

**STRAFRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID
HEROVERWOGEN**

Over opzet, schuld, schulduitsluitingsgronden en straf

© 2008 A.A. van Dijk en Maklu-Uitgevers nv

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande en schriftelijke toestemming van de auteur en van de uitgever.

Van dit proefschrift verscheen een handelseditie bij Maklu-Uitgevers Apeldoorn/Antwerpen (ISBN 978-90-466-0177-8).

RIJKSUNIVERSITEIT GRONINGEN

**STRAFRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID
HEROVERWOGEN**

Over opzet, schuld, schulditsluitingsgronden en straf

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN HET DOCTORAAT IN DE
RECHTSGELEERDHEID
AAN DE RIJKSUNIVERSITEIT GRONINGEN
OP GEZAG VAN DE
RECTOR MAGNIFICUS, DR. F. ZWARTS,
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN OP
DONDERDAG 8 MEI 2008
OM 16.15 UUR

DOOR

ALWIN AUKE VAN DIJK
GEBOREN OP 12 FEBRUARI 1973
TE WINSUM

Promotor:

Mr. M. Otte

Beoordelingscommissie:

Prof. mr. drs. Y. Buruma

Mr. drs. J. de Hullu

Prof. mr. G. Knigge

Inhoudsopgave

HOOFDSTUK 1

INLEIDING	1
1.1 OPZET, SCHULD EN STRAF: HEROVERWEGING NODIG?	1
1.2 DOELEN, BRONNEN EN METHODEN	2
1.3 VOORUITBLIK	3
1.3.1 Inleiding	3
1.3.2 Hoofdstuk 2: schuld, schulduitsluitingsgronden en controle	4
1.3.3 Hoofdstuk 3: utilitarisme, retributivisme, controleprincipe en schuld	5
1.3.4 Hoofdstuk 4: opzet	5

HOOFDSTUK 2

SCHULD, SCHULDUITSLUITINGSGRONDEN EN CONTROLE	7
2.1 INLEIDING: VERSCHONINGSGRONDEN EN CONTROLE	7
2.2 ONDERSCHIED TUSSEN RECHTVAARDIGINGSGRONDEN EN SCHULDUITSLUITINGSGRONDEN	12
2.2.1 Inleiding	12
2.2.2 Rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden	12
2.2.3 Juist versus aanvaardbaar	15
2.2.4 Subjectief versus objectief	18
2.2.5 Besluit	21
2.3 PSYCHISCHE OVERMACHT, NOODWEEREXCES EN ONTOEREKENINGSVATBAARHEID	22
2.3.1 Inleiding	22
2.3.2 Psychische overmacht	22
2.3.3 Noodweereces	26
2.3.4 Ontoerekeningsvatbaarheid	29
2.3.5 Besluit	33
2.4 SCHULD	35
2.4.1 Inleiding	35
2.4.2 Uitgangspunten	37

2.4.3	De normatieve component van schuld	40
2.4.4	De subjectieve component van schuld I: een positieve benadering	46
2.4.4.1	Inleiding	46
2.4.4.2	Kansgrootte en de grondslag van het schuldverwijt	46
2.4.4.2.a	Inleiding	46
2.4.4.2.b	Kansgrootte bij archetypische culpose gedragingen	49
2.4.4.2.c	De grondslag van het schuldverwijt: van 'kunnen voorzien' naar 'kunnen voorkomen'	54
2.4.4.2.d	Besluit	55
2.4.4.3	Hart en de strafwaardigheid van schuld	56
2.4.4.4	Schuld en indirecte controle: doleuze en niet-doleuze schuld	57
2.4.4.5	Besluit	61
2.4.5	De subjectieve component van schuld II: een negatieve benadering	62
2.4.5.1	Inleiding	62
2.4.5.2	Acute lichamelijke of geestelijke aandoeningen	64
2.4.5.3	Psychische stoornissen	64
2.4.5.4	Chronische lichamelijke aandoeningen	66
2.4.5.5	Jeugdigheid	66
2.4.5.6	Ouderdom	67
2.4.5.7	Gebrekkige ervaring of opleiding	68
2.4.5.8	Besluit	70
2.4.6	Besluit en vooruitblik	71
2.5	AVAS	72
2.5.1	Inleiding	72
2.5.2	Avas met betrekking tot de bestanddelen van de delictsomschrijving	74
2.5.3	Avas met betrekking tot de wederrechtelijkheid I: rechtsdwaling	77
2.5.4	Avas met betrekking tot de wederrechtelijkheid II: putatieve rechtvaardiging	81
2.5.5	Besluit	83

HOOFDSTUK 3

UTILITARISME, RETRIBUTIVISME, CONTROLEPRINCIPE EN SCHULD **85**

3.1	INLEIDING	85
3.2	RECHTVAARDIGING VAN STRAF: UTILITARISME, RETRIBUTIVISME EN VERENIGINGSTHEORIE	86
3.2.1	Inleiding	86
3.2.2	Het utilitarisme: Beccaria en Bentham	88

3.2.3	Het retributivisme	92
3.2.3.1	Inleiding	92
3.2.3.2	Categorische imperatief: Kant	93
3.2.3.3	Ontkenning van onrecht: Hegel	95
3.2.3.4	Wegnemen onrechtmatige pre: Polak	97
3.2.3.5	Vergelding als communicatie: Nozick en Duff	101
3.2.4	Terugblik, de verenigingstheorie en vooruitblik	104
3.3	HET UTILITARISME EN HET STRAFFEN VAN ONSCHULDIGEN	111
3.3.1	Een utilitaristische en rechtseconomische verklaring van verschoningsgronden	111
3.3.2	Kritiek op de utilitaristische verklaring	113
3.3.3	Het utilitaristische weerwoord: bestraffing van onschuldigen is disutilitair	115
3.3.4	Straf zonder schuld: Bentham, Holmes en Peters	118
3.3.5	Gaat rechtvaardigheid boven utiliteit?	123
3.4	EEN RAWLSIAANSE THEORIE VAN VERSCHONINGSGRONDEN EN STRAF	125
3.4.1	Inleiding	125
3.4.2	Rawls' theorie van rechtvaardigheid	126
3.4.3	Het schuldbeginssel	128
3.4.4	Het schuldbeginssel in een feilbaar strafrechtelijk stelsel: retributivisme, utilitarisme en Rawlsiaanse rechtvaardigheid	131
3.4.5	Strafhoogte I: het subsidiariteitsbeginssel	137
3.4.6	Strafhoogte II: proportionaliteit en het retributivisme	140
3.4.7	Strafhoogte III: proportionaliteit en het utilitarisme	145
3.4.8	Strafhoogte IV: het vermijdbaarheidsbeginssel	149
3.4.9	Strafhoogte V: het gelijkheidsbeginssel	153
3.4.10	Het Rawlsiaanse strafrechtstelsel	155
3.4.11	Hart en het controleprincipe	159
3.4.12	Vooruitblik	163
3.5	HET CONTROLEPRINCIPE EN WETGEVING	164
3.6	INTERPRETATIE VAN SCHULD EN AVAS-SCHULD: RETRIBUTIVISME EN CONTROLEPRINCIPE	169
3.6.1	Inleiding	169
3.6.2	Het retributivisme en de interpretatie van schuld	173
3.6.2.1	Inleiding	173
3.6.2.2	Is het intreden van het gevolg van belang voor de strafwaardigheid?	176
3.6.2.3	Psychologische biases en de beoordeling van schuld	178
3.6.2.4	Nopen psychologische biases tot het afschaffen van culpose delicten?	181
3.6.2.5	Psychologische biases en de interpretatie van schuld: naar een ongebiaste retributieve intuïtie	181

3.6.2.6	Onverdiende culpose aansprakelijkheid: vier mogelijke verklaringen	186
3.6.3	Het controleprincipe en de interpretatie van schuld	189
3.6.3.1	Inleiding	189
3.6.3.2	De normatieve component van schuld: een majorinterpretatie	190
3.6.3.3	De subjectieve component van schuld: het belang van bewustheidsmomenten	191
3.6.3.4	Het verschil tussen het retributivisme en het controleprincipe	192
3.6.3.5	Onkenbaarheid en psychologische biases	194
3.6.3.6	Besluit: controle en de rechtspraak	196
3.6.4	Een vergelijking van de schuldgraad van schuld en avas-schuld	197
3.6.4.1	Schuldgraad	197
3.6.4.2	De doctrine	199
3.6.4.3	Praktische bezwaren bij het vergelijken van de schuldgraad	200
3.6.4.4	Vereisen art. 5 en 6 WWV een verschillende schuldgraad?	201
3.6.4.5	Is een verschil tussen schuld en avas-schuld in overeenstemming met het retributivisme?	203
3.6.4.6	Is een verschil tussen schuld en avas-schuld in overeenstemming met het controleprincipe?	206
3.6.4.7	Besluit	207

HOOFDSTUK 4

OPZET **211**

4.1 INLEIDING **211**

4.2 DE ACHTERGROND VAN HET DEBAT: WETSGESCHIEDENIS EN DOCTRINE **212**

4.2.1 Inleiding 212

4.2.2 Wetsgeschiedenis 212

4.2.3 De Nederlandse doctrine: drie theorieën van opzet 223

4.2.3.1 Inleiding 223

4.2.3.2 De cognitieve opzettheorie: Nieboer en Strijards 224

4.2.3.3 De volitieve opzettheorie: Rammelink 225

4.2.3.4 De normatieve opzettheorie: Kelk, De Hullu en
De Jong & Knigge 227

4.2.3.5 Besluit: opzet en Humpty Dumpty 229

4.2.4 Besluit en vooruitblik 231

4.3 IS OPZET PSYCHISCH OF NORMATIEF? **233**

4.3.1 Inleiding 233

4.3.2 Peters 241

4.3.3 Brouns 252

4.3.4	Wetsgeschiedenis	261
4.3.5	De rechtspersoon: van een ziellose entiteit naar een zielloos opzetbegrip?	264
4.3.6	Het bewijs van opzet: is het psychische onkenbaar?	271
4.3.6.1	Inleiding	271
4.3.6.2	Ryles filosofisch behaviorisme en Wittgensteins publieke taalcriteria	273
4.3.6.3	Scepticisme en de vereiste mate van zekerheid	275
4.3.6.4	De rechtvaardiging van kennis over de psyche van een ander	280
4.3.6.5	Het bewijzen van strafrechtelijk opzet	285
4.3.6.5.a	Inleiding	285
4.3.6.5.b	De inrichting van het materiële recht faciliteert het bewijs	285
4.3.6.5.c	Vooruitblik: opzet-act en opzet-object	287
4.3.6.5.d	De opzet-act heeft weinig psychische diepgang	288
4.3.6.5.e	Het opzet-object hoeft niet precies gereconstrueerd te worden	288
4.3.6.5.f	Besluit	290
4.3.6.6	Psychologische biases, opzetbewijs en het Porsche-arrest	290
4.3.7	Opzet bij storing geestvermogens	296
4.3.8	Wat pleit voor een psychisch opzetbegrip?	303
4.3.8.1	Inleiding	303
4.3.8.2	Opzet en controle	304
4.3.8.3	Opzet en het retributivisme	306
4.3.8.4	Opzet, laakbaarheid en gerechtvaardigde straf	310
4.3.8.4.a	De relatie tussen opzet en laakbaarheid	310
4.3.8.4.b	De relatie tussen opzet en gerechtvaardigde straf	313
4.3.8.4.c	Een nadeel van normatief opzet: meer ongerechtvaardigde straffen	316
4.3.8.5	De kwetsbaarheid van het teleologische argument	323
4.3.8.6	Originalisme	324
4.3.8.7	Tekstualisme	326
4.3.8.8	Wetssystematiek: de verhouding tot strafuitsluitingsgronden en de gelijkheidsassumptie	330
4.3.8.9	De grens van teleologie en het lenitybeginsel	333
4.3.8.10	Besluit	339
4.3.9	Vooruitblik: I have a dream...	341
4.4	DRIE PARADIGMA'S VAN OPZET: DOELOPZET, ZEKERHEIDSOPTZET EN KANSOPZET	346
4.4.1	Doelopzet, zekerheidsopzet en kansopzet	346
4.4.2	De 'Doctrine of Double Effect': pro en contra	352
4.4.2.1	De 'Doctrine of Double Effect'	352
4.4.2.2	De 'Doctrine of Double Effect': pro	357
4.4.2.3	De 'Doctrine of Double Effect': contra	359
4.4.3	Komt zelfstandige betekenis toe aan het paradigma doelopzet?	363
4.4.3.1	Inleiding	363
4.4.3.2	Contra I: de controversiële status van doelopzet	364

4.4.3.3	Contra II: de morele neutraliteit van het strafrechtelijk opzet	365
4.4.3.4	Contra III: een begripsmatig bezwaar	368
4.4.3.5	Besluit	369
4.4.4	Besluit	370
4.5	AARD EN INHOUD VAN OPZET: OPZET-ACT EN OPZET-OBJECT	371
4.5.1	Inleiding	371
4.5.2	Intentionaliteit en de structuur van opzet	371
4.5.3	Inhoud opzet-object: waar is opzet op gericht?	374
4.5.3.1	Opzet-object, actus reus en het correspondentiebeginsel	374
4.5.3.2	Intermezzo: Freges 'Over betekenis en verwijzing'	375
4.5.3.3	Actus reus en correspondentie maken geen deel uit van opzet	377
4.5.3.4	Het opzet-object	380
4.5.4	Aard psychische act: bestaat opzet uit 'willen' of 'weten'?	381
4.5.4.1	Inleiding: voorstellingen, oordelen en waarderingen	381
4.5.4.2	Opzet en voorstelling	387
4.5.4.3	Opzet en oordeel	389
4.5.4.3.a	Inleiding	389
4.5.4.3.b	Het positieve oordeel en het negatieve oordeel	389
4.5.4.3.c	Het kansbegrip	391
4.5.4.3.d	Het kwantitatieve, kwalitatieve en impliciete kansoordeel	394
4.5.4.3.e	Naschrift: Hiv-arrest III en IV	402
4.5.4.4	Opzet en waardering	408
4.5.4.4.a	Inleiding	408
4.5.4.4.b	Alleen doelopzet bestaat uit 'willen' en 'weten'	409
4.5.4.4.c	Moddermans retorische manoeuvre: 'willen' = 'weten'	411
4.5.4.4.d	De bewijsrechtelijke rol van 'willen'	413
4.5.4.4.e	Rawlsiaanse straftheorie en controle: de irrelevantie van 'willen'	418
4.5.4.4.f	Het verschil tussen opzet en schuld scharniert niet om 'willen'	421
4.5.4.4.g	Besluit: naar een opzetbegrip zonder 'willen'?	428
	AANGEHAALDE LITERATUUR	431
	ABSTRACT	481

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 OPZET, SCHULD EN STRAF: HEROVERWEGING NODIG?

Opzet, schuld en straf behoren tot de meest besproken thema's uit het strafrecht. Het is daarom legitiem de vraag te stellen wat een heroverweging van deze thema's rechtvaardigt. De rechtvaardiging moet voor een belangrijk deel gevonden worden in de geïntegreerde behandeling van deze thema's. Opzet, schuld en schulduitsluitingsgronden vormen het voorportaal van de rechterlijke strafbevoegdheid. Iemand kan pas gestraft worden voor doodslag als vaststaat dat hij opzettelijk een ander van het leven heeft beroofd. Dat lijdt uitzondering als sprake is van psychische overmacht, noodweerexces of ontoerekeningsvatbaarheid. Bij het delict dood door schuld moet bewezen worden dat iemand schuld heeft aan de dood. Bij dit culpose delict kan een minder hoge straf opgelegd worden dan bij het doleuze delict doodslag.

Het is de vraag hoe begrippen als opzet, schuld, psychische overmacht of avas geïnterpreteerd moeten worden. In de doctrine bestaat geen overeenstemming over de wijze waarop opzet geïnterpreteerd moet worden. Sommige auteurs menen dat opzet een normatief begrip is. In die visie heeft opzet geen betrekking op een psychische gesteldheid. Andere auteurs menen dat opzet wel degelijk een psychisch begrip is. Men verschilt echter van mening over de vraag welke psychische betrekking vereist is. Gaat het vooral om 'willen' of om 'weten'? Over de interpretatie van schuld kan men eveneens van mening verschillen. Peters stelt in zijn proefschrift dat iemand schuld heeft als het nuttig is hem te straffen. In die visie is het niet van belang of iemand een verwijt gemaakt kan worden. Andere auteurs sluiten bij de interpretatie van schuld aan bij de morele verderfelijkerheid van de verdachte. In die visie mag iemand alleen gestraft worden als hem een ernstig moreel verwijt gemaakt kan worden.

