

ONBESCHERMDE SEKS EN OPZET: GEEN NORMATIEVE UITLEG, WEL NORMATIVEREN

Mr. S.L.J. Janssen*

Op 24 juni jl. casseerde de Hoge Raad (HR) voor een tweede maal in een zogenaamde HIV-zaak¹. In deze zaken gaat het om verdachten die, wetende dat zij besmet zijn met het HIV-virus, onbeschermde gemeenschap hebben. De vraag was enkele jaren lang hoe dit strafrechtelijk aangemerkt, gekwalificeerd, moest worden. In het nu reeds beroemde arrest van 25 maart 2003 ("HIV I")² gaf de Hoge Raad al aan weinig te zien in de kwalificatie van enkele rechtbanken en gerechtshoven, die de verdachten veroordeelden wegens poging tot doodslag. De verwerping van het (voorwaardelijk) opzet zoals die aan de basis lag van dat arrest, is in de zaak van 24 juni bevestigd. Intussen heeft de strafrechtadvocatuur lucht gekregen van de zaak en bestookt de rechter met opzetverweren, in een dergelijke mate dat de Advocaat-generaal bij de Hoge Raad Mr. Wortel in zijn conclusie bij het arrest gewezen op 16 september 2003 enkele overwegingen aan het HIV I arrest wijdt³. Tijd voor een inventarisatie.

Het voorwaardelijk opzet is sinds de acceptatie van het leerstuk door de Hoge Raad een geliefd punt van discussie in literatuur en rechtszaal. Sinds vrij recente rechtspraak is het voor het bewijs van opzet de vraag of verdachte *willens en wetens de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg heeft aanvaard*⁴. Kan die vraag positief worden beantwoord, dan wordt geredeneerd dat juridisch gezien de verdachte heeft voldaan aan de lichtste vorm van opzet, en dus opzettelijk heeft gehandeld. Hierop is vanuit wetenschap en praktijk veel kritiek, met name omdat de grens met bewuste schuld, de zwaarste schuldvorm, in bepaalde gevallen flinterdun is. Verschil tussen deze twee varianten van het mogelijkheidsbewustzijn is slechts de mentale consequenties die aan het inzicht dat een bepaald gevolg kan intreden, worden verbonden. Dat inzicht is namelijk in beide gevallen aanwezig; bij voorwaardelijk opzet handelt de dader desondanks omdat hij onverschillig is met betrekking tot de mogelijk foute afloop van zijn handelen, bij bewuste schuld is de dader te optimistisch en gaat er van uit dat het wel goed zal gaan. Exemplarisch is in dat kader het *Porsche-arrest*⁵, waarin het Gerechtshof Den Bosch een automobilist die roekeloos weggedrag vertoonde dat uiteindelijk resulteerde in een dodelijke aanrijding, veroordeelde voor doodslag, het opzettelijk doden van een ander. De Hoge Raad casseerde aangezien zij het onwaarschijnlijk achtte dat de man de kans op het ongeluk voor lief had genomen; daarmee zou hij immers onverschillig moeten hebben gestaan ten aanzien van zijn eigen dood, die gezien de frontale botsing ook had kunnen intreden. Onder die omstandigheden kon er hoogstens sprake zijn van bewuste schuld, aldus de Hoge Raad.

Het zal duidelijk zijn dat de verdediging in een strafzaak per definitie zal proberen aan te tonen dat er geen sprake is geweest van onverschilligheid, maar van een verkeerde inschatting, of zelfs van een volledige afwezigheid van het inzicht dat het wel eens verkeerd zou kunnen aflopen (de onbewuste schuld). De gewoonte van het Openbaar Ministerie om elke gedraging die in zwaar letsel heeft geresulteerd of had kunnen resulteren, bijna geheel los van de omstandigheden van het geval, primair als poging tot doodslag ten laste te leggen, draagt daar natuurlijk alleen maar aan bij. Al geruime tijd geleden plaatste Mr. Eigenberg in dit blad (NJB 1995, 13) enkele bijzonder kritische kanttekeningen bij deze gewoonte, waarnaar ik graag verwijs.

De rechter staat in deze voor de lastige taak de gedachtegang van een verdachte te reconstrueren, om het hierboven genoemde onderscheid tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld te kunnen

* Advocaat bij Cleerdin & Hamer Advocaten te Amsterdam

¹ HR 24 juni 2003, Zaaknr. 01513/02

² HR 25 maart 2003, Zaaknr. 02664/01

³ HR 16 september 2003, conclusie AG Wortel d.d. 24 juni 2003, zaaknr. 00472/03.

