

Unificatie in het materiele strafrecht?

*Mr. S.L.J. Janssen**

Inleiding

Het materiele strafrecht is in beweging. Aan enkele strafbepalingen is het terroristisch oogmerk toegevoegd, strafmaxima zijn verhoogd en algemene leerstukken als strafbare voorbereiding of samenspanning zijn aangepast. Daarnaast vinden er echter ook fundamentele veranderingen plaats in de jurisprudentie. Dat geldt voor het opzet, waar de ontwikkelingen rond HIV-jurisprudentie niemand ontgaan zal zijn, maar ook bij de culpa en causaliteit is een verschuiving zichtbaar die geleidelijk is, maar ingrijpende gevolgen heeft voor de vraag waar het strafproces in de kern om draait: of een bepaalde gedraging of het gevolg van een bepaalde gedraging in beginsel strafbaar is of niet.

Het fundament van een strafbaar feit wordt gevormd door de combinatie van een maatschappelijk verwerpelijke gedraging enerzijds en de intentie of verwijtbare nalatigheid ten aanzien van die gedraging anderzijds. In de gedaante van kwalificatie, deelnemingsvormen, onvoltooide delicten, strafuitsluitingsgronden etcetera kunnen nog nuanceringen worden aangebracht, maar objectieve gedraging en subjectieve beleving vormen de basis. Juist deze twee elementen lijkt de Hoge Raad in een vast model te willen vangen, waardoor de feitenrechter telkens de gebeurtenissen eerst een objectieve toets moet onderwerpen, voordat als tweede stap de zaak subjectief beoordeeld kan worden. Een 'tweetrapsraket' dus, die op soortgelijke wijze toegepast dient te worden op alle drie de genoemde leerstukken. Dit artikel zal de ontwikkeling van opzet, culpa en causaliteit in kaart brengen en op bezien of gesproken kan worden van unificatie van deze leerstukken.¹

Opzet

De aanmerkelijke kans

Met de bekende HIV-arresten heeft de Hoge Raad enkele principiële beslissingen genomen over de wijze waarop voorwaardelijk opzet dient te worden vastgesteld, waarbij de genoemde tweetrapsraket duidelijk onderscheiden kan worden.² Allereerst wordt de aanmerkelijke kans vastgesteld, waarbij de aard van het gevolg buiten beschouwing dient te worden gelaten. Vervolgens dient met behulp van de uiterlijke verschijningsvorm beoordeeld te worden of een verdachte die aanmerkelijke kans ook heeft aanvaard. Met name de aanwijzing dat de ernst van het gevolg geen rol mag spelen bij de vaststelling van de aanmerkelijke kans buiten beschouwing dient te worden gelaten, heeft een forse meningenstrijd doen losbarsten over de vraag of dit oordeel van de Hoge Raad, dat de aanmerkelijke kans niet normatief benaderd dient te worden, juist is.³ Een bijzondere omstandigheid is daarbij dat een deel van het

* *Advocaat te Amsterdam. Met dank aan Robert Malewicz.*

¹ De unificatietheorie is de (nog niet bestaande) theorie die de verschillende fundamentele theorieën in de natuurkunde met elkaar verenigt, en daarmee alle elementaire deeltjes en de fundamentele natuurkrachten in één model samenbrengt (nl.wikipedia.org).

² HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552, HR 25 juni 2003, NJ 2003, 555, HR 18 januari 2005, NJ 2005, 154 en zeer recent HR 20 februari 2007, LJN AY9659.

³ Zie bijvoorbeeld D.H. de Jong en M Kessler, 'De HIV-test voor het voorwaardelijk opzet en andere leerstukken', *NJB* 2002 nr. 45, p. 2230-2237; S.L.J. Janssen, 'Onbeschermd seks en opzet: geen normatieve uitleg, wel normativeren', *NJB* 2003 nr. 37, p. 1954-1955; F. de Jong, 'Onbeschermd seks', *DD* 2003 nr. 8, p.

discours strijd wordt uitgevochten bij de Hoge Raad zelf, en wel in de conclusies van de AG's. Ieder heeft daarbij zijn eigen wijze om stelling te nemen: Jörg lijkt het probleem te willen omzeilen door het opzet met de 'ouderwetse' objectivering te construeren,⁴ Vellinga vraagt zich voorzichtig af of "in volle omvang kan worden volgehouden dat de aard van het geschonden rechtsbelang geen enkele rol speelt bij de invulling van het begrip aanmerkelijke kans"⁵ en Wortel maakt zich zelfs onverbloemd boos over de in zijn ogen onbegrijpelijke benadering.⁶ Zonder deze heren of hun mooie conclusies tekort te willen doen wil ik hier echter met name de bijdragen van Knigge en Machielse nader belichten.