In deze studie wordt uitgebreid aandacht besteed aan de interpretatie van opzet, schuld en schulduitsluitingsgronden. Hierbij wordt acht geslagen op de doelen die ten grondslag gelegd kunnen worden aan de straf. Mag alleen gestraft worden om de hoeveelheid geluk middels preventie te vergroten (utilitarisme)? Mag alleen gestraft worden om een kwade gezindheid te vergelden (retributivisme)? Of kunnen utiliteit en rechtvaardigheid gecombineerd worden tot een coherente verenigingstheorie? Het antwoord op deze vragen kan van belang zijn voor de interpretatie van opzet, schuld en schulduitsluitingsgronden. Veel retributivisten twijfelen aan de strafwaardigheid van culpose delicten.

Is straf wel verdiend als geen sprake is van opzet? Deze visie kan nopen tot een restrictieve interpretatie van schuld. Als alleen acht geslagen wordt op utilitaristische doelen, dan verdient een ruime interpretatie van schuld wellicht de voorkeur. Een restrictieve interpretatie van schuld zou in de weg kunnen staan aan het realiseren van preventie.

Het onderzoek naar de relatie tussen de doelen van straf en strafrechtelijke aansprakelijkheid vormt het hart van deze studie. De bevindingen verschaffen een referentiekader aan de hand waarvan de interpretatie van opzet, schuld en avas getoetst kan worden. Deze benadering wijkt af van de wijze waarop deze begrippen doorgaans in de Nederlandse literatuur worden benaderd. Vaak wordt gekozen voor een interne benadering, waarbij wetsgeschiedenis en rechtspraak systematisch in kaart worden gebracht. Men beperkt zich vervolgens tot het toetsen van de interne consistentie. Is de rechtspraak in overeenstemming met de wetsgeschiedenis en eerdere jurisprudentie? Deze benadering heeft grote verdiensten, maar is niet zonder beperkingen. Het is lastig om vanuit dit perspectief kritiek uit te oefenen op of richting te bieden aan de rechtspraak. Waarom verdient een bepaalde interpretatie van opzet of schuld de voorkeur boven een andere? Het beantwoorden van dit soort vragen vereist een buiten het domein van wetsgeschiedenis en rechtspraak gelegen referentiekader. Dit onderzoek beoogt in die behoefte te voorzien.

1.2 DOELEN, BRONNEN EN METHODEN

Deze studie beoogt antwoorden te formuleren op rechtsvragen die spelen binnen het Nederlandse strafrecht. Welke doelen moeten ten grondslag gelegd worden aan de strafoplegging? Hoe moeten opzet, schuld en schulditsluitingsgronden geïnterpreteerd worden? Bij het beantwoorden van deze vragen wordt uiteraard acht geslagen op de wetsgeschiedenis, jurisprudentie en Nederlandse strafrechtelijke literatuur. Daarnaast worden echter veel andere bronnen geraadpleegd. In de eerste plaats wordt veel gebruikgemaakt van inzichten uit de Angelsaksische rechtsfilosofie. De relatie tussen strafrechtelijke aansprakelijkheid en de rechtvaardiging van straf heeft hier veel aandacht gehad. Auteurs als Bentham, Hart en Moore hebben belangrijke bijdragen aan dit debat geleverd. In de tweede plaats wordt acht geslagen op inzichten uit de algemene filosofie. Bij de rechtvaardiging van straf besteed ik aandacht aan Kant, Hegel en Rawls. Bij de bespreking van opzet ga ik in op filosofische thema's als de kenbaarheid van het psychische, het kansbegrip en de 'Doctrine of Double Effect'. Ten slotte worden psychologische inzichten in aanmerking genomen. Bij het bespreken van schuld besteed ik aandacht aan psychologische biases. Het psychische karakter van opzet wordt besproken aan de hand van de theorie van de psycholoog en filosoof Brentano. Bovendien ga ik in op de relatie tussen psychische stoornissen en opzet.

In Nederland zijn de laatste jaren veel publicaties over opzet en schuld verschenen. Ik besteed slechts bij uitzondering aandacht aan recente publicaties.

Ik bespreek de Nederlandse doctrine primair aan de hand van handboeken en aan dit onderwerp gewijde proefschriften. Op die wijze kon het debat tot hoofdlijnen beperkt blijven. Daarnaast verdient opmerking dat de rechtspraak van de Hoge Raad bepaald geen hoofdrol speelt. Belangrijke arresten als Melk en water, Porsche en Hiv worden inhoudelijk besproken. Voor het overige wordt rechtspraak primair ter illustratie aangehaald. Deze studie staat in het teken van een materieelrechtelijke omlijning van opzet en schuld. Wat is de inhoud en structuur van deze begrippen? Arresten van de Hoge Raad hebben vaak een sterk feitelijke inslag. De Hoge Raad beperkt zich tot het toetsen van de vraag of opzet of schuld uit de bewijsmiddelen kon worden afgeleid. De materieelrechtelijke betekenis van dergelijke arresten is gering.

In deze studie worden uiteenlopende onderwerpen (opzet; schuld; straf) besproken vanuit uiteenlopende perspectieven (juridisch; filosofisch; psychologisch). Ik heb ernaar gestreefd mijn bevindingen met zo weinig mogelijk omhaal van woorden uiteen te zetten. Dat heeft als voordeel dat de omvang van het boek redelijk beperkt is gebleven. Anderzijds vrees ik dat het boek zich soms laat lezen als een samenvatting van een veel dikker boek. Moeilijke thema's worden in vogelvlucht behandeld. Meninge van anderen worden in één zin weergegeven. En, uitgangspunten en bevindingen worden soms enkel onderbouwd door te verwijzen naar, voor de lezer goeddeels onbekende, literatuur. Deze werkwijze komt de leesbaarheid van afzonderlijke onderdelen niet zonder meer ten goede. Ik hoop echter dat de hoofdlijnen van het boek zo beter uit de verf komen.

Ik hecht veel waarde aan het systematiseren van opvattingen en strafrechtelijke onderwerpen. Ik onderscheid drie typen opzet, twee typen schuld, drie vormen van avas, drie typen kansopzet, drie theorieën van straf, drie theorieën van opzet, etc. Daarnaast maak ik een scherp onderscheid tussen formeel recht (bewijs) en materieel recht (begrip), rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden, normatieve aspecten en subjectieve aspecten, en consequentialistische en deontologische argumenten. Ten slotte introduceer ik een aantal nieuwe beginselen om bepaalde normatieve uitgangspunten van een gezicht te voorzien. Het spreekt voor zich dat gewaakt moet worden voor verabsolutering van typen, distincties en beginselen. De typen, distincties en beginselen zijn vooral bedoeld om houvast te bieden bij het duiden van complexe onderwerpen. Het maakt het gemakkelijker om algemene, bovenscasuïstische uitspraken over het recht te doen. Bovendien kan de samenhang tussen verschillende onderwerpen zo beter inzichtelijk gemaakt worden.

1.3 VOORUITBLIK

1.3.1 Inleiding

Controle, strafrechtelijke aansprakelijkheid en straf zijn drie belangrijke thema's van deze studie. Het opleggen van straf veronderstelt dat sprake is van

strafrechtelijke aansprakelijkheid. Strafrechtelijke aansprakelijkheid veronderstelt dat de actor beschikt heeft over controle met betrekking tot het strafbare feit. Met ‘controle’ wordt aangeduid dat de actor het strafbare feit – en daarmee strafrechtelijke aansprakelijkheid – had kunnen voorkomen. In deze studie verdedig ik de opvatting dat controle een belangrijke rol moet spelen in het strafrecht. Ik spreek in dat verband van het controleprincipe: burgers moet een redelijke gelegenheid worden geboden uit de greep van het strafrecht te blijven. Opzet, schuld, psychische overmacht, noodweerexces, ontoerekeningsvatbaarheid, avas en actus reus leveren alle een bijdrage aan het realiseren van het controleprincipe.

Deze studie beslaat drie uitgebreide hoofdstukken. In hoofdstuk 2 wordt de relatie tussen controle enerzijds en schuld en schulduitsluitingsgronden anderzijds uitgediept. Hoofdstuk 3 staat in het teken van de doelen die ten grondslag liggen aan straf. Hier staat de relatie tussen controle en de rechtvaardiging van straf centraal. In hoofdstuk 4 behandel ik het opzet. Het is hier de vraag welke interpretatie van opzet de voorkeur verdient. Hieronder volgt een vooruitblik op deze hoofdstukken.

1.3.2 Hoofdstuk 2: schuld, schulduitsluitingsgronden en controle

Dit hoofdstuk staat in het teken van schuld en schulduitsluitingsgronden. Ik begin met een uiteenzetting over de verhouding tussen controle en strafrechtelijke aansprakelijkheid. Vervolgens bespreek ik het onderscheid tussen rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden. Daarna worden de schulduitsluitingsgronden psychische overmacht, noodweerexces en ontoerekeningsvatbaarheid geanalyseerd. Ten slotte besteed ik aandacht aan schuld op bestanddeelniveau en avas.

Het gaat in dit hoofdstuk met name om de structuur van schuld en schulduitsluitingsgronden. Het onderscheid tussen normatieve en subjectieve aspecten dient daarbij als uitgangspunt. Ik verdedig de opvatting dat schuld en schulduitsluitingsgronden beschikken over een subjectieve component. Deze subjectieve component heeft betrekking op controle. Schuld impliceert controle; gebrek aan controle leidt tot schulduitsluiting. Het gaat hierbij om drang bij psychische overmacht, emoties bij noodweerexces, stoornissen bij ontoerekeningsvatbaarheid, en onervarenheid, psychische of lichamelijke gebreken, jeugdigheid en ouderdom bij schuld dan wel avas. In de paragraaf over schuld worden twee lastige vraagstukken besproken. (1) Wat is de grondslag van het schuldverwijf? De in de doctrine gebruikelijke grondslag – de actor had het gevolg moeten en kunnen voorzien – wordt hier bekritiseerd. (2) Had een actor die een bepaald gevolg niet heeft voorzien, dit gevolg wel kunnen voorkomen? Deze vraag is met name prangend als geen enkel bewustheidsmoment gelokaliseerd kan worden.

1.3.3 Hoofdstuk 3: utilitarisme, retributivisme, controleprincipe en schuld

In dit hoofdstuk staat de relatie tussen de rechtvaardiging van straf en strafrechtelijke aansprakelijkheid centraal. In paragraaf 3.2 bespreek ik twee klassieke straftheorieën: het utilitarisme en het retributivisme. Volgens het utilitarisme moet gestraft worden om geluk te maximaliseren. Het utilitarisme is gericht op de toekomst: straf is gerechtvaardigd, omdat het helpt misdaad te voorkomen. Volgens het retributivisme moet gestraft worden om misdaad te vergelden. Het retributivisme is gericht op het verleden: straf is gerechtvaardigd, omdat de misdadiger het verdiend heeft. Tot slot bespreek ik de verenigingstheorie: hierbij worden elementen van het utilitarisme en het retributivisme gecombineerd.

In paragraaf 3.3 besteed ik aandacht aan het feit dat het utilitarisme geen principiële waarde toekent aan het schuldbeginsel. Preventie kan nopen tot het straffen van onschuldigen. Veel auteurs verwerpen deze consequentie van het utilitarisme: het schuldbeginsel wordt beschouwd als een uitvloeisel van rechtvaardigheid. In paragraaf 3.4 onderzoek ik of het schuldbeginsel gefundeerd kan worden op Rawls' theorie van rechtvaardigheid. De essentie van Rawls' theorie is dat personen in een originele toestand, achter een sluier van onwetendheid, beslissingen nemen over de inrichting van de maatschappij. Ik pas dit gedachte-experiment toe op het strafrecht om te bezien welke rechtvaardigheidsbeginselen ten grondslag gelegd kunnen worden aan straf en strafrechtelijke aansprakelijkheid. Ik ga in op het schuldbeginsel, de inrichting van het strafprocesrecht en de beginselen die de strafhoogte determineren. Ik besteed daarbij aandacht aan de vraag hoe deze beginselen zich verhouden tot het utilitarisme en het retributivisme. Ten slotte betoog ik dat de ratio van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gevormd door het controleprincipe. Opzet, schuld en schulditsluitingsgronden geven burgers controle over het al dan niet in aanraking komen met het strafrecht.

In paragraaf 3.6 wordt opnieuw aandacht besteed aan de interpretatie van schuld en avas. Het retributivisme en het controleprincipe dienen daarbij als referentiekader. Ik betoog dat geopteerd moet worden voor een restrictieve interpretatie van schuld. Daarbij wordt acht geslagen op psychologische biases. 'Hindsight bias' en 'fundamental attribution error' voorspellen dat rechters geneigd zullen zijn te snel schuld aan te nemen. Ten slotte sta ik stil bij de vraag of schuld en avas-schuld een verschillende schuldgraad vereisen. Mag veroordeeld worden voor art. 5 WWV als vrijgesproken wordt van schuld in art. 6 WWV? In welke gevallen kan een verschillende schuldgraad van schuld en avas-schuld gerechtvaardigd worden?

1.3.4 Hoofdstuk 4: opzet

Opzet wordt in de Nederlandse doctrine doorgaans omlijnd aan de hand van het begrippenpaar 'willen' en 'weten'. In dit hoofdstuk bespreek ik drie theorie-

en van opzet. Elk van deze theorieën kent een verschillende betekenis toe aan ‘willen’ en ‘weten’. (1) De cognitieve opzetttheorie (Nieboer en Strijards): opzet wordt primair herleid tot ‘weten’. (2) De volitieve opzetttheorie (Rommelink): de kern van opzet wordt gevormd door ‘willen’. (3) De normatieve opzetttheorie (Kelk, De Hullu en De Jong & Knigge): opzet heeft niet noodzakelijkerwijs betrekking op een psychische gesteldheid.

In paragraaf 4.3 sta ik uitgebreid stil bij de normatieve opzetttheorie. Volgens deze theorie heeft opzet geen betrekking op een psychische gesteldheid. De proefschriften van Peters en Brouns zijn belangrijke exponenten van deze stroming. Ik behandel een aantal thema’s die volgens Peters of Brouns nopen tot de conclusie dat opzet een normatief begrip is. Ik bespreek de visie van de wetgever, opzet bij rechtspersonen, de bewijsbaarheid van psychisch opzet en opzet bij psychisch gestoorden. Vervolgens verdedig ik de opvatting dat opzet psychisch moet worden geïnterpreteerd. Daarbij wordt acht geslagen op de in hoofdstuk 3 besproken straftheorieën. Ten slotte bestrijd ik Brouns’ these dat ‘willen’ en ‘weten’ variëren van delict tot delict.

In paragraaf 4.4 bespreek ik drie paradigma’s van opzet: doelopzet, zekerheidsopzet en kansopzet. Bij doelopzet handelt de actor omdat hij wenst dat het gevolg intreedt en voorziet dat zijn handeling het gevolg kan veroorzaken. In deze paragraaf staat de vraag centraal of zelfstandige betekenis toekomt aan het doelopzet. Kan doelopzet ook leiden tot doleuze aansprakelijkheid als de actor zich enkel bewust is geweest van een niet-aanmerkelijke kans? Deze vraag houdt verband met de katholieke ‘Doctrine of Double Effect’. Deze doctrine hecht morele waarde aan het feit dat de wil van de actor bij doelopzet gericht is op het gevolg. Uiteindelijk kom ik tot de conclusie dat deze wilsrichting geen rol moet spelen bij de interpretatie van opzet. Dat brengt mee dat kansopzet het centrale paradigma van het strafrecht vormt.

In paragraaf 4.5 wordt de ondergrens van het opzet – het voorwaardelijk opzet – aan een onderzoek onderworpen. Hier staat de vraag centraal welke psychische gerichtheden noodzakelijk zijn voor strafrechtelijk opzet. Gaat het om ‘willen’, ‘weten’ of een combinatie van beide? Een andere belangrijke vraag heeft betrekking op het object van de psychische gerichtheid. Waar moet de psyche op gericht zijn om van helings- of doodslagopzet te kunnen spreken? Hier komt ook de vraag aan de orde wat moet worden verstaan onder een ‘aanmerkelijke kans’. Deze vragen worden beantwoord aan de hand van filosofische en psychologische inzichten. De belangrijkste conclusie is dat strafrechtelijk opzet herleid kan worden tot ‘weten’: ‘willen’ is geen noodzakelijke component van opzet.

Hoofdstuk 2

Schuld, schulduitsluitingsgronden en controle

2.1 INLEIDING: VERSCHONINGSGRONDEN EN CONTROLE

In dit hoofdstuk staat het verband tussen controle enerzijds en schuld en schulduitsluitingsgronden anderzijds centraal. Ik tracht aannemelijk te maken dat strafrechtelijke aansprakelijkheid controle veronderstelt. Spiegelbeeldig geldt dat het ontbreken van controle de strafrechtelijke aansprakelijkheid aantast. ‘Controle’ heeft in het spraakgebruik verschillende betekenissen. In dit hoofdstuk wordt met ‘controle’ bedoeld dat iemand een zekere beheersing over iets heeft.¹ De term controle wordt hier gebezigd in een juridische context. Het is daarom van belang vast te stellen waar controle in deze context betrekking op heeft.

