processes', *Psychological Review* 1977-3, p. 231-259.

Nowak & Sigmund 2005

M.A. Nowak & K. Sigmund, 'Evolution of indirect reciprocity', *Nature* 2005-437, p. 1291-1298.

Nowak 2006

M.A. Nowak, 'Five rules for the evolution of cooperation', *Science* 2006-314 (5805), p. 1560-1563.

Nowak 2011

M.A. Nowak, *Supercooperators: the mathematics of evolution, altruism and human behavior*, New York: Simon and Schuster 2011.

Paxton & Greene 2010

J.M. Paxton & J.D. Greene, 'Moral reasoning: hints and allegations', *Topics in cognitive science*, 2010-3, p. 511-527.

Paxton, Ungar & Greene 2012

J.M. Paxton, L. Ungar & J.D. Greene, 'Reflection and reasoning in moral judgment', *Cognitive Science* 2012-1, p. 163-177.

Redactie Ars Aequi 2006

A. Ringnalda en J.H. Verdonschot, 'Straf Recht', *Ars Aequi* 2006-11, p. 777.

Redactie Ars Aequi 2011

L. van den Berge en W. de Zanger, 'Net echt. Of toch niet?', *Ars Aequi* 2011-11, p. 773.

De Roos 1987

Th. A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987.

De Roos 2007

Th. A. de Roos, 'Bekijk het maar. Niet dus!', *Strafblad* 2007-5, p. 374.

Rozemond 1993

K. Rozemond, 'De morele grenzen van het strafrecht', *NJB* 1993-11, p. 375-379.

Sandel 2007

Michael J. Sandel, *Justice: a reader*, Oxford University Press: 2007.

Shafir 2013

E. Shafir, *The behavioral foundations of public policy*, Princeton: Princeton University Press 2013.

Sloman 1996

S.A. Sloman, 'The empirical case for two systems of reasoning', *Psychological bulletin* 1996-1, p. 3-22.

Störig 2011

H.J. Störig, *Geschiedenis van de filosofie*, Houten: Unieboek Spectrum 2011.

Sunstein 2013

C.R. Sunstein, *Simpler: the future of government*, New York: Simon & Schuster 2013.

Swaab 2010

D.F. Swaab, *We zijn ons brein*, Amsterdam: Contact 2010.

Taylor & Quayle 2003

M. Taylor & E. Quayle, *Child pornography: an internet crime*, Hove: Brunner-Routledge 2003.

Ten Velden & De Dreu 2012

F.S. ten Velden & C.K.W. de Dreu, *Sociaalpsychologische determinanten van strafrechtelijke besluitvorming* (Publicatie Raad voor de rechtspraak), Den Haag: Sdu 2012.

Thaler & Sunstein 2008

R.H. Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*, New Haven, Yale University Press, 2008.

Tiemeijer 2011

W.L. Tiemeijer, *Hoe mensen keuzes maken*, Amsterdam University Press (WRR-publicatie), 2011.

TIME Magazine 2009

TIME Magazine, *Your Brain: a user's guide*, New York: TIME Books 2009.

Timmons 2008

M. Timmons, 'Towards a sentimentalist deontology', in: W. Sinnott-Armstrong (red.), *Moral Psychology Vol. 3. The neuroscience of morality: emotion, disease and development*, Cambridge MA: MIT Press 2008, p. 93-104.

Trivers 1971

R. Trivers, 'The revolution of reciprocal altruism', *Quarterly review of biology* 1971-1, p. 35-57.

Tversky & Kahneman 1981

A. Tversky en D. Kahneman, 'The framing of decisions and the psychology of choice', *Science* 1981-211 (4481), p. 453-458.

Vanderbilt University Law School 2012 (website)

The MacArthur foundation Research Network on Law and Neuroscience (lawneuro.org).

Verplaetse 2006

J. Verplaetse, *Het morele brein*, Antwerpen: Garant 2006.

Williams 2007

K.D. Williams, 'Ostracism: the kiss of social death', *Social en Personality Psychology Compass* 2007-1, p. 236-247.

Westerman 2012

P. Westerman, *Recht als raadsel*, Zutphen: Paris 2012.

Regelgeving

Wetten en verdragen

Stb. 2002, 388

Wet 13 juli 2002, *Stb.* 388.

Cybercrimeverdrag 2002

Verdrag inzake de bestrijding van strafbare feiten verbonden met elektronische netwerken (Cybercrimeverdrag), *Trb.* 2002, 18.

Child Pornographic Prevention Act 1996

Child Pornographic Prevention Act (1996).

PROTECT Act 2003

Prosecutorial Remedies and Other Tools to end the Exploitation of Children Today Act, 18 U.S.C (2003).

Parlementaire documenten

Handelingen II 25 oktober 1984.

Handelingen II 1994/95, 67.

Kamerstukken II 1994/95, 23682, nr. 5 (NV).

Kamerstukken II 2000/01, 27745, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2000/01, 27745, nr. 6 (NV).

Kamerstukken II 2000/01, 27745, nr. 14 (VW).

Kamerstukken I 2001/02, 27745, nr. 299b, p. 2 (MvA).

Handelingen I 2001/02, 34.

Aanwijzingen openbaar ministerie

Aanwijzing Kinderpornografie, Stcrt. 2007, 162.

Aanwijzing Kinderpornografie, Stcrt. 2010, 19121.

Jurisprudentie

Hoge Raad

HR 12 maart 2013, *NJB* 2013, 732.

Gerechtshof

Hof Den Bosch 14 april 2011, *NS* 2011, 144.

Hof Arnhem 12 april 2012, *LJN* BW3415.

Rechtbank

Rb. Den Haag 11 januari 2006, *NJFS* 2006, 61.

Rb. Den Bosch 4 februari 2008, *NJFS* 2008, 74.

Rb. Zutphen 21 december 2010, *LJN* BO8152.

Rb. Almelo 22 april 2011, *LJN* BQ2272.

Rb. Rotterdam 31 maart 2011, *NJFS* 2011, 132.

Supreme Court of the United States

Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557, 568 (1969).

Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).

New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982).

Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103 (1990).

Ashcroft v. Free Speech Coalition 16 april, 535 U.S. 234 (2002).

United States v. Williams, 555 U.S. 285 (2008).