De conclusie van Knigge betreft een zaak waarbij het Hof uitgebreid feitelijk onderzoek had gedaan naar het afvuren van een schot hagel op een weggrijdende auto.⁷ Knigge maakt daarbij een uitstapje naar de strafbare poging, en meer specifiek naar de absoluut ondeugdelijke poging. Hij wijst er op dat de vereisten om tot een – straffeloze - absoluut ondeugdelijke poging te komen zo streng zijn dat een beroep daarop feitelijk nooit wordt aanvaard,⁸ en plaatst dat gegeven tegenover de aanmerkelijke kans bij het opzet. Waarom is de invulling van deze twee leerstukken, die zich beiden bezig houden met de mate van waarschijnlijkheid dat een bepaald gevolg intreedt, zo verschillend? Knigge beantwoordt die vraag door te wijzen op het moment dat er wordt getoetst. De aanmerkelijke kans dient om de intentie van de dader vast te stellen; bij de ondeugdelijke poging is dat al een gepasseerd station en staat die intentie vast. De ondeugdelijke poging wordt daardoor gekleurd: het voornemen tot het gevolg was er, waarna vervolgens uiterst klungelig is getracht uitvoering aan dat voornemen te geven. Dat de verdachte (subjectief) kwaadwillend was staat niet meer ter discussie en beïnvloedt de beoordeling van zijn (in feite objectieve) handelingen.⁹

Het verschil met de aanmerkelijke kans is dus dat daar de intentie oftewel het opzet van de verdachte juist nog niet vast staat. Bij gebreke aan directe bewijsmiddelen over de bedoeling van een verdachte maakt de rechter gebruik van het voorwaardelijk opzet, en de aanmerkelijke kans is slechts een onderdeel van de methode om dat voorwaardelijk opzet te kunnen vaststellen. Hierdoor kan deze inschatting van de waarschijnlijkheid van een gevolg niet beïnvloed worden door subjectieve factoren. Dit verklaart dat er sprake is van een andere toets. Maar dat is niet het enige. Het verklaart ook dat het minder logisch is de ernst van het gevolg bij die inschatting te betrekken: aangezien het opzet nog moet worden vastgesteld is nog niet bekend of de verdachte dat gevolg voor ogen heeft gehad en daarmee kan hem dat ook nog niet worden tegengeworpen.

Dat wordt anders wanneer de rechter heeft vastgesteld dat de kans dat een bepaald gevolg zou intreden behoorlijk groot, aanzienlijk oftewel aanmerkelijk is geweest. Het zal voor een verdachte nu lastiger zijn zich erop te beroepen dat hij zich niet gerealiseerd heeft wat de

830-849; A.J. Machielse, 'Onbeschermde seks en opzet op levensberoving', AA 2004 nr. 3, p. 155-160 en C.J. van der Wilt, 'Voorwaardelijk opzet op HIV-infectie in rechtsvergelijkend perspectief', *NJB* 2005 nr. 26, p. 1328-1332.

⁴ HR 22 juni 2004, NJ 2004, 561.

⁵ HR 18 januari 2005, NJ 2005.

⁶ HR 16 september 2003, LJV AI0034 en met name HR 6 september 2005, LJV AT2760.

⁷ HR 18 april 2006, LJV AV4871.

⁸ Zie bijv. AG Fokkens bij HR 7 oktober 2003, NJ 2004, 63: dat "van een straffeloze, absoluut ondeugdelijke poging pas wordt gesproken als de uitvoeringshandeling zo kinderlijk, zo ondoeltreffend, zo ongerijmd is, dat zij nimmer tot het door verdachte beoogde doel had kunnen leiden, zelfs onder voor hem zeer gunstige omstandigheden."

⁹ Voor een ander treffend voorbeeld van dit mechanisme: HR 20 februari 2007, LJV AZ0213, waarin de vrijspraak van Samir A. van het Gerechtshof Den Haag (18 november 2005, NJ 2006, 69) werd gecasseerd. Zie ook noot 10.

gevolgen van zijn daden zouden kunnen zijn, of dat hij de ernst van die gevolgen niet heeft kunnen voorzien. Met een redenering die het objectiveren benadert zal geredeneerd worden dat nu de kans op het gevolg aanmerkelijk was, verdachte dat geweten moet hebben. Die vaststelling zal mee worden gewogen bij de vraag of de gedraging naar zijn uiterlijke verschijningsvorm als zo zeer gericht op een bepaald gevolg moet worden aangemerkt dat het niet anders kan dan dat de verdachte die aanmerkelijke kans heeft aanvaard.¹⁰ Hier heeft de rechter dus wel de ruimte om de ernst van het gevolg erbij te betrekken. Nu bekend is dat een handeling zeer risicovol is, ernstige consequenties kan hebben, zal die handeling eerder achterwege moeten worden gelaten dan wanneer de gevolgen minder ernstig zouden zijn. Daarmee zijn we terug bij de kern van het strafrechtelijk verwijt: het wordt als maatschappelijk onacceptabel en dus strafbaar beschouwd dat iemand grote risico's neemt met het lijf of goed van een ander. De verdachte moet een goede reden of een goed excuus hebben gehad om ondanks zo'n risico te handelen. Daarbij zal hij zich moeten beroepen op de bijzondere omstandigheden van het geval: de contra-indicaties. Dat brengt mij op de conclusies van Machielse.