Het strafrecht heeft in het algemeen betrekking op gedragingen die inbreuk maken of kunnen maken op rechtsgoederen (leven, gezondheid, eigendom, etc.).² Daarbij kan gedacht worden aan voorvallen als het gedood zijn van een mens, het verkocht zijn van een gestolen fiets of het vervoerd zijn van cocaïne. Ik duid dergelijke voorvallen hier aan met de term ‘strafrechtelijk relevant voorval’. Deze voorvallen vormen een onderdeel van de *actus reus*. Bij de *actus reus* gaat het uiteindelijk om de relatie tussen een actor (‘hij die’) en het strafrechtelijk relevant voorval. Als die relatie zich voordoet, dan is sprake van *daderschap*. We kunnen dan zeggen dat de actor een mens heeft gedood, een gestolen fiets heeft gekocht of cocaïne heeft vervoerd. Als het voorval niet kan worden verbonden met de actor, dan is geen sprake van *daderschap*.³ De term

¹ ‘Van Dale groot woordenboek der Nederlandse taal’ definieert deze betekenis van controle als volgt: “beheersing: *onder controle hebben*, in bedwang hebben, meester zijn van –; *de controle hebben over*”. ‘Controle’ kan beschouwd worden als een equivalent van het Engelse woord ‘control’. De door mij aan ‘controle’ toegekende betekenis werd vroeger als een anglicisme aangemerkt. Zie Renkema 2005, ‘Schrijfwijzer’, p. 172 en 180.

² Vgl. Feinberg 1984, ‘The moral limits of the criminal law. Volume one. Harm to others’.

³ Feinberg 1984, ‘The moral limits of the criminal law. Volume one. Harm to others’, p. 31 stelt: “In any event, the idea of a harmed condition seems more fundamental conceptually than an act of harming, since one must mention harm in the explanation of what it is for one person to harm another, whereas one can hope to analyze the idea of harm (harmed condition) without mentioning causally contributory actions.” Zoals Feinberg onder-

→

controle krijgt reliëf tegen de achtergrond van het plaatsvinden van het strafrechtelijk relevant voorval. In hoeverre heeft een actor controle gehad met betrekking tot het al dan niet plaatsvinden van dit voorval?

Controle is een gradueel begrip.⁴ Controle is een functie van het gemak waarmee de actor het strafrechtelijk relevant voorval had kunnen voorkomen. De hoeveelheid controle met betrekking tot een voorval kan in principe afgebeeld worden op een controlecontinuüm. Een persoon kan veel, weinig of geen enkele controle hebben. Een stuntman die op het teken van de regisseur door een ruit springt, heeft veel controle met betrekking tot het breken van de ruit. Een wandelaar die onverhoeds door een ruit wordt geduwd, heeft weinig tot geen controle met betrekking tot het breken van de ruit.

Tussen het blote strafrechtelijk relevant voorval en de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een actor staan vele juridische concepten. De strafrechtelijke aansprakelijkheid kan aangetast worden door het ontbreken van daderschap, opzet of schuld. Bovendien kan sprake zijn van een schulduitsluitingsgrond, zoals psychische overmacht, noodweerexces of ontoerekeningsvatbaarheid. Ik duid dergelijke aansprakelijkheidsaantastende factoren hier aan met de term verschoningsgronden. De term verschoningsgronden wordt gebruikt als verzamelbegrip voor begrippen als daderschap, opzet, schuld, psychische overmacht, ontoerekeningsvatbaarheid, avas, etc. In al deze gevallen staat de persoon van de verdachte centraal. Het strafrechtelijk relevant voorval en rechtvaardigende omstandigheden (noodweer, overmacht-noodtoestand, etc.) vallen niet onder het begrip. De term verschoningsgronden wordt opgevoerd als equivalent van de Engelse term ‘excuses’, in de betekenis die daar door Hart aan wordt toegekend.

“It is characteristic of our own and all advanced legal systems that the individual’s liability to punishment, at any rate for serious crimes carrying severe penalties, is made by law to depend, among other things, on certain mental conditions. These conditions can best be expressed in negative form as *excusing* conditions: the individual is not liable to punishment if at the time of his doing what would otherwise be a punishable act he was unconscious, mistaken about the physical consequences of his bodily movements or the nature or qualities of the thing or persons affected by them, or, in some cases, if he was sub-

scheid maakt tussen ‘harming’ en ‘harm’, zo maak ik onderscheid tussen daderschap en strafrechtelijk relevant voorval. Dit laat zich illustreren aan de hand van het IJzerdraadarrest (HR 23 februari 1953, NJ 1954, 378). In dit arrest stond de vraag centraal of sprake was van functioneel daderschap met betrekking tot het bestanddeel ‘invullen’. Bij een negatieve beantwoording van die vraag is wél sprake van een strafrechtelijk relevant voorval (vals ingevulde formulieren), maar is geen sprake van daderschap (door de verdachte ingevulde formulieren).

⁴ Vgl. Husak 1987, ‘Philosophy of criminal law’, p. 97-99 en Husak 1998, ‘Does criminal liability require an act?’, p. 77-82.

jected to threats or other gross forms of coercion or was the victim of certain types of mental disease.”⁵

Hart bepleit een negatieve benadering van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Iemand kan gestraft worden voor een bepaald delict, *tenzij* sprake is van een verschoningsgrond. Verschoningsgronden tasten de strafrechtelijke aansprakelijkheid aan. Het bestuderen van verschoningsgronden kan inzicht geven in de grondslagen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Waarom tasten absolute overmacht, noodweereces of ontoerekeningsvatbaarheid de strafrechtelijke aansprakelijkheid aan? Ligt hier wellicht een gemeenschappelijke ratio aan ten grondslag? In dit hoofdstuk staat de verhouding tussen een aantal verschoningsgronden en controle centraal. Ik verdedig de these dat gebrek aan controle de strafrechtelijke aansprakelijkheid aantast. Spiegelbeeldig geldt dat strafrechtelijke aansprakelijkheid controle vereist. De bouwstenen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid – daderschap, opzet, schuld en schulditsluitingsgronden – houden alle in meerdere of mindere mate verband met controle. Hieronder illustreer ik deze these aan de hand van drie thema’s: (1) daderschap; (2) opzet en schulditsluitingsgronden; en (3) schuld.

Daderschap. Daderschap heeft betrekking op de relatie tussen een actor en het strafrechtelijk relevant voorval. Controle vervult een belangrijke functie bij het vaststellen van daderschap. Dit valt nauwelijks op, omdat in de praktijk bijna alleen mensen worden vervolgd die beschikt hebben over enige controle. Men dient echter te bedenken dat de veroordeling van een bepaald persoon in wezen een impliciete vrijspraak behelst van de rest van de bevolking. Deze niet-daders worden niet strafrechtelijk aansprakelijk gehouden, omdat ze part noch deel hebben gehad aan het strafbare feit. Ze hebben geen enkele controle gehad met betrekking tot het al dan niet plaatsvinden van het strafrechtelijk relevant voorval.

Daderschap wordt doorgaans gevestigd door een actieve handeling van de actor (een doen). Het begrip handeling veronderstelt dat ten minste sprake is van enige controle. Absolute overmacht heeft betrekking op situaties waarbij de actor volstrekt geen controle heeft over het al dan niet plaatsvinden van een feit.⁶ Bij absolute overmacht is de handelingsvrijheid van de actor aangetast.⁷

⁵ Hart 1968, ‘Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law’, p. 28. Veel Angelsaksische auteurs gebruiken de term ‘excuses’ als equivalent van de Nederlandse term schulditsluitingsgronden. De term ‘excuse’ (schulditsluitingsgrond) fungeert dan als tegenvoeter van de term ‘justification’ (rechtvaardigingsgrond). Zie paragraaf 2.2. Hart kent een ruimere betekenis toe aan ‘excuse’.

⁶ Vgl. Fitzgerald 1968, ‘Voluntary and involuntary acts’; Husak 1987, ‘Philosophy of criminal law’, p. 102-103; Husak 1998, ‘Does criminal liability require an act?’ Fitzgerald 1968, p. 143 stelt: “The common quality connecting all these types of behaviour would seem to be inability to control one’s bodily movements, i.e. in the case of an act, inability to avoid doing it; in the case of an omission, inability to do the act prescribed by law, pro-

→

Dat doet zich bijvoorbeeld voor als iemand plotseling door een raam wordt geduwd. Een dergelijk gebeuren kan beter omschreven worden als ‘een beweging van de actor’ dan als ‘een handeling door de actor’. Het ligt in de rede de absolute overmacht bij de *actus reus* aan de orde te stellen.⁸

Soms wordt *daderschap* aangenomen zonder dat sprake is van een actieve handeling. In dat geval wordt de *actus reus* eveneens gevestigd door controle. Ik bespreek drie gevallen. (1) *Nalaten*. Art. 450 Sr stelt strafbaar het nalaten hulp te verlenen aan iemand die in levensgevaar verkeert. In dat geval verkeert de actor – zonder dat daar een actieve handeling voor nodig is – in een positie waarbij hij controle heeft over het wel en wee van een ander.⁹ Controle – het in staat zijn het gevolg te voorkomen – schept in casu de plicht handelend op te treden. (2) *Functioneel daderschap*. Functioneel *daderschap* maakt het mogelijk een persoon aansprakelijk te houden voor een handeling die hij niet zelf heeft uitgevoerd. In het IJzerdraadarrest ging het om de vraag of het invullen van een formulier door een ondergeschikte kon worden toegerekend aan de eigenaar van de zaak.¹⁰ De Hoge Raad overwoog dat dergelijke handelingen alleen beschouwd konden worden als gedragingen van de verdachte “indien verd. erover vermocht te beschikken, of die handelingen al dan niet plaatsvonden, en deze behoorden tot de zodanige, welke plaatsvinden blijkens den loop van zaken door verd. werd aanvaard of placht te worden aanvaard”. De IJzerdraadcriteria – beschikken en aanvaarden – indiceren dat de verdachte controle heeft gehad met betrekking tot het al dan niet vals ingevuld worden van formulieren. Controle rechtvaardigt het oordeel dat de verdachte ‘heeft ingevuld’. (3) *Toestandsdelicten*. Delicten die betrekking hebben op het aanwezig hebben of voorhanden hebben van bepaalde goederen vereisen eveneens geen actieve handeling. In HR 15 september 1986, NJ 1987, 359 was de vraag of de bestuurder de door zijn passagier onder zijn kleding verstopte drugs aanwezig had gehad. De Hoge Raad oordeelde dat de verdachte “een zodanige macht kon uitoefenen” over de drugs dat hij geacht kon worden de drugs aanwezig te hebben. Controle vestigt het *daderschap*.

vided that this inability is not the result of previous behaviour which was under the actor’s control.”

⁷ Vgl. Gorr 2000, ‘Duress and culpability’.

⁸ Vgl. Jonkers 1984, ‘Inleiding tot de strafrechtsdogmatiek. Het schuldbeginsel. Het legaliteitsbeginsel. De strafbaarheidsvoorwaarden. De poging en de deelneming’, p. 26-27; R Emmelink 1996, ‘Mr. D. Hazewinkel-Suringa’s inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht’, p. 162-163 en 297; ‘Tekst en commentaar strafrecht’ 2006, aant. 4 bij art. 40 Sr (Wemes). Absolute overmacht kan eveneens aan de orde komen bij het opzet, de schuld of de schulduitsluitingsgrond overmacht (art. 40 Sr). In paragraaf 2.3.2 bespreek ik de psychische overmacht.

⁹ Vgl. Husak 1987, ‘Philosophy of criminal law’, p. 99-100 en 156-186; Husak 1991, ‘The orthodox model of the criminal offense’; Husak 1995, ‘The relevance of the concept of action to the criminal law’; Husak 1998, ‘Does criminal liability require an act?’

¹⁰ HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378.

Opzet en schulduitsluitingsgronden. Er bestaat een sterke relatie tussen opzet en controle.¹¹ Opzet wordt gekenmerkt door een bewustheidsmoment. Deze bewustheid fungeert als een soort intrapsychisch waarschuwbord. Het bewustheidsmoment constitueert een ideale gelegenheid het strafbare feit te voorkomen. In de meeste gevallen kan gesteld worden dat de actor ervoor had kunnen kiezen het strafbare feit niet te plegen. Opzetsdaders beschikken over het algemeen over veel controle. Schulduitsluitingsgronden vormen de uitzondering op de regel. Psychische overmacht, noodweerexces, ontoerekeningsvatbaarheid en bepaalde manifestaties van avas kenmerken zich door het feit dat de actor beschikt heeft over onvoldoende controle. Het bewustheidsmoment van het opzet noopt in die gevallen niet tot de conclusie dat de actor het strafrechtelijk relevant voorval gemakkelijk had kunnen voorkomen.

Schuld. Het bestanddeel schuld veronderstelt controle. Schuld met betrekking tot een gevolg wordt vaak omschreven als het anders *moeten* en *kunnen* handelen. Het ‘moeten’ heeft betrekking op een normatieve component. De actor heeft zich niet gedragen zoals het betaamt. Schuld heeft echter ook een subjectieve component – het ‘kunnen’. De subjectieve component heeft betrekking op controle. De actor moet in staat geweest zijn het onjuiste gedrag te vermijden. Deze subjectieve component kan vaak herleid worden tot een bewustheidsmoment. Een actor die opzettelijk een verkeersovertreding begaat, had deze overtreding doorgaans gemakkelijk kunnen voorkomen. De subjectieve component kan aangetast worden door bijzondere omstandigheden. Epilepsieaanvallen, zwakzinnigheid of gebrek aan ervaring kunnen onder omstandigheden het oordeel rechtvaardigen dat de actor beschikt heeft over onvoldoende controle.

Uit het bovenstaande blijkt dat daderschap, opzet, schulduitsluitingsgronden en schuld alle verband houden met controle. De rest van dit hoofdstuk staat in het teken van schuld en schulduitsluitingsgronden. Ik tracht aannemelijk te maken dat controle een centrale component van strafrechtelijke aansprakelijkheid vormt. Deze these wordt verder uitgewerkt in hoofdstuk 3. Dit hoofdstuk is gewijd aan de rechtvaardiging van straf. Ik verdedig een Rawlsiaanse straftheorie, waarbij het opleggen van straf gerechtvaardigd wordt door controle. Hoofdstuk 4 staat in het teken van opzet. Het boven aangestipte verband tussen opzet en controle wordt verder uitgediept.

De opbouw van het onderhavige hoofdstuk is als volgt. In paragraaf 2.2 besteed ik aandacht aan het onderscheid tussen rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden. In paragraaf 2.3 worden de schulduitsluitingsgronden psychische overmacht, noodweerexces en ontoerekeningsvatbaarheid besproken. Paragraaf 2.4 staat in het teken van de schuld. Hier wordt met name aandacht besteed aan de subjectieve component van schuld. Had de actor an-

¹¹ Zie paragraaf 4.3.8.2 en 4.5.4.4.e.

ders kunnen handelen? Ik bespreek zes factoren die de subjectieve component kunnen aantasten. In paragraaf 2.5 bespreek ik drie manifestaties van avas: (1) avas op bestanddeelniveau; (2) rechtsdwaling; en (3) putatieve rechtvaardiging.

2.2 ONDERSCHIED TUSSEN RECHTVAARDIGINGSGRONDEN EN SCHULDUITSLUITINGSGRONDEN

2.2.1 Inleiding

Boven kwam naar voren dat de term verschoningsgronden betrekking heeft op ouderschap, opzet, schuld en schulduitsluitingsgronden. Het gaat om gevallen waarbij de persoon van de verdachte centraal staat. Het strafrechtelijk relevant voorval en rechtvaardigende omstandigheden vallen niet onder het begrip. In de doctrine bestaat verdeeldheid over de vraag hoe rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden afgebakend moeten worden. In deze paragraaf zet ik uiteen hoe ik deze begrippen opvat. Ik begin met een algemene inleiding over het onderscheid tussen rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden. Vervolgens behandel ik twee kwesties die ten grondslag liggen aan de verdeeldheid in de doctrine. Ik sluit af met een samenvatting.

2.2.2 Rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden

Schulduitsluitingsgronden maken deel uit van het door mij gebruikte verzamelbegrip verschoningsgronden. Helaas is verre van duidelijk wat verstaan moet worden onder schulduitsluitingsgronden. De wetgever van 1886 maakte geen onderscheid tussen rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden. Rechters laten ook vaak in het midden of sprake is van een rechtvaardigingsgrond of een schulduitsluitingsgrond. Van Veen adviseert zelfs dit door de dogmatiek gecreëerde onderscheid los te laten.¹² Volgens hem wenst de wetgever de uitsluiting van strafbaarheid niet te beperken tot gevallen waarbij de wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid ontbreekt. De wetgever beoogt simpelweg te voorkomen dat personen worden gestraft voor wie de strafbepaling niet is bedoeld. Eventueel aanwezige wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid staat niet in de weg aan straffeloosheid. Ook De Hullu is van mening dat het onderscheid tussen rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden gerelativeerd moet worden.¹³ De tendens tot relativering laat zich goed begrijpen. Het is gemakkelijk casusposities te verzinnen die zich moeilijk laten inpassen in

¹² Van Veen 1986, 'Het stelsel der excepties'.