⁴ HR 9 mei 1995, NJ 1995, 501 (Aanmerkelijke kans) en HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199 (Porsche)

⁵ HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199

maken. Duidelijk is dat hij daarbij niet in het hoofd van de verdachte kan kijken, en dus zal die afweging op een andere manier moeten geschieden. Daarbij staan hem twee mechanismen ter beschikking: objectiveren en normativeren.

Bij een objectivering wordt de verdachte vergeleken met een normaal persoon, een criteriumfiguur, en wordt aangenomen dat wat door de normale persoon wordt gedacht en gedaan ook zo door de verdachte ervaren moet zijn. Met name Peters heeft onder andere in zijn proefschrift *Opzet en schuld in het strafrecht* dit mechanisme uitgebreid besproken en bekritiseerd (“Jurist is geen psycholoog”) en voelt meer voor het normativeren. Hierbij wordt de gedraging geïnterpreteerd naar haar maatschappelijke betekenis, wordt simpel gezegd gekeken of iets er opzettelijk uitziet. De Hoge Raad heeft over het algemeen de voorkeur gegeven aan het objectiveren en slechts een enkele keer voor de normativerende benadering gekozen⁶.

Echter met het bewezen verklaren van een bewust aanvaarden is de rechter er nog niet. Zoals al gezegd zal er sprake moeten zijn van een *aanmerkelijke kans* die bewust wordt aanvaard. Daarmee ben ik weer aanbeland bij de HIV-zaken.

In het laatste nummer van het vorig jaar (NJB 2002, 24) schrijven Prof. D.H. de Jong en M. Kessler onder de titel *De HIV-test voor het voorwaardelijk opzet en andere leerstukken* een uitgebreide verhandeling over de HIV- zaken. Hierin wordt onder andere de invulling die volgens de auteurs aan het begrip *aanmerkelijke kans* moet worden gegeven, behandeld. Zij onderscheiden een feitelijke en een normatieve uitleg:

“Bij de feitelijke uitleg gaat het om een bepaalde graad van gevaar, dus vooral om een kans die kwantitatief van voldoende gewicht is om in aanmerking te komen. (...) In de normatieve uitleg dient de kans juridisch van voldoende gewicht te zijn om in aanmerking te komen. Juridisch gezien komen kansen in aanmerking – onder omstandigheden dus ook kansen die kwantitatief (zeer) klein zijn - waarvan het onaanvaardbaar is die in het leven te roepen. Het gaat met andere woorden om een risico dat niet mag worden gelopen.”

Vervolgens geven de schrijvers aan dat hun voorkeur uitgaat naar de laatste, normatieve, benadering.

In het HIV I – arrest kiest de Hoge Raad echter uitdrukkelijk voor de feitelijke uitleg. Nu de kans dat de partner van verdachte daadwerkelijk HIV oploopt én vervolgens AIDS krijgt *én daaraan uiteindelijk overlijdt* volgens rapportage van een deskundige niet (vaststelbaar) groot is, zeker gezien de incubatietijd en de zich ontwikkelende behandelingsmogelijkheden, kan de veroordeling van het Hof Leeuwarden voor poging tot doodslag niet in stand blijven. Met betrekking tot de *aanmerkelijke kans* overweegt de Hoge Raad in zijn algemeenheid:

“De beantwoording van de vraag of de gedraging de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg in het leven roept, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij betekenis toekomt aan de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht. Er is geen grond de inhoud van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ afhankelijk te stellen van de aard van het gevolg. Het zal in alle gevallen moeten gaan om een kans die naar algemene ervaringsregelen aanmerkelijk is te achten.” (mijn cursivering, SJ)

Bij de beoordeling van het bewust aanvaarden wordt in lijn met het hierboven al genoemde Porsche-arrest geoordeeld, maar wordt bovendien duidelijk wél gekozen voor een normativering. Hierbij wordt gebruik gemaakt van een criterium dat onmiddellijk herkenbaar is uit het leerstuk van de strafbare poging⁷:

“Van degene die weet heeft van de *aanmerkelijke kans* op het gevolg, maar die naar het oordeel van de rechter ervan is uitgegaan dat het gevolg niet zal intreden, kan wel worden gezegd dat hij met (grove) onachtzaamheid heeft gehandeld maar niet dat zijn opzet in voorwaardelijke vorm op dat gevolg gericht is geweest. (...) *Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties*

⁶ HR 6 februari 1951, NJ 1951, 475 (Inrijden op Agent)

⁷ HR 24 oktober 1978, NJ 1979, 52 (Cito) en HR 8 september 1987, NJ 1988, 612 (Grenswisselkantoor)

– *niet anders kan zijn dan dat verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard.*” (mijn cursivering, SJ)