De contra-indicaties

Het is met name Machielse geweest die meer aandacht is gaan besteden aan de aanvaarden-component van de HIV-criteria. In een zaak waarin een minderjarige een rotje uit een tram wil gooien en, wanneer het ding al brandend via de rug van een medepassagier terug de tram in stuitert, meerdere keren probeert hem naar buiten te trappen (het rotje, niet de medepassagier), zoekt Machielse aansluiting bij het bekende Porsche-arrest.¹¹ Verwijzend naar de afgebroken inhaalpogingen van de bestuurder van de Porsche ziet hij bij de minderjarige voldoende contra-indicaties om af te leiden dat deze de aanmerkelijke kans op zwaar lichamelijk letsel (een blijvende gehoorsbeschadiging) niet had aanvaard. De Hoge Raad volgt hem daarin.¹² In een later arrest wordt deze lijn voortgezet en formuleert de Hoge Raad voor verkeerszaken een aanwijzing die haast een omkering van de reguliere aanvaarden-redenering inhoudt, te weten "dat het - behoudens aanwijzingen voor het tegendeel - naar ervaringsregelen niet waarschijnlijk is dat de verdachte de aanmerkelijke kans dat een frontale botsing met een tegemoetkomende auto zal plaatsvinden, en hij als gevolg van zijn gedraging zelf het leven zal verliezen, eveneens op de koop toe neemt".¹³ Het werpt de vraag op of deze redenering ook opgaat voor andere gevallen waarin een verdachte zelf ook een aanzienlijk risico loopt, zoals in het criminele milieu of in geweldssituaties nogal eens het geval is. In ieder geval is het aanvaarden als zelfstandig onderdeel van het voorwaardelijk opzet weer nadrukkelijk op de kaart gezet.

Concluderend is de tweetrapsraket van het voorwaardelijk opzet inmiddels stevig verankerd in het materiele strafrecht. De rechter dient steeds eerst een beslissing te nemen over de aanmerkelijke kans, welke objectief en algemeen van aard is. Wordt de kans aanmerkelijk geacht, dan kan de tweede peiler worden getoetst: heeft de verdachte die aanmerkelijke kans aanvaard? Nu er gezien die aanmerkelijkheid - behoudens verkeerssituaties - sprake is van een

¹⁰ Het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm was sinds HR 24 oktober 1978, NJ 1979, 52 (Uitzendbureau Cito) en HR 8 september 1987, NJ 1988, 612 (Grenswisselkantoor) al bekend uit de strafbare poging, maar zeer recent heeft de Hoge Raad het criterium ook toegepast in het kader van de strafbare voorbereiding: HR 20 februari 2007, LJN AZ0213 (Samir A). Over de consequenties van het op meerdere momenten toepassen van dit criterium zal hier met het oog op de lijn van dit artikel niet verder worden uitgeweid. Duidelijk is echter dat bij de poging zowel het voornemen (opzet) als het begin van uitvoering ingevuld worden met de uiterlijke verschijningsvorm en dat bij de voorbereiding een soortgelijke situatie is ontstaan. Unificatie?

¹¹ HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199.

¹² HR 15 februari 2005, LJN AR6569.

¹³ HR 5 december 2006, LJN AZ 1668.

zekere vooronderstelling dat de verdachte die kans heeft aanvaard zal deze met contra-indicaties moeten aantonen dat dit níet het geval was. Daarbij kan de rechter ook de ernst van het gevolg laten meewegen.

Culpa

Culpa, oftewel het bestanddeel ‘schuld’ in de delictomschrijving van een strafbaar feit, is één van de meest lastige begrippen in het materiele strafrecht, met name doordat het veelomvattend is. Culpa wordt op tenlasteleggingen meestal vertaald als onzorgvuldigheid, onachtzaamheid, roekeloosheid. Hierdoor maakt de wederrechtelijkheid onderdeel uit van culpa: ‘onzorgvuldig’ betekent in strijd met de geschreven of maatschappelijke regels omtrent zorgvuldigheid; in strijd dus met het (on)geschreven recht; wederrechtelijk. Verder impliceren onzorgvuldig, onachtzaam en roekeloos een verwijt, waardoor die verwijtbaarheid eveneens een onderdeel van de culpa is. Het keurige onderscheid dat het beslissingsmodel van artikel 350 Sv maakt tussen kwalificatie, wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid als drie gescheiden afzonderlijke stappen, vervalt hierdoor bij culpose delicten. De klassieke toetsing van deze culpose delicten zoals dood door schuld of zwaar lichamelijk letsel door schuld bestaat er dan uit dat eerst wordt gekeken of er sprake was van wederrechtelijk gedrag, waarbij ook de rechtvaardigingsgronden aan bod komen, vervolgens in het kader van de verwijtbaarheid de schuldsluitingsgronden worden gezien en tenslotte de rechter nog een finaal waardeoordeel kan vellen bij de laatste vraag: of er sprake was van *aanmerkelijke* verwijtbaarheid. Maar ook hier lijkt het er op dat de jurisprudentie verschuift naar het tweetraps-model, waarbij de rechter eerst een objectieve drempel moet nemen voordat dat laatste subjectieve oordeel kan worden gegeven.

Aanmerkelijke wederrechtelijkheid?