¹³ De Hullu 2000, 'Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht', p. 270-273.

deze dichotomie.¹⁴ Bovendien verschillen schrijvers die zich met het onderwerp bezighouden regelmatig met elkaar van mening.

De boven aangestipte moeilijkheden brengen niet mee dat het onderscheid tussen rechtvaardigingsgronden en schulditsluitingsgronden zijn relevantie verliest. Het onderscheid sluit aan bij twee vragen die bij voltooide delicten altijd beantwoord moeten worden. (1) Is er een wederrechtelijk feit? (2) Kan een persoon hier aansprakelijk voor worden gehouden? De aansprakelijkheid hangt niet in de lucht, maar heeft altijd betrekking op 'iets'. Iemand is aansprakelijk *voor* een wederrechtelijk feit. Als er geen wederrechtelijk feit is, dan komt de vraag naar de aansprakelijkheid niet aan de orde. Bij het omlijnen van de schulditsluitingsgronden moet daarom acht worden geslagen op de rechtvaardigingsgronden. Wat gerechtvaardigd is, hoeft niet meer verontschuldigd te worden.

Het is niet altijd duidelijk of een bepaald geval aangemerkt moet worden als een rechtvaardigingsgrond of een schulditsluitingsgrond. In de meeste gevallen levert de indeling echter weinig problemen op. De taal filosoof Austin geeft een aansprekende karakterisering van het verschil tussen rechtvaardigingsgronden en schulditsluitingsgronden. "In the one defense, briefly, we accept responsibility but deny that it was bad: in the other, we admit that it was bad but don't accept full, or even any, responsibility."¹⁵ Hieronder geef ik een voorbeeld van een rechtvaardigingsgrond en een schulditsluitingsgrond.¹⁶

Een felle bosbrand dreigt een dorp met 10.000 inwoners in de as te leggen. Klaas steekt een nabijgelegen graanveld in brand om een natuurlijke barrière op te werpen. Het vuur kan nu niet meer overspringen, zodat het stopt bij het platgebrande graanveld. Hierdoor redt Klaas een flink aantal levens. Zijn gedraging valt onder de delictomschrijving van art. 157 sub 1 Sr. Klaas heeft opzettelijk brandgesticht, waardoor gemeen gevaar voor goederen te duchten was. In dit geval kan echter gesteld worden dat de brandstichting gerechtvaardigd was. Er is sprake van de rechtvaardigingsgrond noodtoestand.

Christianne slaat de postbode met een honkbalknuppel op zijn hoofd, omdat ze denkt dat hij een marsman is die een elektronisch apparaat in haar hoofd komt plaatsen. Als gevolg hiervan loopt de postbode ernstig hoofdletsel op. Christiannes gedraging valt onder art. 302 Sr. Zij heeft opzettelijk zwaar lichamelijk letsel aan de postbode toegebracht. Daarnaast is het feit niet op een of andere manier gerechtvaardigd. Er kan echter gesteld worden dat de mishandeling te wijten

¹⁴ Zie bijv. Greenawalt 1984, 'The perplexing borders of justification and excuse'. Greenawalt is nochtans van mening dat het onderscheid een belangrijke rol in het recht vervult.

¹⁵ Austin 1979, 'A plea for excuses', p. 176.

¹⁶ De voorbeelden zijn gebaseerd op voorbeelden uit Robinson 1982, 'Criminal law defenses: a systematic analysis', p. 213-214 en 221.

was aan een ziekelijke stoornis van de geestvermogens. Er is sprake van de schulduitsluitingsgrond ontoerekeningsvatbaarheid.

Fletcher meent dat het onderscheid tussen rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden belangrijke consequenties heeft voor derden.¹⁷ Wie zich kan beroepen op een rechtvaardigingsgrond, heeft juist gehandeld. Dat brengt mee dat het algemene gelding heeft. Anderen mogen zich op vergelijkbare wijze gedragen. Daarnaast is het derden toegestaan hulp te bieden. Derden zijn echter niet gerechtigd een dergelijke gedraging te voorkomen. Iedereen mag een graanveld in brand steken om een dorp te redden. Derden mogen helpen het vuur aan te steken, maar mogen het niet blussen. Wie zich op een schulduitsluitingsgrond kan beroepen, heeft niet juist gehandeld. De schulduitsluitingsgrond heeft geen algemene gelding: anderen mogen zich niet zo gedragen. Daarnaast is het derden niet toegestaan hulp te bieden. Ze zijn echter wél gerechtigd de gedraging te voorkomen. Het is anderen dus niet toegestaan de postbode met een honkbalknuppel te slaan. Derden mogen de honkbalknuppel niet aanreiken, maar ze mogen de knuppel wél van de vrouw afpakken.

Auteurs die schrijven over strafuitsluitingsgronden verschillen regelmatig met elkaar van mening. In zijn proefschrift over overmacht neigt Bronkhorst ertoe noodtoestand als een rechtvaardigingsgrond te kwalificeren.¹⁸ Knoops stelt in zijn proefschrift over overmacht echter dat noodtoestand geen rechtvaardigingsgrond is.¹⁹ Volgens Knoops moet zowel psychische overmacht als overmacht-noodtoestand aangemerkt worden als een schulduitsluitingsgrond, aangezien de wilsvrijheid bij beide beperkt is. Machielse stelt in zijn proefschrift over noodweer dat iemand die dacht en mocht denken dat aan de eisen van noodweer is voldaan, niet wederrechtelijk handelt.²⁰ Hij kan zich beroepen op de rechtvaardigingsgrond noodweer. Strijards bestempelt putatieve noodweer echter als een schulduitsluitingsgrond.²¹

De bovenstaande meningsverschillen kunnen herleid worden tot impliciete vooronderstellingen met betrekking tot de aard van rechtvaardigingsgronden.

¹⁷ Fletcher 1978, 'Rethinking criminal law', p. 759-762. Robinson 1984, 'Criminal law defenses. Volume 1', p. 172-173 is eveneens van mening dat het onderscheid relevant is voor derden. Deze visie wordt niet door iedereen gedeeld. Zie bijv. Dressler 1984, 'New thoughts about the concept of justification in the criminal law: a critique of Fletcher's thinking and rethinking' en Husak 1989, 'Justifications and the criminal liability of accessories'.

¹⁸ Bronkhorst 1952, 'Overmacht in het strafrecht', p. 2-5 en p. 289.

¹⁹ Knoops 1998, 'Psychische overmacht en rechtsvinding. Een onderzoek naar de strafrechtelijke, forensisch-psychiatrische en psychologische grenzen van psychische overmacht', p. 46-53. Knoops meent dat het onderscheid tussen rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden dogmatisch onjuist en feitelijk kunstmatig is.

²⁰ Machielse 1986, 'Noodweer in het strafrecht. Een rechtsvergelijkende en dogmatische studie', p. 693.

²¹ Strijards 1983, 'Facetten van dwaling in het strafrecht', p. 188-189 en Strijards 1988, 'Aansprakelijkheidsgronden', p. 63 en 116-118.

Hieronder behandel ik twee kwesties die aan de basis staan van deze meningsverschillen. (1) Wat moet verstaan worden onder ‘gerechtvaardigd’? Gaat het om een *juiste* of om een *aanvaardbare* gedraging? (2) Welk perspectief moet worden ingenomen bij de beoordeling van de vraag of een gedraging gerechtvaardigd is? Moet in meerdere of mindere mate worden aangesloten bij het perspectief van de actor of moet een alles overziend perspectief worden ingenomen?

2.2.3 Juist versus aanvaardbaar

Wat moet verstaan worden onder ‘gerechtvaardigd’? Gaat het om een *juiste* of om een *aanvaardbare* gedraging? Het in brand steken van een graanveld om een dorp te redden, is zonder meer juist te noemen. Het staat buiten kijf dat een dergelijke gedraging gerechtvaardigd is. Stel echter dat diefstal van een hoed alleen voorkomen kan worden door het toebrengen van letsel. Men zou van mening kunnen zijn dat het beter is geen verzet te plegen en de politie in te schakelen. In dat geval kan de handelwijze van de actor niet als juist aangemerkt worden. Is het uitdelen van een klap nochtans gerechtvaardigd, omdat het aanvaardbaar is? Of kan de actor zich enkel op een schulduitsluitingsgrond beroepen, omdat het uitdelen van een klap niet geheel juist is?

Fletcher en Robinson neigen naar de opvatting dat het bij rechtvaardigingsgronden moet gaan om juist handelen. Volgens Fletcher veronderstelt een rechtvaardigingsgrond een oordeel over “the superior social interest in the conflict”.²² Robinson stelt: “The harm caused by the justified behavior remains a legally recognized harm that is to be avoided whenever possible. Under the special justifying circumstances, however, that harm is outweighed by the need to avoid an even greater harm or to further a greater societal interest.”²³

De vraag wat verstaan moet worden onder ‘gerechtvaardigd’ is lastig te beantwoorden, omdat het antwoord tevens afhangt van de geprefereerde morele theorie.²⁴ Wat volgens de ene theorie juist is, is volgens de andere theorie enkel aanvaardbaar of zelfs onjuist. Dat laat zich illustreren aan de hand van de vraag of iemand zich kan beroepen op de rechtvaardigingsgrond noodweer als hij de mogelijkheid had te vluchten. Moet iemand desnoods zijn eigen huis verlaten om letsel te voorkomen of mag hij de kwaadwillende belager doden of verwonden? Strijards wijst erop dat naar Nederlands recht in beginsel alleen de staat bevoegd is tot rechtshandhaving door middel van fysieke geweldpleging.²⁵ Van-

²² Fletcher 1978, ‘Rethinking criminal law’, p. 761.

²³ Robinson 1984, ‘Criminal law defenses. Volume 1’, p. 83.

²⁴ Dressler 1987, ‘Justifications and excuses: a brief review of the concepts and the literature’ bespreekt een viertal morele theorieën die ten grondslag gelegd kunnen worden aan rechtvaardigingsgronden. Kadish 1976, ‘Respect for life and regard for rights in the criminal law’ betoogt dat rechtvaardigingsgronden niet door één enkele morele theorie verklaard kunnen worden.

²⁵ Strijards 1987, ‘Strafuitsluitingsgronden’, p. 54-64.

uit dit perspectief is zelfverdediging niet gauw gerechtvaardigd als weglopen mogelijk is. Andere noodweertheorieën leiden tot een liberalere interpretatie. Als de ratio van zelfverdediging gevonden wordt in een inbreuk op de autonomie, dan ligt het niet voor de hand een vluchtplicht aan te nemen. Een dergelijke morele theorie ligt ten grondslag aan het bekende Duitse adagium ‘Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen’.²⁶

Het is niet mijn bedoeling de vraag te beantwoorden welke morele theorieën ten grondslag liggen aan de rechtvaardigingsgronden. Het gaat hier alleen om de algemene vraag welke interpretatie van wederrechtelijkheid de voorkeur verdient. Moet het gaan om een juiste of om een aanvaardbare gedraging? Fletcher en Robinson neigen naar een beperkte interpretatie: het moet gaan om een juiste handeling. Ik geef de voorkeur aan een ruimere interpretatie: rechtvaardigingsgronden hebben ook betrekking op gedragingen die slechts aanvaardbaar zijn.²⁷ Het strafrecht heeft in het algemeen betrekking op onjuiste of onwenselijke gedragingen. Het gaat daarbij om gedragingen die een ernstige inbreuk (dreigen te) maken op belangrijke rechtsgoederen.²⁸ Het strafrecht eist niet dat burgers te allen tijde juist handelen. Het is voldoende als men zich niet-onjuist gedraagt. Het geven van een duw of het niet helpen oversteken van een hulpbehoevende kan moeilijk als juist worden gekwalificeerd. Maar het is ook weer niet onjuist genoeg om onder het strafrecht te vallen. De *minimis non curat lex*: de wet houdt zich niet bezig met trivialiteiten. Men zou kunnen stellen dat het Wetboek van Strafrecht niet van toepassing is op juiste en niet-onjuiste gedragingen, maar alleen op onjuiste gedragingen.²⁹ Bij het formuleren van een strafbaar feit probeert de wetgever onjuiste gedragingen in de delictsomschrijving te vangen. Zo acht de wetgever het in beginsel onjuist iemand te mishandelen. De wetgever heeft in de delictsomschrijving echter geen rekening gehouden met bijzondere omstandigheden waaronder een mishandeling kan plaatsvinden. Zo kan de mishandeling bijvoorbeeld plaatsvinden in het kader

²⁶ Zie Fletcher 1978, ‘Rethinking criminal law’, p. 865. Zie ook Smidt I, p. 407: “De Minister vraagt of de wet mag eischen dat het recht voor het onrecht wijke?”

²⁷ Vgl. Greenawalt 1984, ‘The perplexing borders of justification and excuse’; Dressler 1984, ‘New thoughts about the concept of justification in the criminal law: a critique of Fletcher’s thinking and rethinking’; Husak 1989, ‘Justifications and the criminal liability of accessories’.

²⁸ Zie Feinberg 1984, ‘The moral limits of the criminal law. Volume one. Harm to others’, p. 11 over ‘the harm principle’: “state interference with a citizen’s behavior tends to be morally justified when it is reasonably necessary (...) to prevent harm or the unreasonable risk of harm to parties other than the person interfered with.” Dit uitgangspunt staat onder druk bij de ordeningswetgeving.

²⁹ In dit geval is dus ruimte aanwezig tussen juist en onjuist. Gedrag kan aangemerkt worden als juist, niet-onjuist en onjuist. Zie ook HR 9 februari 1971, NJ 1972, 1 (Dreigbrief) met betrekking tot het bestanddeel wederrechtelijk in art. 317 Sr. De Hoge Raad sloeg acht op het feit dat de gedraging van de verdachte de grenzen van de maatschappelijke betamelijkheid *verre* overschreed. Strafrechtelijke aansprakelijkheid is pas gelegitimeerd bij een ernstige overschrijding van de maatschappelijke betamelijkheid.

van noodweer. De vraag is nu welke maatstaf moet worden aangelegd bij de beoordeling van de situatie. Gaat het erom dat de mishandeling *in deze omstandigheden* als juist moet worden gekwalificeerd? Of is het voldoende dat gezegd kan worden dat de gedraging niet-onjuist was? Mijns inziens is het laatste het geval. Bij de rechtvaardigingsgronden gaat het om *een nadere beoordeling* van het in de delictsomschrijving veronderstelde onrecht. Ik zie geen goede reden om bij de nadere beoordeling ineens te eisen dat de gedraging juist of prijzenswaardig moet zijn. De bijzondere omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat de gedraging weliswaar niet als juist, maar ook niet als onjuist kan worden beschouwd. Iemand die zich op noodweer beroept, hoeft niet per se de best denkbare uitweg te hebben gekozen. Het is voldoende als gezegd kan worden dat de gedraging aanvaardbaar of niet-onjuist was.

Het is de vraag wat deze constatering betekent voor het onderscheid tussen rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden. De opvatting dat strafuitsluitingsgronden van toepassing zijn op gedragingen die *niet geheel juist* zijn en op personen die *wél enige blaam* treffen, wordt breed gedragen in de Nederlandse doctrine. De gevolgtrekkingen die daaraan worden verbonden, lopen echter uiteen. In een vroegere druk van zijn handboek concludeert R Emmelink dat bepaalde strafuitsluitingsgronden de wederrechtelijkheid en schuld niet geheel uitsluiten.³⁰ R Emmelink spreekt daarom van pure strafuitsluitingsgronden. Van Veen stelt voor alle algemene strafuitsluitingsgronden als pure strafuitsluitingsgronden te beschouwen.³¹ De geschreven excepties drukken uit dat de aanwezig bevonden wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid in de door de wetgever aangewezen omstandigheden aanvaardbaar zijn en niet tot bestraffing van de dader behoren te leiden. In een latere publicatie adviseert Van Veen de strafuitsluitingsgronden niet langer te beschouwen als gronden die de wederrechtelijkheid of schuld uitsluiten.³² Eventueel aanwezige wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid staat niet in de weg aan straffeloosheid.