De Hoge Raad kiest er dus voor wél een normatieve weging te laten plaatsvinden, maar deze buiten het terrein van de aanmerkelijke kans te houden. Dat het de Hoge Raad ernst is met deze benadering blijkt uit het arrest van 24 juni (“HIV II”). Het Hof Den Haag verwierp in die zaak, “mede in aanmerking genomen de zwaarte van het in geding zijnde rechtsbelang, te weten de bescherming van het menselijk leven”, het verweer dat de kans op besmetting niet (meer) aanmerkelijk was. Dit is voor de HR, met verwijzing naar haar uitspraak van 25 maart en het hierboven genoemde criterium, voldoende reden om te casseren. De aanmerkelijke kans is daarmee een drempel die van invloed is op de strafrechtelijk kwalificatie nog vóórdát er een normatieve toets aan te pas komt. Immers, eerst dient te worden gezien of de kans op een gevolg zodanig is dat deze aanmerkelijk kan worden geacht, en wordt dus voor wat betreft de kwalificatie al gekozen voor bijvoorbeeld poging tot doodslag of poging tot zware mishandeling, en pas daarna volgt de normatieve beoordeling van de gebeurtenissen.

In de hierboven al genoemde conclusie van Mr. Wortel beoordeelt hij deze lijn mijns inziens verkeerd wanneer hij stelt: “Praktisch gesproken lijkt het mij niet doenlijk om bij de waardering van de kans dat het verboden gevolg zal intreden de aard van de gedraging (en de omstandigheden waaronder die is begaan) los te maken van de aard van dat gevolg”. Dat het gevolg niet is los te koppelen van de gedraging, is evident. Bij de *waardering van de kans* echter is een loskoppeling zeker wel mogelijk; het gaat er om dat de normatieve waardering van de gedraging, wat het kwalificeren in strafzaken, of zelfs de essentie van het hele strafproces is, niet van invloed is op hoe groot de kans op een bepaald gevolg was (en is). Een dergelijk verband leent zich veel beter voor vaststelling vanuit de hoek van de statistiek of de exacte wetenschappen, of zelfs, zoals de Hoge Raad stelt, uit algemene ervaringsregelen. Ethiek heeft daar weinig mee van doen.

Mij lijkt dat deze lijn van de Hoge Raad de vaststelling van de aanmerkelijke kans juist wél doenlijk maakt, makkelijker zelfs, nu deze zuiverder en objectiever wordt gehouden, zodat voorwaardelijk opzet alleen kan worden aangenomen wanneer de kans dat een bepaald gevolg intreedt enigszins behoorlijk is. Is dat het geval, dan kan de rechter bij de vraag of verdachte die kans willens en wetens heeft aanvaard wél kijken naar de maatschappelijke waardering van de gebeurtenissen. Die vraag leent zich ook beter voor een normatieve waardering dan de meer wiskundig aandoende vraag naar de waarschijnlijkheid van een gevolg.

Of de rechter in geval van een juridisch groot risico juist meer of minder geneigd zal zijn uit te gaan van een aanvaarden zal in de komende jaren moeten blijken. Mijn voorkeur zou uitgaan naar een minder snel aanvaarden naarmate het mogelijk gevolg ‘erger’ is. Hoewel dit vanuit het recht gezien wellicht vreemd is, om bij een zwaarder strafrechtelijk beschermd belang minder snel tot een aanvaarden en dus tot opzet te komen dan bij een lichter feit, meen ik dat dat feitelijk juist is, en in ieder geval beter zal aansluiten bij de belevingswereld van verdachten én de dagelijkse strafpraktijk. Het onbegrip van verdachten met betrekking tot de besproken kwalificatieperikelen (“Maar natúúrlijk wilde ik ‘em niet dóódmaken! Met dát mesje?! etc”) is daar een terugkerend thema. Met het oog op een strafopleggingsdoel als speciale preventie lijkt begrip voor de handelwijze van het OM én voor het oordeel van de rechter mij toch van belang.

Tenslotte blijft de mogelijkheid tot een veroordeling voor een minder zwaar feit waarmee óók een substantiële gevangenisstraf kan worden opgelegd, natuurlijk onverminderd aanwezig. In het HIV II arrest wijst de Hoge Raad aan het eind van haar overwegingen uitdrukkelijk op de mogelijkheid het handelen van de verdachte te kwalificeren als een poging tot zware mishandeling, een delict waarmee het OM voor wat betreft te requireren straf ook zonder al teveel problemen uit de voeten zou moeten kunnen. In de HIV I zaak is inmiddels voor die optie gekozen; het Hof Arnhem veroordeelde de verdachte in die zaak op 30 juni jl. tot een gevangenisstraf van twee jaar en drie maanden.