Die verschuiving is voor het eerst zichtbaar in het arrest van de Hoge Raad van 1 juni 2004.¹⁴ In deze zaak ging het om een dodelijk verkeersongeval waarbij de verdachte aanvoerde dat zij een ‘black-out’ had gehad. Zowel in de conclusie van de AG Vellinga als in de noot van (wederom) Knigge staat de vraag centraal of een enkele verkeersovertreding voldoende is om te komen tot een bewezenverklaring van culpa. Na een zeer uitgebreide behandeling van de stand van zaken van het verkeersrecht op dat moment beantwoordt Vellinga die vraag ontkennend, en concludeert dat er sprake moet zijn van een verkeersfout onder verzwarende omstandigheden. De Hoge Raad bevestigt de lezing van Vellinga niet ondubbelzinnig; er volgt geen algemeen oordeel over de benodigde mate van ernst van de verkeersovertreding. Wel volgt een overweging welke zeer bekend aandoet uit de HIV-jurisprudentie: het in het kader van het opzet zo veel besproken oordeel over de rol van de ernst van het gevolg wordt hier herhaald voor de schuld.¹⁵

In zijn noot onderscheidt Knigge twee stappen bij de Hoge Raad: “(..) eerst een voorlopig oordeel gebaseerd op het objectieve gebeuren. Subjectieve (innerlijke) factoren komen pas bij de tweede stap aan de orde. Die tweede stap concentreert zich op mogelijke bijzondere

¹⁴ HR 1 juni 2004, NJ 2005, 252.

¹⁵ “Dat brengt mee dat niet in zijn algemeenheid valt aan te geven of één verkeersovertreding voldoende kan zijn voor de bewezenverklaring van schuld (...). Daarvoor zijn immers verschillende factoren van belang, zoals de aard en de concrete ernst van de verkeersovertreding en de omstandigheden waaronder die overtreding is begaan. Voorts verdient opmerking dat niet reeds uit de ernst van de gevolgen van verkeersgedrag dat in strijd is met één of meer wettelijke gedragsregels in het verkeer, kan worden afgeleid dat sprake is van schuld in vorenbedoelde zin.”

CLEERDIN HAMER

A d v o c a t e n

omstandigheden die maken dat op het voorlopig oordeel moet worden teruggekomen.” Het zwaartepunt ligt daarbij bij de eerste stap, waar moet worden vastgesteld dat objectief gezien een ernstige fout is gemaakt. Hiermee doet de Hoge Raad recht aan het vereist dat de schuld ‘grof’ moet zijn, aldus Knigge. Dat vereiste van grofheid speelt dan geen rol meer bij de verwijtbaarheid. Afsluitend definieert Knigge culpa als “aanmerkelijk onvoorzichtig gedrag dat de dader verweten kan worden.”

De juridische gevolgen van de definitie van Knigge zijn groot.¹⁶ In plaats van dat de rechter zich afvraagt of er sprake is geweest van *een* schending van het recht en aan het eind beziet of hij alles afwegend de gedraging al dan niet aanmerkelijk verwijtbaar vindt, dient hij geheel aan het begin van het beslissingsschema vast te stellen dat er sprake is van *aanmerkelijk wederrechtelijk* handelen. Dat is een oordeel dat aanzienlijk objectiever van aard is dan, en voorafgaat aan, de normatieve waardering van de verwijtbaarheid. Kan het Openbaar Ministerie aantonen dat zich een aanmerkelijke normschending heeft voorgedaan dan is de verdachte in beginsel strafbaar, behoudens de verwijtbaarheid uitsluitende bijzondere omstandigheden. Hier zal de verdachte dus weer contra-indicaties moeten aanvoeren. In de praktijk zou die aanpak wel eens tot andere beslissingen kunnen leiden dan nu het geval is, waar verdachten worden veroordeeld voor artikel 6 WWV (dood / zwaar lichamelijk letsel door schuld in het verkeer) op grond van het feit dat de aandacht tijdelijk bij de autoradio was,¹⁷ dat er hulp van een derde had moeten worden ingeroepen bij het nemen van een onoverzichtelijke bocht¹⁸ of omdat de bestuurder van een motorvoertuig erop bedacht moet zijn dat er aan de zijkant van een provinciale weg zonder fietspad of trottoir voetgangers kunnen lopen.¹⁹ Na de vaststelling van de aanmerkelijke normschending is het verdere beslissingsmodel van artikel 6 WWV dan grotendeels gelijk aan dat van artikel 5 WWV (de overtreding gevaar veroorzaken op de weg): de strafbaarheid van een verdachte staat vast behoudens bijzondere omstandigheden.²⁰

Of de Hoge Raad daadwerkelijk naar deze benadering toe wil is niet duidelijk. Het arrest van 17 januari 2006 wordt wel gezien als bewijs van het feit dat de ernst van het gevolg, in dit geval een jongetje dat in het bijzijn van zijn moeder werd overreden, wel degelijk van invloed kan zijn op de vaststelling van schuld.²¹ Toch zou het juist bij de culpose delicten terecht zijn daarin terughoudend te zijn: anders dan bij de doleuze delicten gaat het bij schuld meestal niet om verdachten die een min of meer bewuste beslissing nemen gericht op een bepaald gevolg, maar om ‘brave burgers’ die een moment van onoplettendheid of een verkeerde inschatting van de omstandigheden zien eindigen in een drama. Dat speelt met name in het verkeer, waarbij grote aantallen mensen zich dagelijks in een situatie moeten begeven waarin zij zich blootstellen aan een aanzienlijk risico dat zij door een geringe fout grote schade toebrengen aan anderen. Ook voor het commune strafrecht is niet duidelijk of de Hoge Raad de kant van de aanmerkelijke wederrechtelijkheid op wil. In een arrest over het zogenaamde ‘leestafelzooien’ bij de studentenvereniging Minerva geeft de Hoge Raad hierover geen uitsluitsel, maar overweegt wel dat letsel veroorzakende gedragingen, begaan in een min of meer reguliere sport- of spelsituatie, minder snel tot de vaststelling van schuld zullen leiden

¹⁶ Overigens was een soortgelijke uitleg van culpa eerder betoogd: zie onder andere P.H.P.H.M.C. van Kempen, ‘De ondergrens van culpa’, *DD* 2004 afl. 9, p. 996-1014.