Van Veens voorstel is uiteindelijk terug te voeren op een betwistbare vooronderstelling met betrekking tot de betekenis van de begrippen wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid. Zo gaat Van Veen ervan uit dat een feit wederrechtelijk blijft als de actor niet “de allerbeste manier van reageren heeft gekozen”.³³ Vervolgens constateert hij dat geen enkele schrijver of rechter dergelijke hoge eisen stelt. Daaruit volgt dan dat de zogenaamde rechtvaardigingsgronden de wederrechtelijkheid niet (altijd) wegnemen. Mijns inziens ligt het meer voor de hand te stellen dat de term wederrechtelijkheid een juridische betekenis heeft.³⁴ Het feit dat schrijvers en rechters niet de allerhoogste eisen stellen, zegt dan iets over de betekenis die in het strafrecht aan de term wederrechtelijkheid

³⁰ R Emmelink 1975, ‘Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht’, p. 230-231.

³¹ Van Veen 1978, ‘Ongeschreven strafuitsluitingsgronden’.

³² Van Veen 1986, ‘Het stelsel der excepties’.

³³ Van Veen 1978, ‘Ongeschreven strafuitsluitingsgronden’, p. 512.

³⁴ Vgl. De Doelder & Strijards 1979, ‘Ons gereedschap ter discussie’.

wordt toegekend. Als iemand aanvaardbaar of niet-onjuist heeft gehandeld, dan is geen sprake van wederrechtelijkheid in strafrechtelijke zin.³⁵

Boven kwam naar voren dat Bronkhorst noodtoestand als een rechtvaardigingsgrond kwalificeert, terwijl Knoops dit als een schulduitsluitingsgrond aanmerkt. Dit verschil is eveneens te herleiden tot de betekenis die wordt toegekend aan het begrip wederrechtelijkheid. Bronkhorst houdt er een ruime opvatting over wederrechtelijkheid op na.³⁶ Hij meent dat het strafrecht niet eist dat de strafbaarheid alleen wegvalt als de handeling ons vanuit het standpunt van de rechtsorde als juist voorkomt. Knoops definieert de wederrechtelijkheid daarentegen zo beperkt dat zij niet kan wegvallen.³⁷ Zelfs als een meerwaardig belang wordt nagestreefd (bijvoorbeeld: mishandeling om een leven te redden), behoudt de gedraging haar wederrechtelijk karakter. Er is dan alleen nog maar ruimte voor schulduitsluiting. Mijn opvatting is in lijn met de visie van Bronkhorst. Gedragingen die alles overziend aanvaardbaar zijn, beschouw ik niet als wederrechtelijk. Dat brengt vanzelfsprekend mee dat minder ruimte overblijft voor de schulduitsluitingsgronden.³⁸

2.2.4 Subjectief versus objectief

Welk perspectief moet worden ingenomen bij de beoordeling van de vraag of een gedraging gerechtvaardigd is? Moet in meerdere of mindere mate worden aangesloten bij het perspectief van de actor of moet een alles overziend perspectief worden ingenomen? Ik maak onderscheid tussen een genormativeerd *subjectief perspectief* en een *objectief perspectief*.³⁹ Bij het subjectieve perspectief gaat het om de vraag of de actor *tempore delicti* zo mocht handelen als hij gedaan heeft. Bij het objectieve perspectief spelen *ook* feiten en omstandigheden een rol die *tempore delicti* niet aan de actor bekend hoefden te zijn. Een variatie op een eerder gebruikte casus laat zien wanneer dit onderscheid relevant is.

³⁵ In paragraaf 3.6.4.1 maak ik onderscheid tussen schuld en schuldgraad. Men kan dan bijvoorbeeld stellen dat de strafrechtelijke schuld begint bij schuldgraad 25. Hetzelfde zou kunnen gelden voor de wederrechtelijkheid. Er is pas sprake van wederrechtelijkheid in strafrechtelijke zin als een bepaalde onrechtsdrempel gepasseerd is.

³⁶ Bronkhorst 1952, 'Overmacht in het strafrecht', p. 289.

³⁷ Knoops 1998, 'Psychische overmacht en rechtsvinding. Een onderzoek naar de strafrechtelijke, forensisch-psychiatrische en psychologische grenzen van psychische overmacht', p. 46-53.

³⁸ Als gekozen wordt voor een beperkte interpretatie van rechtvaardigingsgronden, dan komt deze kwestie aan de orde bij de interpretatie van de normatieve component van de avas-schuld. Zie paragraaf 2.5 over normatieve avas; zie paragraaf 3.6.4 over avas-schuld.

³⁹ Greenawalt 1998, 'Justifications, excuses, and a model penal code for democratic societies' onderscheidt acht mogelijke perspectieven. In het onderstaande beperk ik mij tot twee perspectieven.

Gerard hoort op de radio dat een bosbrand een nabijgelegen dorp met 10.000 inwoners in de as dreigt te leggen. Als Gerard naar buiten kijkt, ziet hij zwarte rookwolken. Een aantal vluchtende mensen verzekert hem dat het vuur snel nadert. Gerard steekt daarom een nabijgelegen graanveld in brand om een natuurlijke barrière op te werpen. Tot zijn ongenoegen ontvangt Gerard geen medaille voor zijn prijzenswaardige optreden, maar wordt hij gedagvaard wegens brandstichting. Bij nader inzien bleek het namelijk te gaan om een morbide grap. Er was geen sprake van dreigend gevaar. Het valse bericht op de radio en de rookontwikkeling waren het werk van de grappenmakers.

Het is niet direct duidelijk hoe de bovenstaande casus geduid moet worden. Sommige kenmerken lijken te wijzen op een rechtvaardigingsgrond. Andere kenmerken lijken echter te wijzen op een schulduitsluitingsgrond.⁴⁰ Dat wordt duidelijk als de eerder opgevoerde voorbeelden in herinnering worden geroepen – Klaas die daadwerkelijk een dorp redt en Christianne die de postbode voor een marsman aanziet. Klaas' gedraging is zowel objectief als subjectief als juist te beschouwen. Christiannes gedraging is zowel objectief als subjectief als onjuist te beschouwen. Gerards gedraging laat zich echter niet zo eenzijdig typeren. Het is objectief onjuist, doch subjectief juist. Objectief gezien is het onjuist, omdat geen sprake was van dreigend gevaar. Gerard heeft het graanveld voor niets in brand gestoken. Subjectief gezien moet Gerards handelwijze als juist worden aangemerkt. Hij dacht en mocht denken dat hij op deze wijze het dorp kon redden. De beslissing het graanveld in brand te steken, is op goede gronden genomen. Men mag hopen dat anderen zich in een dergelijke situatie net zo zouden gedragen.

Fletcher en Robinson stellen zich op het standpunt dat putatieve rechtvaardiging een schulduitsluitingsgrond betreft.⁴¹ Beiden menen dat het bij rechtvaardigingsgronden om objectief juiste gedragingen gaat. De nadruk ligt op de daad en niet op de dader. Robinson & Darley wijzen erop dat auteurs zich bij de classificatie van putatieve rechtvaardiging vaak beroepen op de morele intuïtie.⁴² Het ene kamp beweert dat de morele intuïtie dicteert dat het gaat om de objectieve juistheid van de gedraging (objectieve theorie). Volgens het andere kamp zou de juistheid van de aan de gedraging ten grondslag liggende redenen de doorslag moeten geven (subjectieve theorie). Robinson & Darley deden empirisch onderzoek naar de morele intuïtie van een aantal proefpersonen. De resultaten bieden steun aan de objectieve theorie. Deze bevindingen zouden ertoe kunnen nopen de putatieve rechtvaardiging als een schulduitsluitings-

⁴⁰ Morawetz 1986, 'Reconstructing the criminal defenses: the significance of justification' stelt daarom voor dergelijke gevallen te bestempelen als 'justified wrongs'. Er zijn dan 'justifications', 'excuses' en 'justified wrongs'.

⁴¹ Fletcher 1978, 'Rethinking criminal law', p. 762-769; Robinson 1984, 'Criminal law defenses. Volume 1', p. 114-115; Robinson 1984, 'Criminal law defenses. Volume 2', p. 395-420.

⁴² Robinson & Darley 1998, 'Testing competing theories of justification'.

grond op te vatten. Deze opvatting wordt in Nederland verdedigd door Strijards.⁴³ Eerst wordt *ex post* vastgesteld dat sprake is van wederrechtelijkheid: was het handelen *re vera* onrechtmatig? Vervolgens komt de verwijtbaarheid aan de orde: kon en mocht de actor denken dat het rechtmatig was?

Aanhangers van de subjectieve theorie menen dat putatieve rechtvaardiging als een rechtvaardigingsgrond bestempeld moet worden.⁴⁴ Volgens Greenawalt geeft het geen pas een dergelijke gedraging als onrechtmatig te kwalificeren.⁴⁵ Gerard heeft zich een voorbeeldig burger betoond. Men mag hopen dat anderen zich in een vergelijkbare situatie net zo zouden gedragen. Het morele oordeel van de maatschappij zou niet af mogen hangen van feiten of omstandigheden die niet aan de actor bekend konden zijn. Husak meent dat een adequate rechtvaardigingstheorie in staat moet zijn gedrag te sturen. Hoe kan een rechtvaardigingstheorie die acht slaat op feiten die *tempore delicti* onvoorzienbaar zijn, gedrag sturen? Volgens Husak pleit dat tegen de objectieve theorie: “A theory should not require omniscience before it offers useful advice.”⁴⁶ In Nederland stelt Machielse zich op een vergelijkbaar standpunt.⁴⁷ Een wederrechtelijke gedraging is een gedraging die aan de actor verboden is. Bij de beoordeling van de wederrechtelijkheid moet een subjectief perspectief worden ingenomen. Er mag geen acht worden geslagen op feiten die aan de actor niet bekend konden zijn. Machielse introduceert de figuur van de rechtsgetrouwe of verstandige dubbelganger om de wederrechtelijkheid te kunnen beoordelen. Als deze verstandige dubbelganger net zo had kunnen handelen, dan is geen sprake van wederrechtelijkheid. Machielse schaaft de putatieve rechtvaardiging derhalve onder de rechtvaardigingsgronden.⁴⁸

Het twistpunt is dus of bij de beoordeling van de wederrechtelijkheid een subjectief of een objectief perspectief moet worden ingenomen. Ik geef de voorkeur aan de objectieve benadering. Deze benadering past bij het in Nederland gehanteerde strafprocessuele model, waarbij de beoordeling van wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid in fases verloopt. Rechtvaardigingsgronden staan in het teken van een *nadere beoordeling* van het strafrechtelijk relevant voorval

⁴³ Strijards 1983, ‘Facetten van dwaling in het strafrecht’, p. 35-42 en 188-189 en Strijards 1987, ‘Strafuitsluitingsgronden’, p. 116-118.

⁴⁴ Zie m.n. Dressler 1984, ‘New thoughts about the concept of justification in the criminal law: a critique of Fletcher’s thinking and rethinking’. Dressler bestrijdt de objectieve theorie van Fletcher met een aantal argumenten die het bestek van deze verkenning te buiten gaan.

⁴⁵ Greenawalt 1984, ‘The perplexing borders of justification and excuse’.

⁴⁶ Husak 1989, ‘Justifications and the criminal liability of accessories’, p. 508.

⁴⁷ Machielse 1980, ‘Wederrechtelijkheid en schuld bij het culpoze delict’ en Machielse 1986, ‘Noodweer in het strafrecht. Een rechtsvergelijkende en dogmatische studie’, p. 499-502 en 693-695. Zie ook De Waard 1950, ‘De strafbaarheid van het feit naast de strafbaarheid van den dader’.

⁴⁸ De term ‘putatieve rechtvaardiging’ veronderstelt een tegenstelling tussen een subjectief en een objectief perspectief. In Machielses optiek is er geen sprake van een *putatieve* rechtvaardiging, maar van een *echte* rechtvaardiging.

dat bij de eerste materiële vraag aan de orde komt. Dit voorval (dood, letsel, vernietiging, etc.) laat zich in beginsel vaststellen zonder de psychische gerichtheid van de actor in aanmerking te nemen. De psychische gerichtheid van de actor komt aan de orde bij de beoordeling van opzet, schuld en eventueel bij daderschap. Bij de rechtvaardigingsgronden wordt het strafrechtelijk relevant voorval in een ruimer kader geplaatst. Bepaalde omstandigheden die niet worden bestreken door de delictsomschrijving in kwestie, kunnen meebrengen dat het gebeuren niet wederrechtelijk is. Het in brand steken van een graanveld is gerechtvaardigd als daardoor een dorp wordt gered. Bij deze ruimere omschrijving kan geabstraheerd worden van de redenen die ten grondslag hebben gelegen aan de actors gedraging. Of het dorp al dan niet gered is, hangt niet af van de motieven van de actor. Deze motieven kunnen in aanmerking worden genomen bij de schulduitsluitingsgronden. Een actor die dacht en mocht denken dat het in brand steken van een graanveld zou leiden tot het redden van een dorp, treft geen verwijt met betrekking tot het wél als wederrechtelijk te beschouwen feitencomplex.

De opvatting dat putatieve rechtvaardiging een schulduitsluitingsgrond is, stemt meer overeen met mijn morele intuïtie. Er is iets gebeurd waarvoor iemand al dan niet strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gehouden. Het classificeren van putatieve rechtvaardiging is van belang in verband met de betekenis van het begrip verschoningsgronden. De term verschoningsgronden heeft betrekking op daderschap, opzet, schuld en schulduitsluitingsgronden. Putatieve rechtvaardiging, rechtsdwaling en andere manifestaties van avas worden door mij opgevat als een schulduitsluitingsgrond. Dat brengt tevens mee dat het onder het verzamelbegrip verschoningsgronden valt.

2.2.5 Besluit

In de Nederlandse doctrine bestaat geen overeenstemming over de vraag hoe de grens tussen rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden getrokken moet worden. De verschillen in opvatting kunnen grotendeels herleid worden tot twee kwesties. (1) Wat moet verstaan worden onder ‘gerechtvaardigd’? Gaat het om een *juiste* of om een *aanvaardbare* gedraging? (2) Moet de wederrechtelijkheid van de gedraging beoordeeld worden vanuit een *subjectief* of een *objectief* perspectief? Wat de eerste kwestie betreft, geef ik de voorkeur aan het criterium van aanvaardbaarheid. Gedrag dat niet geheel juist is, valt nog binnen het bereik van de rechtvaardigingsgronden. Dat brengt mee dat minder ruimte overblijft voor de schulduitsluitingsgronden. Bij de tweede kwestie opteer ik voor een objectief perspectief. Dat betekent dat dwaling met betrekking tot de wederrechtelijkheid pas bij de schulduitsluitingsgronden aan de orde komt. Beide kwesties zijn van belang voor de afbakening van het begrip verschoningsgronden. Verschoningsgronden hebben betrekking op gedragingen die, gezien vanuit een objectief perspectief, niet als aanvaardbaar bestempeld kunnen worden. In de onderstaande paragraaf bespreek ik de verschoningsgronden psy-

chische overmacht, noodweerecces en ontoerekeningsvatbaarheid. In paragraaf 2.5 bespreek ik een aantal manifestaties van avas.

2.3 PSYCHISCHE OVERMACHT, NOODWEEREXCES EN ONTOEREKENINGSVATBAARHEID

2.3.1 Inleiding

In paragraaf 2.1 heb ik uiteengezet dat opzctdaders over het algemeen veel controle hebben met betrekking tot het al dan niet plaatsvinden van het feit. Het bewustheidsmoment van het opzet constitueert een ideale gelegenheid het strafbare feit te voorkomen. Deze vooronderstelling gaat niet op als sprake is van psychische overmacht, noodweerecces of ontoerekeningsvatbaarheid. Deze schulduitsluitingsgronden worden gekenmerkt door het feit dat de actor beschikt heeft over onvoldoende controle. In de onderstaande paragrafen werk ik deze these uit.

2.3.2 Psychische overmacht

Art. 40 Sr. Niet strafbaar is hij die een feit begaat waartoe hij door overmacht is gedrongen.

Art. 40 Sr bevat de rechtvaardigingsgrond noodtoestand en de schulduitsluitingsgrond psychische overmacht. De rechtvaardigingsgrond noodtoestand stelt de rechter in de gelegenheid de bij de eerste materiële vraag voorlopig aangenomen wederrechtelijkheid nader te beschouwen. Bij de beoordeling van de wederrechtelijkheid gelden de twee boven besproken uitgangspunten. In de eerste plaats moet een objectief perspectief worden ingenomen. Dat betekent dat hier ook rekening gehouden mag worden met gevolgen en omstandigheden die tempore delicti niet door de actor te voorzien waren. In de tweede plaats valt de wederrechtelijkheid al weg als de actor niet-onjuist of aanvaardbaar heeft gehandeld. De bijzondere omstandigheden kunnen meebrengen dat het onrechtsgehalte zo laag is dat het feit buiten het bereik van het strafrecht moet vallen. Ik beperk mij hier tot het bespreken van psychische overmacht. Dat betekent dat gedragingen die vanuit een objectief perspectief aanvaardbaar zijn, buiten het domein van de bespreking vallen: wat gerechtvaardigd is, hoeft niet meer verontschuldigd te worden.