¹⁷ Rb Zutphen, 10 februari 2006, AV1478.

¹⁸ Rb Utrecht, 27 maart 2006, LJN AV7626.

¹⁹ Rb Roermond, 9 mei 2006, LJN AX 8593.

²⁰ Bijvoorbeeld HR 7 juni 2005, NJ 2005, 435.

²¹ Met name annotator Buruma is verontwaardigd maar ook Knigge (nu AG) had het liever anders gezien: HR 17 januari 2006, NJ 2006, 303.

dan indien diezelfde gedragingen buiten zo'n situatie zijn begaan.²² Met andere woorden: de maatschappelijke context en de binnen die context geldende regels zijn van invloed op de vraag of een gedraging als in strijd met het objectieve recht moet worden aangemerkt. Het bevestigt een kritische toetsing van de wederrechtelijkheid, maar of die wederrechtelijkheid aanmerkelijk dient te zijn is er niet mee gezegd.

Het tweetraps-model en artikel 350 Sv

De werking van de aanmerkelijke wederrechtelijkheid binnen de culpa past bijzonder goed in de hierboven beschreven toetsing van het opzet, en beiden passen goed in het zogenaamde ideaal-typische beslissingsmodel van artikel 350 Sv.²³ Het ideaaltypische model is van toepassing bij delictsom schrijvingen waarbij wederrechtelijkheid en schuld geen bestanddelen zijn, maar getoetst worden als algemene voorwaarden voor strafbaarheid (elementen). Nadat bewezen is dat een bepaalde gedraging heeft plaats gehad en deze valt binnen een delictsom schrijving, zijn de wederrechtelijkheid en de verwijtbaarheid in beginsel gegeven. Slechts met een beroep op een rechtvaardigingsgrond of een schulduitsluitingsgrond kan de verdachte die vooronderstelling nog aanvechten. Er wordt dus in eerste instantie relatief objectief gekeken naar de gebeurtenissen en de daarbij behorende wettelijke bepalingen, waarna vervolgens de bijzondere omstandigheden van daad en dader aan de orde kunnen komen. Ook een tweetrapsraket dus, met een objectieve eerste trap en een subjectieve / normatieve tweede trap. Binnen het vaststellen van de gedraging en de kwalificatie bij doleuze of culpose delicten volgen de bestanddelen opzet of culpa op hun beurt, als de bekende Russische Mamuschka-poppetjes, eenzelfde tweetrapsraket. Bij het opzet wordt eerst de vraag naar de aanmerkelijke kans beantwoord, waarna de verdachte kan trachten de vooronderstelling van opzettelijk handelen met contra-indicaties weg te nemen. Op dezelfde manier restten een verdachte in het geval van culpa, na de vaststelling van de aanmerkelijke wederrechtelijkheid, nog slechts schulduitsluitende omstandigheden.

Zou de tot slot te bespreken causaliteit een zelfde model volgen dan zou met recht gesproken kunnen worden van een unificatie van deze materieelrechtelijke leerstukken. De jurisprudentie op dat vlak is wat grilliger, maar overeenkomsten zijn zeker te ontdekken.

Causaliteit

Voordat de rechter aan de toetsing van opzet of culpa toekomt zal deze eerst moeten vaststellen dat er sprake is van causaal verband tussen de handelingen van de verdachte en het gevolg. Met name bij de culpose delicten²⁴ kan dat causaal verband een grote rol spelen. Het Openbaar Ministerie zal moeten aantonen dat er causaal verband is tussen het *verwijtbare* gedrag en het gevolg: "Hij aan wiens schuld te wijten is (...)". Het gaat dus niet om een oorzakelijk verband tussen een persoon en een gevolg, maar tussen de verwijtbare gedraging van die persoon en het gevolg, zoals door de Hoge Raad werd bevestigd in een arrest van 18 mei 2004.²⁵ Daarin werd geoordeeld dat de redenering van het Hof Leeuwarden, dat causaal verband tussen het verwijtbare gedrag en het ongeluk ontbrak aangezien de automobilist de fietser ook zou hebben aangereiden wanneer hij zich aan de snelheid had gehouden en

²² HR 31 oktober 2006, LJN AX 9180.

²³ F.A.J. Koopmans, *Het beslissingsmodel van 348/350 Sv*, Kluwer: Deventer 2002, p. 88-89.

²⁴ Bij de doleuze delicten speelt causaal verband een minder prominente rol doordat de keuze van de Officier van Justitie voor een tenlastelegging met opzet over het algemeen slechts dan gemaakt zal worden wanneer het causaal verband niet of nauwelijks ter discussie staat; dit daar opzet causaliteit veronderstelt.