Het is niet gemakkelijk een algemene verklaring te bieden voor het schulduitsluitende karakter van psychische overmacht. Volgens Bronkhorst doen zelfs de vernuftigste theorieën over het verschijnsel overmacht nog altijd te kort aan de eindeloze verscheidenheid waarin het zich in de werkelijkheid voordoet.⁴⁹

⁴⁹ Bronkhorst 1952, 'Overmacht in het strafrecht', p. 179.

Zaken waarin een beroep gedaan wordt op psychische overmacht geven geregeld aanleiding tot tegenstrijdige gevoelens. Enerzijds heeft iemand opzettelijk een wederrechtelijk feit begaan, zoals het verraden van verzetsstrijders of het smokkelen van drugs. Anderzijds waren de omstandigheden zodanig dat het begrijpelijk is dat de persoon geen weerstand heeft geboden aan de uitwendige druk. Het gebruikelijke zwart-witkader biedt onvoldoende houvast: het is niet duidelijk of de verdachte als dader of als slachtoffer moet worden gezien.⁵⁰

Psychische overmacht wordt begrensd door twee componenten: (1) een psychologische component en (2) een normatieve component. De psychologische component behelst dat de actor onvoldoende controle bezit met betrekking tot het al dan niet plaatsvinden van het feit. De normatieve component behelst dat het gebrek aan controle te wijten is aan een maatschappelijk geaccepteerde oorzaak. Het moet redelijk of begrijpelijk zijn dat een bepaalde drangoorzaak (bijvoorbeeld: een doodsb bedreiging) ertoe heeft geleid dat de actor moeilijk een andere keuze had kunnen maken. Bij een geslaagd beroep op psychische overmacht moet aan beide componenten voldaan zijn. Hieronder beest ik achtereenvolgens aandacht aan de psychologische en de normatieve component.

De wetgever verstond onder overmacht elke kracht, drang of dwang waaraan men geen weerstand kan bieden.⁵¹ Deze ruime omschrijving heeft zowel betrekking op absolute overmacht als op psychische overmacht. Het verschoonende karakter van absolute overmacht laat zich gemakkelijk begrijpen. De verlangens en inzichten van de actor kunnen geen rol spelen. Bij absolute overmacht is de *handelingsvrijheid* van de actor aangetast.⁵² In dat geval heeft de actor geen enkele controle over het al dan niet plaatsvinden van het feit.⁵³ Absolute overmacht zal doorgaans bij de eerste materiële vraag aan de orde komen, omdat geen sprake is van daderschap of schuld op bestandsdeelniveau.⁵⁴

Het is verleidelijk gevallen van psychische overmacht direct te relateren aan gevallen van absolute overmacht. De gemeenschappelijke noemer is dan dat de actor in beide gevallen geen keuze had: hij had niet anders kunnen kiezen. Deze analogie ontnemt echter het zicht op het verschil tussen beide soorten overmacht. Bij absolute overmacht kan de actor letterlijk geen keuze maken: zijn verlangens en inzichten kunnen geen rol spelen. Dat is niet het geval bij psychische overmacht.⁵⁵ De handelingen van de actor worden wel degelijk

⁵⁰ Vgl. Dressler 1989, 'Exegesis of the law of duress: justifying the excuse and searching for its proper limits'.

⁵¹ Smidt I, p. 404-405.

⁵² Vgl. Gorr 2000, 'Duress and culpability'.

⁵³ Vgl. Fitzgerald 1968, 'Voluntary and involuntary acts'; Husak 1987, 'Philosophy of criminal law', p. 102-103; Husak 1998, 'Does criminal liability require an act?'

⁵⁴ Zie paragraaf 2.1. Daarbij moet acht worden geslagen op culpa in causa: is de absolute overmacht aan de actor zelf te wijten? Zie paragraaf 2.3.5 over culpa in causa.

⁵⁵ Vgl. Feinberg 1986, 'The moral limits of the criminal law. Volume three. Harm to self', p. 150-153 en 199-203; Wertheimer 1987, 'Coercion', p. 5-10 en 170-175; Finkelstein 1995,

→

gestuurd door zijn verlangens en inzichten: de *handelingsvrijheid* van de actor is niet aangetast.⁵⁶ Psychische overmacht wordt gekenmerkt door een aantasting van de *keuzevrijheid*.⁵⁷ De drang waaraan de actor blootstaat, maakt het moeilijk niet te kiezen voor de wederrechtelijke gedraging.

De aantasting van de keuzevrijheid is het kenmerk van de psychologische of empirische component van psychische overmacht. De keuzevrijheid is zodanig beperkt dat de actor weinig controle bezit met betrekking tot het al dan niet plaatsvinden van het feit.⁵⁸ Het gebrek aan controle kan zich op verschillende manieren manifesteren. Bij een ernstige bedreiging kan heel wel sprake zijn van een rationele afweging. In een oorlogssituatie kan de afweging tussen landsbelang en lijfsbelang uitmonden in een daad van verraad. In andere gevallen van psychische overmacht tasten emoties het vermogen tot rationeel nadenken aan. De omstandigheden van het geval kunnen leiden tot zulke hevige emoties dat de actor als het ware geen andere uitweg ziet: hij verliest de controle over zichzelf.

Een eenzijdige focus op de psychologische component kan gemakkelijk ontaarden in een 'Tout comprendre c'est tout pardonner'. Als de psychologische component de enige toetssteen is, dan zou de actor zich in de volgende drie gevallen op psychische overmacht kunnen beroepen. (1) Anton berooft een bank, omdat hij de gedachte afstand te moeten doen van zijn nieuwe sportwagen niet kan verdragen.⁵⁹ (2) Berend vreest het verlies van geld in dezelfde mate als anderen marteling vrezet. Het dreigement dat een afgepakte geldsom niet teruggegeven wordt, noopt hem tot het verraden van militaire geheimen.⁶⁰ (3) Christianne wordt zo woedend dat iemand op haar parkeerplaats heeft gepar-

'Duress: a philosophical account of the defense in law'. Gardner 1991, 'The activity condition in criminal law' betoogt daarentegen dat sommige gevallen van psychische overmacht gelijkgesteld dienen te worden aan absolute overmacht. Iemand die lijdt aan claustrofobie zou er letterlijk niet voor kunnen kiezen een brief niet te schrijven als hij bedreigd wordt met opsluiting in een kofferbak. Volgens Gardner staat dit geval gelijk aan het schrijven van een brief onder invloed van hypnose of het fysiek gestuurd worden van de hand.

⁵⁶ Vgl. Gorr 1989, 'Coercion, freedom and exploitation', p. 67-116 en Gorr 2000, 'Duress and culpability'.

⁵⁷ Vgl. Gorr 1989, 'Coercion, freedom and exploitation', p. 117-146 en Gorr 2000, 'Duress and culpability'.

⁵⁸ Robinson 1984, 'Criminal law defenses. Volume 2', p. 351 stelt: "The excusing condition in duress is the impairment of the actor's ability to control his conduct. A complete absence of control over one's actions constitutes involuntary conduct (...). The duress defense does not require this extreme result. It requires only a relative impairment of the psychological control mechanisms." Fletcher 1985, 'The right and the reasonable', p. 962 stelt: "In cases of duress and personal necessity, such as breaking out of prison to avoid a homosexual rape, the actor's control over his actions is so far reduced that blaming him for wrongful conduct offends our sense of justice."

⁵⁹ Zie Finkelstein 1995, 'Duress: a philosophical account of the defense in law'.

⁶⁰ Zie Feinberg 1986, 'The moral limits of the criminal law. Volume three. Harm to self', p. 210-212.

keerd dat zij de bestuurder met vijftien messteken om het leven brengt.⁶¹ Als wordt aangenomen dat deze personen moeilijk anders konden handelen, dan betekent dat nog niet dat het beroep op psychische overmacht gegrond moet worden verklaard. De psychologische component is een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde voor het aannemen van psychische overmacht.⁶²

De normatieve component van psychische overmacht behelst dat het gebrek aan controle te wijten is aan een maatschappelijk geaccepteerde oorzaak. De gedachte afstand te moeten doen van een sportwagen en de constatering dat een parkeerplaats is ingenomen, vormen geen maatschappelijk geaccepteerde oorzaken. Bij de beoordeling van de normatieve component kunnen vele factoren een rol spelen. Ik bespreek drie factoren. (1) Er moet acht worden geslagen op de verhouding tussen de drangoorzaak en het wederrechtelijk feit. Bij een ernstig feit worden hogere eisen gesteld aan de oorzaak van de drang. In dat geval kunnen alleen drangoorzaken waarvan begrijpelijk is dat ze een extreem bedreigend effect hebben gehad, leiden tot overmacht.⁶³ (2) De normatieve component heeft tevens betrekking op het leerstuk culpa in causa. Bij de beoordeling van de normatieve component moet rekening worden gehouden met feiten die vóór de overmachtsituatie hebben plaatsgevonden.⁶⁴ Het is daarbij onder meer de vraag of de actor deze overmachtsituatie had kunnen en moeten vermijden.⁶⁵ (3) Het aanleggen van een normatieve toetssteen betekent niet noodzakelijkerwijs dat geen rekening gehouden kan worden met individuele kenmerken.⁶⁶ Bij de beoordeling van psychische overmacht kan – tot op zekere

⁶¹ Zie Nourse 1998, 'The new normativity: the abuse excuse and the resurgence of judgment in the criminal law'. Dit voorbeeld is gebaseerd op de zaak *State of Connecticut v. Raguseo*.

⁶² De tekst van de memorie van toelichting – elke drang waaraan men geen weerstand kan bieden – lijkt overigens te wijzen op een strikt psychologische benadering. Vgl. Pompe 1959, 'Handboek van het Nederlandse strafrecht', p. 127-129.

⁶³ In Angelsaksische rechtsstelsels is psychische overmacht doorgaans niet van toepassing op levensdelicten. Deze leer wordt treffend verwoord door Blackstone. Blackstone 1876, 'The commentaries on the laws of England. Vol. IV. Of public wrongs', p. 24 stelt: "And therefore, though a man be violently assaulted, and has no other possible means of escaping death but by killing an innocent person, this fear and force shall not acquit him of murder, for he ought rather to die himself than escape by the murder of an innocent." Het Internationaal Strafhof lijkt dezelfde lijn te volgen. Vgl. Epps 2003, 'The soldier's obligation to die when ordered to shoot civilians or face death himself'.

⁶⁴ Vgl. Robinson 1985, 'Causing the conditions of one's own defense: a study in the limits of theory in criminal law doctrine'.

⁶⁵ Zie paragraaf 2.3.5.

⁶⁶ Wertheimer 1987, 'Coercion' legt sterk de nadruk op het normatieve aspect van dwang. De normatieve toetssteen kan volgens hem ook worden toegesneden op het individu in kwestie. Wertheimer 1987, p. 273 stelt: "[It] is, I think, an open question whether a standardized or an individualized test provides the better answer. We may want to hold B to the standards of the average man, or the courageous man, or the man of 'reasonable firmness,' or we may want to determine what it is reasonable to expect of B – given his individual circumstances and characteristics."

hoogte – acht geslagen worden op individuele omstandigheden en eigenschappen van de persoon in kwestie.⁶⁷

Ik besluit deze paragraaf. De psychologische en normatieve component zijn noodzakelijke voorwaarden bij het aannemen van psychische overmacht. Psychische overmacht doet zich voor als de actor een redelijke gelegenheid ontbeert de wetsovertreding te voorkomen.⁶⁸ Het gedrag is niet gerechtvaardigd, maar de handelwijze is de actor niet of nauwelijks kwalijk te nemen. Een beroep op psychische overmacht appelleert uiteindelijk aan de inherente menselijke zwakheid. Deze zwakheid, die tot uiting komt in de bijzondere omstandigheden van het geval, is tot op grote hoogte invoelbaar. Dressler drukt dat als volgt uit: “We feel a close connection to the coerced wrongdoer. He is perceived as a normal person in an abnormal situation. His weakness is our weakness.”⁶⁹

2.3.3 Noodweerecxces

Art. 41 lid 2 Sr. Niet strafbaar is de overschrijding van de grenzen van noodzakelijke verdediging, indien zij het onmiddellijk gevolg is geweest van een hevige gemoedsbeweging, door de aanranding veroorzaakt.

Art. 41 lid 2 Sr bevat de schulduitsluitingsgrond noodweerecxces. De schulduitsluitingsgrond noodweerecxces functioneert tegen de achtergrond van de rechtvaardigingsgrond noodweer. Er is sprake van noodweer als het feit dat de actor begaat, geboden wordt door de noodzakelijke verdediging tegen een ogenblik-

⁶⁷ Vgl. Willeme 1980, ‘Overmacht in het strafrecht’, p. 66-67; Strijards 1987, ‘Strafuitsluitingsgronden’, p. 93-95; Knoops 1998, ‘Psychische overmacht en rechtsvinding. Een onderzoek naar de strafrechtelijke, forensisch-psychiatrische en psychologische grenzen van psychische overmacht’, p. 126-165. Het spreekt voor zich dat niet alle individuele kenmerken in de beoordeling kunnen worden betrokken. In dat geval zou alleen de psychologische component overblijven. Vgl. Smith 1999, ‘Duress and steadfastness: in pursuit of the unintelligible’.

⁶⁸ Vgl. Hart 1968, ‘Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law’, p. 152-157; Dressler 1989, ‘Exegesis of the law of duress: justifying the excuse and searching for its proper limits’; Gorr 2000, ‘Duress and culpability’; Kadish 1987, ‘Excusing crime’; Sendor 1994, ‘Restorative retributivism’.

⁶⁹ Dressler 1988, ‘Reflections on excusing wrongdoers: moral theory, new excuses and the Model Penal Code’, p. 683. Dressler 1988, p. 711-712 stelt: “What seems to be involved in genuine cases of duress is that we believe that a person of great moral strength such as a saint not only could but would refuse to give in to a threat, but that virtually every person of ordinary (but not saintly) moral firmness would commit the offense. (...) By recognizing duress as an excuse, we concede that we as humans are sufficiently fallible that in extreme circumstances we will nearly inevitably (the near inevitability seems critical) succumb to our weaknesses. We will choose (it is a choice) to take the wrong route. When the choices are this bad we conclude that the actor was not provided a fair opportunity to behave properly.”

kelijke en wederrechtelijke aanranding. Bij noodweer moet voldaan zijn aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Er dient sprake te zijn van een redelijke verhouding tussen het aangerande rechtsbelang en het verdedigingsmiddel (proportionaliteit). Bovendien dient men te kiezen voor het minst ingrijpende verdedigingsmiddel (subsidiariteit). Noodweer kenmerkt zich door de strijd tussen recht en onrecht. Bij noodweerecces wordt onrecht gepareerd met onrecht. Er kunnen grosso modo drie varianten van noodweerecces onderscheiden worden.⁷⁰ (1) Bij het *intensieve excès* grijpt de actor naar een onevenredig of onnodig zwaar middel. (2) Bij het *extensieve excès* wordt de geoorloofde verdediging voortgezet op het moment dat de aanranding reeds beëindigd is. (3) Het *tardieve excès* heeft betrekking op het geval dat de actor pas reageert op moment dat de aanranding reeds is afgelopen.

Noodweerecces kan beschouwd worden als een specialis van psychische overmacht. Noodweerecces wordt – evenals psychische overmacht – begrensd door een psychologische en een normatieve component. De psychologische component van noodweerecces is nauw verwant aan gevallen van psychische overmacht waarbij het vermogen tot rationeel nadenken is aangetast. In beide gevallen is het gebrek aan controle te wijten aan de opgewekte emoties. Het verschil tussen noodweerecces en psychische overmacht wordt gevormd door de normatieve component. Art. 41 lid 2 Sr bepaalt dat de hevige gemoedsbeweging het gevolg moet zijn van de aanranding. Hieronder bespreek ik achtereenvolgens de psychologische en de normatieve component.

Bij noodweerecces wordt de actor overmand door een hevige gemoedsbeweging, zoals angst of woede. Angst en woede verhouden zich verschillend tot het beschermde belang. Angst is prospectief: de actor vreest dat de aanrander de rechtsbelangen zal schenden. Woede is retrospectief: de actor is boos dat de aanrander de rechtsbelangen heeft geschonden. Beide emoties kunnen het naleven van de wet bemoeilijken. Angst is niet altijd een goede raadgever. De angstgevoelens en acuütheid van de situatie kunnen gemakkelijk leiden tot de keuze voor een onjuiste verdedigingswijze. Woedegevoelens kunnen het beoordelingsvermogen eveneens aantasten. Noodweerecces heeft geen betrekking op gevoelens van verontwaardiging die het vermogen rationeel te denken intact laten. Het gaat om blinde, irrationele woede. Deze blinde woede leidt ertoe dat de actor de controle over zichzelf verliest.⁷¹

De normatieve component van noodweerecces houdt in dat het gebrek aan controle te wijten is aan een maatschappelijk geaccepteerde oorzaak. Hierbij

⁷⁰ Zie voor dit onderscheid: Machielse 1986, 'Noodweer in het strafrecht. Een rechtsvergelijkende en dogmatische studie', p. 681-682; Noyon/Langemeijer/Remmelink 2005, aant. 18 bij art. 41 lid 2 Sr (suppl. 134); Conclusie A-G Machielse bij HR 12 april 2005, NJ 2005, 364.