²⁵ HR 18 mei 2004, NJ 2004, 512.

adequaat had gereageerd, juist was. In deze zaak sneuvelde het causaal verband op het ontbreken van de *conditio sine qua non*, welke als de ondergrens van de causaliteit wordt aangemerkt.²⁶

Conditio sine qua non

De heersende leer is dat causaliteit moet worden vastgesteld door te toeten of het gevolg redelijkerwijs aan de gedragingen van de verdachte kan worden toegerekend. Dat is een nogal open criterium, welke aan de onderzijde wordt begrensd door de *conditio sine qua non*: de gedraging van de verdachte moet een onmisbare schakel zijn in de keten van de gebeurtenissen die tot het gevolg hebben geleid. Immers, als met het wegnemen van die gedraging het gevolg nog steeds zou intreden, kan niet gezegd worden dat het gevolg door de verdachte is veroorzaakt, en vervalt de legitimatie voor strafoplegging. Een negatieve voorwaarde dus, die de redelijke toerekening op feitelijke en objectieve gronden kan corrigeren. In die rol is de *conditio sine qua non* gedurende de verschillende causaliteitstheorieën die in de loop der jaren de revue hebben gepasseerd lange tijd onveranderd gebleven.²⁷

Het lijkt er met een aantal recente arresten echter op dat juist deze *conditio sine qua non* enigszins op de helling staat. Een eerste geval betreft de vervolging van een vader die geen dokter had gewaarschuwd terwijl zijn baby van enkele maanden ernstig gewond was geraakt door de wijze waarop met name de moeder met het kindje omging.²⁸ De man werd vervolgd voor het verlaten van een hulpbehoevende, met de dood tot gevolg (art. 257 Sr). Als gevolg van die wijze van tenlasteleggen diende het Hof dus vast te stellen dat er causaal verband bestond tussen het niet inroepen van hulp, dus een nalaten, en de dood van het kind.²⁹ Dat is lastig, aangezien niet met zekerheid te zeggen is dat wanneer de vader wél hulp had gehaald, het kind niet nog steeds overleden zou zijn. Dat staat volgens zowel het cassatiemiddel als de AG Machielse aan het aannemen van causaal verband in de weg, maar de Hoge Raad oordeelt anders. Het gevaar dat zijn zoontje zou komen te overlijden was door de vader in zodanige mate verhoogd, dat het overlijden als gevolg van zijn nalaten tijdig adequate medische hulp in te roepen, redelijkerwijs aan hem kon worden toegerekend. De veronderstelling dat het ontbreken van causaal verband door de bewijsmiddelen expliciet moet worden uitgesloten, wordt als onjuist aangemerkt. De Hoge Raad geeft daarbij de voorkeur aan een meer vloeiende aanmerkelijke kans- redenering boven een strikte toepassing van de rigide *conditio sine qua non*.

Niet alleen in het geval van strafbaar nalaten (omissiedelict), ook bij strafbaar handelen (commissiedelict) valt de *conditio sine qua non* enigszins van zijn voetstuk. Op 13 juni 2006 oordeelt de Hoge Raad dat, anders dan het Hof Amsterdam had aangenomen, een hoogst onwaarschijnlijke mogelijkheid van een alternatieve gang van zaken niet aan de bewezenverklaring van causaal verband in de weg staat.³⁰ De bacteriële infectie die het slachtoffer had opgelopen en die hem fataal was geworden kon redelijkerwijs aan de messteek door de verdachte worden toegerekend, ook al was medisch niet geheel uit te sluiten dat deze infectie een (geheel) andere oorzaak had gehad. En heeft de Hoge Raad het in dit geval nog

²⁶ J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 170. R Emmelink spreekt in dat verband van een *heuristische* werking: Hazewinkel-Suringa / R Emmelink: *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 175.

²⁷ Ik noem de *causa proxima* en de voorzienbaarheidsleer. Zie noot 26.

²⁸ HR 30 september 2003, NJ 2005, 69 m.nt. Knigge.

²⁹ Terecht wijst Knigge er in de noot bij dit arrest op dat het (eveneens) ten laste leggen van dood door schuld (art. 307 Sr) hier de zaak aanzienlijk vereenvoudigd zou hebben.

³⁰ HR 13 juni 2006, LJN AV 8535.

CLEERDIN HAMER

A d v o c a t e n

over een hoogst onwaarschijnlijke mogelijkheid, op 28 november 2006 lijkt de drempel al verlaagd: “Het oordeel van het Hof dat aan een bewezenverklaring van dat causaal verband in de weg staat dat niet geheel kan worden uitgesloten dat latere handelingen van derden mede hebben geleid tot dat letsel, geeft blijk van miskennis van de hier aan te leggen maatstaf.”³¹ Het Hof had in dit geval geoordeeld, dat niet bewezen verklaard kon worden dat het hoofdletsel van het slachtoffer toegerekend kon worden aan de door verdachte uitgedeelde vuistslag, aangezien niet uitgesloten was dat dit letsel (mede) was ontstaan door de wijze waarop het slachtoffer door derden naar buiten was gebracht. Dat was niet geheel onbegrijpelijk, in aanmerking genomen dat dit was gebeurd door “terwijl hij op zijn rug op de grond lag, aan zijn armen en benen te trekken en hem via de van traptreden voorziene voordeur over de vloer naar buiten te slepen.”

In het laatste geval is van een doorbreking van de *conditio sine qua non* strikt genomen geen sprake: immers de vuistslag is wél een onmisbare schakel in de keten der gebeurtenissen, want zonder die vuistslag zou het slachtoffer ook niet aan zijn benen naar buiten zijn getrokken. Maar als de trap en niet de vuistslag het hoofdletsel heeft veroorzaakt behoort de verdachte die de klap heeft uitgedeeld van het veroorzaken van dat hoofdletsel te worden vrijgesproken, zeker nu dergelijke slachtofferzorg ook niet als voorzienbaar kan worden aangemerkt. De causaliteitstoets zoals AG Machielse deze noemt is ook bepaald niet meer objectief te noemen: “Er dient derhalve onderzocht te worden of de vuistslag in onderhavige zaak naar zijn aard geschikt was om het uiteindelijk hersenletsel teweeg te brengen en het gevaar daarvoor heeft vergroot.” Met name het begrip *vergroten*, en in de overweging van de Hoge Raad het *mede veroorzaken*, opent de deur naar allerhande subjectieve beoordelingen waarbij uiteindelijk weer aansluiting gezocht zal moeten worden bij de multi-inzetbare aanmerkelijkheid.³²

Een andere ontwikkeling?

Hoe verhoudt zich deze subjectivering van het causaal verband met de hierboven beschreven tweetrapsraket bij het opzet en de culpa, waar zoals gezien juist een beweging zichtbaar is naar het opwerpen van een objectieve barrière voorafgaand aan het moment waarop een rechter zijn subjectief oordeel mag geven over de gebeurtenissen? Er lijkt sprake te zijn van een tegengestelde benadering van een soortgelijk probleem. Wat zou er de verklaring voor zijn dat de Hoge Raad juist met de causaliteit een meer subjectieve koers lijkt te gaan varen?

Zou de redenering zijn dat met een strengere toetsing van het opzet en de culpa de teugels van de causaliteit wat lossier kunnen worden gelaten? Maar die benadering miskent het geobjectiveerde gevolg, zoals hierboven gezien in het laatstgenoemde arrest met het stenen trapje. Bovendien zijn de criteria voor het vaststellen van culpa ook zeker niet zo streng dat het causale verband en met name de *conditio sine qua non* daarin geen of een mindere rol zou hoeven spelen. Daarbij moet benadrukt worden dat causaliteit bij uitstek naar de kern van het verwijt gaat: wanneer de gedraging niet strafrechtelijk relevant is gebleken nu deze het te bestraffen gevolg niet heeft veroorzaakt, behoort een verdachte te worden vrijgesproken. Of zou er sprake zijn van een casuïstische benadering waarbij de Hoge Raad hoogdravende juridische dogmatiek niet in de weg wil laten staan aan het geven van het verdiende loon aan de pleger van een ernstig strafbaar feit, die het geluk heeft dat er onduidelijkheid is ontstaan

³¹ HR 28 november 2006, LJN AZ 0247.

³² Die inmiddels ook is opgedoken bij de invulling van het delict stalking (art. 285b Sr): zie Hof Den Haag 5 december 2006, LJN AZ3898.

over de exacte keten van gebeurtenissen?³³ In het geval van de bacteriële infectie is dat nog wel invoelbaar, bij de kroegruzie al een stuk minder. Het laatste geval illustreert ook treffend het gevaar van het prefereren van de door Machielse genoemde ‘geschiktheidsleer’ boven een strikte toepassing van de objectieve *conditio sine qua non*: het risico dat iemand wordt veroordeeld voor een feit waarvoor hij objectief gezien niet verantwoordelijk is. Het raakt de veel gelaakte opmerking van Donner dat het onder omstandigheden beter is één onschuldige te veroordelen dan tien schuldigen vrij te spreken. Hoewel niets menselijks de Hoge Raadsheren vreemd zal zijn kan ik mij toch niet voorstellen dat er niet méér achter deze beslissingen zit dan dergelijke emotionele overwegingen.

Misschien is het bovenstaande een te vergaande interpretatie van de arresten van de Hoge Raad en is slechts bedoeld te zeggen dat de feitenrechter zich niet van de beoordeling van causaal verband kan afmaken, door bij voorbaat vast te stellen dat niet is uit te sluiten dat andere factoren dan de gedragingen van de verdachte een rol hebben gespeeld bij de totstandkoming van het gevolg.³⁴ Als dat slechts de boodschap van de Hoge Raad is dan valt daar weinig op af te dingen. Ook de uitspraak inzake de bacteriële infectie is in dat licht gezien geen reden voor ongerustheid. Zoals gezien bij de laatste conclusie van Machielse bieden de uitspraken op dit terrein echter voldoende ruimte om deze anders te beschouwen.