⁷¹ Vgl. Dressler 2002, 'Why keep the provocation defense?: some reflections on a difficult subject'; Horder 1992, 'Provocation and responsibility', p. 72-110 en 156-185; Von Hirsch & Jareborg 1987, 'Provocation and culpability'.

dient tevens acht te worden geslagen op culpa in causa. Nopen omstandigheden die vóór de noodweersituatie hebben plaatsgevonden tot het oordeel dat geen beroep op (noodweer)exces gedaan kan worden?⁷² Art. 41 lid 2 Sr bepaalt dat de hevige gemoedsbeweging het gevolg moet zijn van de aanranding. Het enkele feit dat de aanranding de gemoedsbeweging veroorzaakt, is echter niet voldoende. De grensoverschrijding dient tevens in een redelijke verhouding te staan tot de aanranding. Extreme grensoverschrijdingen vallen – zelfs als voldaan is aan de psychologische component – niet onder de schulduitsluitingsgrond. Het doden van een appeldief is een voorbeeld van een extreme grensoverschrijding. Bij extreme grensoverschrijdingen spelen de afwijkende persoonlijkheidseigenschappen van de actor een doorslaggevende rol. In dat geval ligt een beroep op ontoerekeningsvatbaarheid meer voor de hand. De schulduitsluitingsgrond noodweereces is alleen van toepassing op een redelijke grensoverschrijding.⁷³ Noodweereces kan gekarakteriseerd worden als ‘onrechtmatig doch redelijk’.

Het is de vraag waarom een onrechtmatige overschrijding als gevolg van emoties gekarakteriseerd kan worden als ‘redelijk’. Ik meen dat het schulduitsluitende karakter van noodweereces mede gebaseerd is op de juistheid of aanvaardbaarheid van de emotie.⁷⁴ Dat ligt het meest voor de hand bij angstgevoelens. Iemand die geconfronteerd wordt met een poging tot verkrachting of doodslag mag zowel verdedigend optreden als angst voelen. De angstgevoelens vinden hun grondslag in door het recht beschermde belangen. De legitimiteit van de angstgevoelens staat daarom buiten kijf. De angstige excessent kan als volgt gekarakteriseerd worden. (1) De actor bevindt zich buiten zijn schuld in een situatie waarin verdedigingshandelingen gerechtvaardigd zijn. (2) De noodweersituatie vormt een terechte aanleiding voor angstgevoelens. (3) De angstgevoelens leiden tot een gebrek aan controle. Deze combinatie van factoren maakt dat de excessent weinig te verwijten valt.

Of gevoelens van woede dezelfde legitieme status toekomen, is een open vraag. Gevoelens van woede zijn gericht op degene die het belang schendt: men wil dat deze persoon pijn lijdt. Veel personen zouden dergelijke gevoelens als irrationeel of immoreel kwalificeren. Murphy stelt daar tegenover dat retributieve woede in sommige gevallen een gepaste of zelfs juiste reactie is.⁷⁵ Volgens

⁷² Vgl. HR 28 maart 2006, NJ 2006, 509. Zie m.n. de conclusie van A-G Knigge.

⁷³ Bij de beoordeling van noodweereces kan slechts in zeer beperkte mate acht geslagen worden op individuele kenmerken. Als rekening gehouden zou worden met extreme persoonlijkheidseigenschappen, dan krijgt de normatieve component een oxymoronisch karakter: ‘deze actor heeft, gezien zijn impulsieve en gewelddadige karakter, redelijk gehandeld’.

⁷⁴ Vgl. Ashworth 1976, ‘The doctrine of provocation’; Dressler 1988, ‘Provocation: partial justification or partial excuse?’; Von Hirsch & Jareborg 1987, ‘Provocation and culpability’.

⁷⁵ Murphy 1988, ‘Hatred: a qualified defense’; Murphy 1988, ‘The retributive emotions’; Murphy 2003, ‘Getting even. Forgiveness and its limits’. Murphy’s visie past bij opvattin-

→

Murphy duidt een al te grote vergevingsgezindheid in het aangezicht van onrecht zelfs op een gebrek aan zelfrespect.⁷⁶ Als het voelen van woede gerechtvaardigd is, hoe zit het dan met het uiting geven aan deze woede? Horder schetst een beeld van de geschiedenis van het provocatieleerstuk in Engeland.⁷⁷ Volgens Horder was het provocatieleerstuk gebaseerd op een aristotelische opvatting, waarbij de onrechtmatige aantasting van eer centraal stond. Een eervol man werd geacht een aantasting van zijn eer te vergelden door uiting te geven aan zijn verontwaardiging. Een gepaste retributieve reactie die de grenzen van noodzakelijke verdediging overschrijdt, is in die opvatting gerechtvaardigd. Het spreekt voor zich dat deze opvatting niet past in het huidige tijdsgewricht. De restrictieve interpretatie van noodweer in het Nederlandse strafrecht past bij de opvatting dat in beginsel alleen de staat bevoegd is tot rechtshandhaving.⁷⁸ Het uiting geven aan woede is – voor zover dit leidt tot een overschrijding van de grenzen van noodzakelijke verdediging – niet gerechtvaardigd. De wederrechtelijkheid van een redelijke retributieve reactie zit echter niet zozeer in de reactie zelf, maar in het feit dat de strafbevoegdheid het individu thans niet meer toekomt. Men zou kunnen spreken van een semi-legitieme reactie. De legitimiteit van woedegevoelens en de semi-legitimiteit van een retributieve reactie bieden een mogelijke verklaring voor het schulditsluitende karakter van noodweerexces.

Noodweerexces appelleert – evenals psychische overmacht – aan de menselijke zwakheid. Veel mensen die bevangen zijn door angst en woede zijn nu eenmaal niet in staat het hoofd koel te houden. Het belangrijkste verschil met psychische overmacht zit in de normatieve randvoorwaarden. Bij noodweerexces bevindt de actor zich buiten zijn schuld in een situatie waarin verdedigingshandelingen én de opgewekte emoties gerechtvaardigd zijn. Het resulterende gebrek aan controle is tegen die achtergrond gemakkelijk invoelbaar.

2.3.4 Ontoerekeningsvatbaarheid

Art. 39 Sr. Niet strafbaar is hij die een feit begaat, dat hem wegens de gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens niet kan worden toegerekend.

Ontoerekeningsvatbaarheid is de moeilijkst te doorgronden schulditsluitingsgrond in het strafrecht. Psychische overmacht en noodweerexces hebben vaak betrekking op gewone mensen in ongewone situaties. Het is niet moeilijk ons te

gen die de retributieve straftheorie relateren aan menselijke emotie. Zie bijv. Moore 1987, 'The moral worth of retribution' en Knigge 1988, 'Het irrationele van de straf'. In paragraaf 3.2.3 bespreek ik de retributieve straftheorie.

⁷⁶ Murphy 1988, 'Forgiveness and resentment'. In dat geval is vergeving geen deugd, maar een zonde.

⁷⁷ Horder 1992, 'Provocation and responsibility', p. 5-71.

⁷⁸ Vgl. Strijards 1987, 'Strafuitsluitingsgronden', p. 54-64.

identificeren met personen die bezwijken onder druk of overmand worden door emoties. Dat is niet het geval bij ontoerekeningsvatbaarheid. Veel mensen kunnen noch willen zich identificeren met de soms bizarre gedragingen van de psychisch gestoorde delinquent.⁷⁹ Art. 39 Sr brengt mee dat psychische stoornissen aanleiding kunnen geven tot schulditsluiting. Als dat het geval is, dan kan de actor niet gestraft worden voor het door hem gepleegde delict. Dat neemt niet weg dat onder bepaalde voorwaarden een maatregel kan worden opgelegd.

In welke gevallen dient een psychische stoornis te resulteren in schulditsluiting? Het vinden van een bevredigend criterium is een welhaast onmogelijke opgave. In Amerika bestaat geen consensus over het toe te passen criterium. Sinds jaar en dag wordt de discussie beheerst door een viertal verschillende criteria.⁸⁰ In Nederland lijkt op het eerste gezicht meer overeenstemming te bestaan. Van Bemmelen's observatie dat niemand erin geslaagd is het criterium voor toerekeningsvatbaarheid te geven, is echter nog steeds actueel.⁸¹ Bij de gedragskundige rapportage pro justitia wordt de mate van toerekeningsvatbaarheid gerelateerd aan de wilsvrijheid.⁸² Er worden vijf gradaties van toerekeningsvatbaarheid onderscheiden. Iemand die toerekeningsvatbaar is, heeft zijn wil volledig in vrijheid bepaald. In de tussenliggende stadia is de wilsvrijheid gedeeltelijk beperkt. Bij ontoerekeningsvatbaarheid heeft de actor geen enkele wilsvrijheid.

Dit criterium – als het al een criterium is – biedt weinig tot geen houvast. Het is mij niet duidelijk waarom een psychisch gestoorde delinquent beperkt zou zijn in zijn wilsvrijheid. Psychisch gestoorde delinquenten handelen veelal op grond van onjuiste of onredelijke inzichten en verlangens. Het zijn echter wel *hun* inzichten en *hun* verlangens.⁸³ De wil van de psychisch gestoorde wordt niet gestuurd door een wezensvreemde entiteit die zijn wilsvrijheid beperkt.⁸⁴ Het is de actor – en niet zijn stoornis – die handelt. Het wilscriterium biedt niet alleen weinig houvast, het vormt bovendien een mogelijke bron van verwarring. Stoornissen die in de psychiatrische literatuur aan de wil wor-

⁷⁹ Vgl. Kelk 1990, 'De plaats van de toerekeningsvatbaarheid in ons strafrecht'.

⁸⁰ Het betreft de volgende criteria: (1) 'M'Naghten' (primair cognitief); (2) 'irresistible impulse' (primair volitief); (3) 'Model Penal Code' (cognitief en volitief); en (4) 'Durham' (verband stoornis en delict). Goldstein 1967, 'The insanity defense', p. 87 concludeert: "It is now apparent that a precise definition of insanity is impossible".

⁸¹ Van Bemmelen 1956, 'Over toerekeningsvatbaarheid'.

⁸² Vgl. Harte, Van Mulbregt & De Kom 2002, 'Klinische Pro Justitia rapportage. Over de werkwijze van het Pieter Baan Centrum'; Van Marle 2004, 'Het strafrechtelijk psychiatrisch gedragskundigenonderzoek'; Mooij 2004, 'Toerekeningsvatbaarheid. Over handelingsvrijheid'.

⁸³ Vgl. Fingarette 1972, 'The meaning of criminal insanity', p. 158-172 en Morse 2002, 'Uncontrollable urges and irrational people'.

⁸⁴ Dat is ook het geval als de stoornis gerelateerd is aan een organische dysfunctie. De aanwezigheid van een organische dysfunctie is overigens noch een noodzakelijke noch een voldoende voorwaarde voor ontoerekeningsvatbaarheid. Vgl. Morse 1996, 'Brain and blame'.

den gerelateerd (impulscontrolestoornissen en bepaalde persoonlijkheidsstoornissen) leiden in het strafrecht zelden of nooit tot volledige ontoerekeningsvatbaarheid.⁸⁵ Bij de analyse van het verband tussen psychische stoornis en schulditsluiting kan beter geen gebruikgemaakt worden van het wilscriterium.⁸⁶

Ontoerekeningsvatbaarheid wordt – evenals psychische overmacht en noodweerexces – gekenmerkt door een gebrek aan controle bij de actor. Er bestaat echter een belangrijk verschil tussen ontoerekeningsvatbaarheid en de andere schulditsluitingsgronden. Psychische overmacht en noodweerexces worden begrensd door een psychologische en een normatieve component. Het gebrek aan controle is te wijten aan een maatschappelijk geaccepteerde oorzaak. Dit is niet het geval bij de ontoerekeningsvatbaarheid. Het gebrek aan controle met betrekking tot het delict is een tijdelijk of permanent kenmerk van de ontoerekeningsvatbare actor. In dit opzicht wijkt de ontoerekeningsvatbare actor af van de normaal ontwikkelde mens tot wie het strafrecht zich richt.

De archetypische opzetsdader heeft veel controle met betrekking tot het plaatsvinden van het delict.⁸⁷ Het kennismoment dat gemeenschappelijk is aan elke opzettelijke daad rechtvaardigt over het algemeen het oordeel dat de actor deze daad evengoed had kunnen nalaten. Het is nu de vraag waarom deze vooronderstelling niet opgaat bij de ontoerekeningsvatbare actor. In welk opzicht verschilt de psychisch gestoorde delinquent van de normaal ontwikkelde mens? Het verschil is – zo meen ik – gelegen in de mate van rationaliteit.⁸⁸ Het gedrag

⁸⁵ Zie over deze aandoeningen: Hoogduin & Lange 1994, 'Stoornissen in de impulscontrole' en Van den Brink & Van der Velden 1994, 'Persoonlijkheidsstoornissen'.

⁸⁶ Vgl. Van Eck 1959, 'Het verantwoordelijkheidsbegrip en de moderne psychiatrische en psychologische rapportage'; Nieboer 1970, 'Aegroto suum. De toerekening in het strafrecht bij psychische afwijkingen', p. 137-138 en 176-177; Brand 2001, 'Het persoonlijkheidsonderzoek in het strafrecht. Een aanzet tot de gedragswetenschappelijke verantwoording van de psychologische rapportage Pro Justitia, meer in het bijzonder van de toerekeningsvatbaarheidsbepaling', p. 27-76.

⁸⁷ Zie paragraaf 2.1, 4.3.8.2 en 4.5.4.4.e. In paragraaf 4.3.7 ga ik in op de relatie tussen psychische stoornissen en opzet. Psychische stoornissen staan slechts bij hoge uitzondering in de weg aan het aannemen van opzet.

⁸⁸ Vgl. Fingarette 1972, 'The meaning of criminal insanity'; Moore 1984, 'Law and psychiatry. Rethinking the relationship'; Schopp 1991, 'Automatism, insanity, and the psychology of criminal responsibility. A philosophical inquiry'; Morse 1994, 'Culpability and control'; Moore 1997, 'Placing blame. A general theory of the criminal law', p. 595-609; Morse 2000, 'Rationality and responsibility'; Morse 2002, 'Uncontrollable urges and irrational people'. De onderstaande uitwerking van de irrationaliteitstheorie is in bijna alle opzichten terug te voeren op deze publicaties. Mooij 2004, 'Toerekeningsvatbaarheid. Over handelingsvrijheid' stelt dat bij ontoerekeningsvatbaarheid het vermogen tot overleg ontbreekt. Mooij's opvatting, die grote verwantschap vertoont met de opvatting van Moore, verschilt inhoudelijk nauwelijks van mijn opvatting. Mooij relateert dit gebrek in het vermogen tot overleg echter aan het geheel of gedeeltelijk ontbreken van de wilsvrijheid. Boven heb ik uiteengezet dat ik het minder verstandig acht gebruik te maken van het wilscriterium.

van de psychisch gestoorde delinquent wordt gekenmerkt door *ernstige irrationaliteit*. Bij de beoordeling van de irrationaliteit dient normaal menselijk gedrag als referentiekader. De mens is een rationeel wezen dat handelt op basis van verlangens en inzichten. In dit opzicht verschilt de psychisch gestoorde delinquent niet van de normaal ontwikkelde mens: ook psychisch gestoorde worden gestuurd door verlangens en inzichten.⁸⁹ Het enkele feit dat een actor beschikt over onredelijke verlangens leidt uiteraard niet tot ontoerekeningsvatbaarheid. In dat geval zou geen onderscheid gemaakt kunnen worden tussen normale en gestoorde misdadigers. Ontoerekeningsvatbare personen worden over het algemeen gekenmerkt door het feit dat ze handelen op basis van inadequate inzichten. Normaal ontwikkelde mensen handelen op grond van inzichten die in overeenstemming zijn met de realiteit en zijn bovendien in staat de strekking van de wet te begrijpen. Dit vermogen tot inzicht ligt ten grondslag aan de notie van toerekeningsvatbaarheid, aangezien het mensen in staat stelt zich aan de wet te conformeren. De menselijke verantwoordelijkheid en het vermogen tot inzicht zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden.