Voor de lijn van dit artikel is tot slot aardig om vast te stellen dat niet gezegd kan worden dat de causaliteit zich heel anders ontwikkelt dan opzet of culpa. Sterker nog, ook hier kan gesteld worden dat zich een toets vormt welke deels objectief en deels subjectief van aard is. Door de aard van het causaal verband wordt in eerste instantie gekeken naar de feitelijke relatie tussen gedragingen en gevolgen, maar bij de vraag of toerekening redelijk is spelen de voorzienbaarheid of de ‘geschiktheid’ van Machielse als subjectief element in toenemende mate een rol. De *conditio sine qua non* blijft fungeren als correctie achteraf, zij het wellicht minder strikt dan voorheen. Dat de richting waarin de causaliteit zich beweegt daarmee tegengesteld lijkt te zijn aan die van opzet en culpa heeft met name te maken met het perspectief waaruit vergeleken wordt: het beginpunt is een feitelijke vaststelling van oorzaak en gevolg met een geheel objectieve *conditio sine qua non* als ondergrens. Daardoor is juist een grotere mate van subjectivering aan de orde om te komen tot een zelfde wisselwerking tussen een objectieve en een subjectieve toets als bij de andere leerstukken is geconstateerd, tussen de harde feiten enerzijds en de (veronderstelde) bedoelingen en verwachtingen van een verdachte anderzijds.

Conclusie

De term unificatie is zonder meer te pretentius. Wel kan gesteld worden dat een soortgelijke methodologie wordt toegepast op verschillende materiele leerstukken. De opbouw is daarbij dat de rechter eerst objectief naar de gebeurtenissen dient te kijken, voordat de subjectieve beleving van de verdachte en de normatieve waardering van de rechter aan de orde kunnen komen, en wel in die volgorde. Deze opbouw is verankerd in art. 350 Sv, maar is ook terug te zien bij de aanmerkelijke kans van het voorwaardelijk opzet, in de aanmerkelijke wederrechtelijkheid bij culpa en, zij het iets complexer, bij het causaal verband. Bij opzet en

³³ Zie over de gevaren van een casuïstische benadering van materieelrechtelijke leerstukken A.A. Franken, ‘Casuïstiek en legaliteit in het materieel strafrecht’, DD 2006 afl. 9, p. 949-958. Anders in het specifieke geval van causaal verband: J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer 2006, p. 173

³⁴ Een benadering die bekend is van de culpa in causa: zie bijvoorbeeld HR 13 juni 1989 NJ, 1990, 48 en HR 30 november 2004, NJ 2005, 94.

CLEERDIN HAMER

A d v o c a t e n

culpa volgt na de vaststelling van de objectieve eerste trap, respectievelijk de aanmerkelijke kans en de aanmerkelijke wederrechtelijkheid, een vooronderstelling van opzettelijk c.q. culpoos handelen, net zoals er in het ideaaltypisch beslissingmodel na bewezenverklaring en kwalificatie een vooronderstelling van strafbaar handelen is. Met een beroep op contra-indicaties kan die vooronderstelling nog worden weggenomen, bij het opzet in de toetsing van het aanvaarden, bij de culpa bij de vraag naar de verwijtbaarheid. De contra-indicaties volgen op die manier de werking van de elementen wederrechtelijkheid en schuld in het ideaaltypisch model. De causaliteit volgt tot slot een wat minder strak model, maar ook hier is een verschuiving zichtbaar naar een intensievere wisselwerking tussen een objectieve en een subjectieve toets. Door de aard van het causaal verband, welke meer feitelijk van aard is, is de volgorde daar juist dat eerst feitelijk de causale keten wordt gereconstrueerd, dan met een subjectieve benadering als de voorzienbaarheid beoordeeld wordt of toerekening redelijk is, waarna de *conditio sine qua non* de rol van een objectieve correctie op die subjectivering vervult.

Wellicht dat aan deze ontwikkelingen een fraai *masterplan* van de Hoge Raad ten grondslag ligt, om de rechtszekerheid te vergroten zonder de individuele belangen van een verdachte uit het oog te verliezen, of de feitenrechter diens persoonlijke weging van de gebeurtenissen in een strafzaak te ontnemen. In het geval van het opzet werpt die benadering zijn vruchten al af: de vaststelling van voorwaardelijk opzet is aanzienlijk uniformer en beter feitelijk onderbouwd dan voorafgaand aan de HIV-jurisprudentie het geval was.³⁵ Een soortgelijke benadering van de culpa zou eenzelfde effect kunnen hebben, hetgeen met name op het gebied van het verkeersstrafrecht bepaald wenselijk zou zijn, maar ook voor de *commune culpose delicten* een verbetering zou zijn. Wanneer tenslotte de jurisprudentie op het gebied van het causaal verband eveneens beoogt de feitenrechter te bewegen tot een concrete en onderbouwde toetsing, en de ondergrens in de vorm van de *conditio sine qua non* daarbij voldoende wordt bewaakt, zou deze grootschalige revisie van enkele van de belangrijkste leerstukken van het materiele strafrecht wel eens een aanzienlijke verbetering van de strafrechtspleging kunnen inhouden.

³⁵ Waarbij de uitbreiding van de motiveringsplicht van het gewijzigde artikel 359 lid 2 Sv niet geacht kan worden een grote rol te hebben gespeeld, mede gezien het feit dat de wijziging in de jurisprudentie al vóór de inwerkingtreding van die wet op 1 januari 2005 duidelijk zichtbaar was, en gezien de jurisprudentie over de reikwijdte van die nieuwe motiveringsplicht (m.n. HR 11 april 2006, NJ 2006, 393).