Er is sprake van ontoerekeningsvatbaarheid als het delict in kwestie een uitvloeisel is van de ernstige irrationaliteit. Slechts weinig stoornissen voldoen aan dit criterium. In de praktijk moet daarbij vooral gedacht worden aan psychotische toestanden.⁹⁰ Een psychotische toestand wordt gekenmerkt door een ernstige verstoring van het realiteitsbesef, zoals wanen of hallucinaties.⁹¹ De psychotische actor handelt op grond van verlangens en inzichten, maar de inzichten sporen niet met de realiteit. De verstoring van het realiteitsbesef kan meebrengen dat de actor weinig controle heeft met betrekking tot het al dan niet plegen van het feit. Intelligentiestoornissen, zoals ernstige mentale retardatie, kunnen het naleven van de wet eveneens bemoeilijken. Men kan daarbij denken aan een zwakzinnige die onverhoeds de weg oversteeft, waardoor de veiligheid op de weg in gevaar wordt gebracht. Aansprakelijkheid met betrekking tot art. 5 WvW veronderstelt dat de actor in staat is elementaire veiligheidseisen te begrijpen. In de praktijk geldt dat slechts weinig psychische aandoeningen gepaard gaan met de voor volledige ontoerekeningsvatbaarheid vereiste irrationaliteit. Persoonlijkheden- en impulscontrolestoornissen leiden regelmatig tot het oordeel dat sprake is van verminderde toerekeningsvatbaarheid. De verminderde toerekeningsvatbaarheid valt buiten de kaders van de in art. 39 Sr opgenomen schulduitsluitingsgrond.

⁸⁹ Bij bepaalde psychische episodes, zoals een epileptische aanval of een acute dissociatieve stoornis, is dat niet het geval. In die gevallen is in de regel geen sprake van opzet, schuld of actus reus, zodat art. 39 Sr niet aan de orde komt.

⁹⁰ Vgl. Tuinier 1989, 'De psychiater en de wilde man. Een veldstudie over de relatie psychiatrisch syndroom en criminaliteit', p. 303-317 en Van Panhuis 1997, 'De psychotische patiënt in de TBS van kwaad tot erger. Een forensisch-psychiatrische studie', p. 165-186.

⁹¹ Vgl. Van den Bosch 1994, 'Schizofrenie en andere psychotische stoornissen' en Griez 1990, 'Beknopte psychiatrie', p. 116-139.

De voor ontoerekeningsvatbaarheid vereiste irrationaliteit moet zich hebben voorgedaan ten tijde van het delict in kwestie. Dat neemt niet weg dat culpa in causa in de weg kan staan aan het aannemen van ontoerekeningsvatbaarheid. Daarbij moet in de eerste plaats gedacht worden aan zelfintoxicatie.⁹² Hallucinogene middelen, zoals LSD of mescaline, kunnen leiden tot ernstige irrationaliteit. Veel gebruikte psychoactieve stoffen als alcohol, cannabis of cocaïne leiden slechts zelden tot de voor ontoerekeningsvatbaarheid vereiste ernstige irrationaliteit. In dat geval hoeft men het culpa in causa-leerstuk niet in te roepen. Een tweede reden voor culpa in causa wordt gevormd door het weigeren van behandeling of medicatie. Het kan zijn dat het onder invloed van de stoornis gepleegde delict gemakkelijk te voorkomen was geweest.

De bovenstaande uiteenzetting bevat slechts een beperkte verduidelijking van de in wezen nietszeggende tekst van art. 39 Sr. Er moet niet worden toegerekend als het delict in kwestie een uitvloeisel is van ernstige irrationaliteit. Bij psychische overmacht en noodweerexces is het gebrek aan controle te wijten aan een maatschappelijk geaccepteerde oorzaak. De drangoorzaak of de noodweersituatie rechtvaardigen het gedrag in kwestie niet, maar ze maken het wel begrijpelijk. Het gedrag van de psychisch gestoorde delinquent laat zich daarentegen maar moeilijk begrijpen. Het gebrek aan controle – de ernstige irrationaliteit – is niet te wijten aan een buiten de actor gelegen, maatschappelijk geaccepteerde oorzaak. Het gebrek aan controle is een kenmerk of een symptoom van de stoornis. Het schulduitsluitende karakter van art. 39 Sr wordt enkel en alleen gedragen door deze psychologische component. In dat licht is het niet verrassend dat art. 39 Sr slechts zelden wordt toegepast.

2.3.5 Besluit

In de bovenstaande paragrafen heb ik de schulduitsluitingsgronden psychische overmacht, noodweerexces en ontoerekeningsvatbaarheid besproken. Deze schulduitsluitingsgronden functioneren doorgaans tegen de achtergrond van met opzet gepleegde delicten. De verhouding tussen opzet en de schulduitsluitingsgronden laat zich als volgt weergeven. Opzet – zo luidt het uitgangspunt – impliceert controle. Een schulduitsluitingsgrond – zo luidt de uitzondering – impliceert gebrek aan controle. Dit gebrek aan controle manifesteert zich niet altijd op dezelfde wijze. Ontoerekeningsvatbaarheid wordt gekenmerkt door ernstige irrationaliteit. Deze irrationaliteit vormt een tijdelijk of permanent kenmerk van de ontoerekeningsvatbare actor: het is niet te wijten aan een buiten de actor gelegen, maatschappelijk geaccepteerde oorzaak. Psychische overmacht en noodweerexces worden begrensd door een normatieve component: het gebrek aan controle is te wijten aan een maatschappelijk geaccepteerde

⁹² Zie bijv. HR 12 februari 2008, LJN BC3797.

oorzaak.⁹³ Bij noodweerexces en de emotionele variant van psychische overmacht is sprake van tijdelijke irrationaliteit ten gevolge van de opgewekte emoties. De rationele variant van psychische overmacht wordt gekenmerkt door onredelijke keuzealternatieven: het is moeilijk niet te kiezen voor de wederrechtelijke gedraging.

Bij de bespreking van de schulduitsluitingsgronden heb ik kort aandacht besteed aan het leerstuk culpa in causa. Omstandigheden die in een eerder stadium hebben plaatsgevonden, kunnen soms het oordeel rechtvaardigen dat de actor tóch geen aanspraak kan maken op schulduitsluiting. Dat moet echter niet te snel worden aangenomen. Het enkele feit dat de actor gedronken heeft, drugs heeft gebruikt of zich begeven heeft in een situatie die uit de hand zou kunnen lopen, brengt niet mee dat sprake is van culpa in causa. Het volstaat niet dat de actor culpa heeft ten aanzien van de causa – de potentieel strafuitluitende omstandigheid. Uiteindelijk gaat het erom of het gehele complex van factoren voldoende strafwaardig is om een veroordeling voor het delict in kwestie te rechtvaardigen. Stel dat een actor terechtstaat voor doodslag, waarbij de vraag is of culpa in causa in de weg staat aan het aannemen van psychische overmacht. Laten we daarnaast aannemen dat een veroordeling voor dood door schuld veronderstelt dat ten minste sprake is van een schuldgraad van 50 (op een schaal van 0 tot en met 100).⁹⁴ Het zou vreemd zijn als een schuldgraad van minder dan 50 zou volstaan voor een veroordeling voor het zwaardere delict doodslag. Dat betekent dat culpa in causa alleen in de weg staat aan schulduitsluiting als het complex van factoren een schuldgraad van 50 of meer oplevert. Het gaat daarbij in elk geval om de volgende drie factoren. (1) De actor heeft opzettelijk een ander van het leven beroofd. (2) Ten tijde van het delict was op zichzelf beschouwd sprake van psychische overmacht. (3) De actor had de overmachtsituatie in een eerder stadium kunnen vermijden. Dezelfde factoren gelden mutatis mutandis voor noodweerexces en ontoerekeningsvatbaarheid.

In paragraaf 2.5 bespreek ik de ongeschreven schulduitsluitingsgrond avas. Ik sluit bij het omlijnen van avas aan bij de in de onderstaande paragraaf te bespreken schuld op bestanddeelniveau. Avas fungeert als de vergaarbak van schulduitsluiting: als niet voldaan is aan de eisen van de geschreven schulduitsluitingsgronden, dan kan avas mogelijk uitkomst bieden.⁹⁵ Er bestaat een in beginsel onuitputtelijk domein van potentieel disculperende factoren. De ervaring leert dat deze niet alle door de geschreven schulduitsluitingsgronden geab-

⁹³ Het verschil in aard tussen ontoerekeningsvatbaarheid enerzijds en psychische overmacht en noodweerexces anderzijds wordt in de rechtspraak niet altijd in acht genomen. Vgl. Janssen 2002, 'Psychische overmacht; naar een absolute wilsonvrijheid?' en Kelk & Kool 2004, '(Psychische) overmacht'.

⁹⁴ In paragraaf 3.6.4.1 bespreek ik het begrip schuldgraad. Het is een middel om bepaalde vergelijkingen inzichtelijk te maken.

⁹⁵ Vgl. Knigge 1993, 'Strafuitsluitingsgronden en de structuur van het strafbare feit. Een preadvies', p. 34-36.

sorbeerd kunnen worden. Het laat zich bijvoorbeeld denken dat gevallen die n t niet voldoen aan de specifieke eisen van psychische overmacht, noodweer-exces of ontoerekeningsvatbaarheid toch voor schulduitsluiting wegens avas in aanmerking komen. Bij avas kan gelet worden op alle normatieve en subjectieve factoren die betrekking hebben op de schuld van de actor. Het is denkbaar dat een combinatie van bijna-ontoerekeningsvatbaarheid, bijna-noodweer en dwaling avas oplevert. Het schulduitsluitende karakter wordt dan mede gevormd door aspecten die een rol spelen bij de geschreven strafuitsluitingsgronden. De hieraan ten grondslag liggende theorievorming blijft hoe dan ook relevant.

2.4 SCHULD

2.4.1 Inleiding

Schuld is een moeilijk te duiden begrip. Bij het omlijnen van het schuldbegrip kan weinig steun ontleend worden aan de rechtspraak. De belangrijkste reden is dat het schuldoordeel sterk feitelijk van aard is. Uitspraken van de Hoge Raad hebben over het algemeen weinig materieelrechtelijke betekenis. Een van de meest veelzeggende uitspraken van de Hoge Raad kenmerkt zich door nietszeggendheid. In HR 1 juni 2004, NJ 2005, 252 overwoog de Hoge Raad dat bij de beoordeling van schuld acht geslagen moet worden op de aard en ernst van het geheel van gedragingen van de verdachte en de overige omstandigheden van het geval. Daar is geen woord aan gelogen, maar het helpt ons niet gek veel verder.

Deze paragraaf vormt een poging het schuldbegrip nader te doorgronden. Bij het duiden van schuld neem ik de volgende drie archetypes van aansprakelijkheid als uitgangspunt: (1) *doleuze aansprakelijkheid*; (2) *culpose aansprakelijkheid*; en (3) *causale aansprakelijkheid*.⁹⁶ Stel dat Arnold zijn pistool afvuurt en dat Bernard daardoor komt te overlijden. Deze toedracht kan op drie manieren nader worden gekwalificeerd.

- 1 *Doleuze aansprakelijkheid*. Arnold heeft Bernard opzettelijk gedood.
- 2 *Culpose aansprakelijkheid*. Arnold heeft schuld aan de dood van Bernard.
- 3 *Causale aansprakelijkheid*. Arnold heeft de dood van Bernard veroorzaakt, maar heeft geen schuld aan diens dood.

Alleen de eerste twee archetypes hebben een strafrechtelijk correlaat. Bij de vergelijking van archetype 1 en 2 gaat het om de grens tussen opzet en schuld. Deze kwestie komt aan de orde in hoofdstuk 4. Ik verdedig de opvatting dat de

⁹⁶ Vgl. Griffiths 1970, 'The limits of criminal law scholarship'. Griffiths 1970, p. 1397-1400 maakt onderscheid tussen 'intentionality', 'negligence' en 'strict liability'.

grens tussen opzet en schuld alleen scharniert om de bewustheid van de aanmerkelijke kans. Bij de vergelijking van archetype 2 en 3 gaat het om de grens tussen schuld en straffeloosheid. In de onderhavige paragraaf betoog ik dat culpose aansprakelijkheid in twee opzichten verschilt van causale aansprakelijkheid. Deze verschillen worden gerepresenteerd door een normatieve en een subjectieve component.⁹⁷ De normatieve component van schuld behelst dat de actor een in de maatschappij geldende norm heeft geschonden. De subjectieve component van schuld behelst dat de actor zijn gedrag had kunnen conformeren aan die norm. Dat betekent dat hij voldoende controle had met betrekking tot het al dan niet schenden van die norm. Het onderscheid tussen culpose en causale aansprakelijkheid scharniert om beide componenten.

Schuld wordt vaak gedefinieerd als het anders *moeten* en *kunnen* handelen. Het zojuist geschetste raamwerk heeft als doel het ‘moeten’ en het ‘kunnen’ zo scherp mogelijk van elkaar te scheiden. De normatieve component heeft betrekking op het ‘moeten’; de subjectieve component heeft betrekking op het ‘kunnen’. Het isoleren van de normatieve aspecten van schuld biedt de gelegenheid de subjectieve aspecten scherp voor het voetlicht te brengen. De subjectieve aspecten van de schuld komen in de rechtspraak en literatuur slechts sporadisch aan de orde.

De rest van de paragraaf is als volgt opgebouwd. Ik begin met een zestal losse opmerkingen. Daarna geef ik een abstracte omlijning van de normatieve component. Vervolgens wijd ik twee paragrafen aan de subjectieve component van schuld. In de eerste paragraaf – een positieve benadering – verdedig ik de algemene stelling dat de culpadder controle heeft met betrekking tot het al dan niet intreden van het gevolg. In de tweede paragraaf – een negatieve benadering – bespreek ik een aantal factoren die de subjectieve component kunnen aantasten. Ik sluit af met een samenvatting en een vooruitblik naar het volgende hoofdstuk.

⁹⁷ Vgl. Dubin 1965, ‘*Mens rea* reconsidered: a plea for a due process concept of criminal responsibility’, p. 391 (‘proscriptive negligence’ vs. ‘conformitive negligence’); Hart 1968, ‘Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law’, p. 154 (‘invariant standard of care’ vs. ‘individualised conditions of liability’); Griffiths 1970, ‘The limits of criminal law scholarship’, p. 1447 (‘standard of conduct’ vs. ‘mode of culpability’); Fletcher 1971, ‘The theory of criminal negligence: a comparative analysis’, p. 429 (‘objective, rule-oriented dimension (legality)’ vs. ‘subjective, individualized dimension (culpability)’); Erenius 1976, ‘Criminal negligence and individuality’, p. 131 (‘standards accepted in the community’ vs. ‘individualizing circumstances’); Baker 1987, ‘*Mens rea*, negligence and criminal law reform’, p. 82 (‘publicly accepted objective standards of reasonable care’ vs. ‘individualized test of fault or culpability’).

2.4.2 Uitgangspunten

(1) Ik bespreek het schuldbegrip aan de hand van het delict dood door schuld. Dit delict komt zowel voor in het commune strafrecht (art. 307 Sr) als in het verkeersstrafrecht (art. 6 WVV). Ik ga er daarbij van uit dat de schuld in beide gevallen betrekking heeft op de dood. Art. 6 WVV luidt: “Het is een ieder die aan het verkeer deelneemt verboden zich zodanig te gedragen dat een aan zijn schuld te wijten verkeersongeval plaatsvindt waardoor een ander wordt gedood (...).” Krabbe betoogt dat de dood in art. 6 WVV geobjectiveerd is.⁹⁸ De volgende twee argumenten pleiten daar tegen. (1) Uit de memorie van toelichting blijkt dat in dit opzicht geen wijziging werd beoogd.⁹⁹ In art. 36 WVV (oud) was de dood niet geobjectiveerd. (2) Er staat geen komma tussen ‘plaatsvindt’ en ‘waardoor’. Dit lijkt erop te wijzen dat sprake is van een samenhangend geheel. Daaruit volgt dat de schuld betrekking heeft op ‘een verkeersongeval waardoor een ander wordt gedood’.

In de praktijk is deze kwestie van ondergeschikt belang. Als de dood geobjectiveerd zou zijn, dan resteren de volgende vragen. (1) Heeft de actor schuld aan het verkeersongeval? (2) Bestaat een causaal verband tussen het verkeersongeval en de dood? (3) Is sprake van avas ten aanzien van de dood? In paragraaf 3.6.4 ga ik in op de vraag of verschil bestaat tussen schuld op bestanddeelniveau en avas-schuld. Als men uitgaat van de opvatting dat geen verschil bestaat tussen schuld en avas-schuld (bij misdrijven), dan heeft objectivering van de dood geen materieelrechtelijke consequenties.

(2) Ik ga uit van de opvatting dat opzet en schuld elkaar niet uitsluiten. Dat betekent dat een actor die opzettelijk heeft gehandeld (en waarop geen strafuitsluitingsgronden van toepassing zijn) veroordeeld kan worden voor een culpoos delict.¹⁰⁰ De wel verdedigde opvatting dat opzet schuld uitsluit, leidt tot ongewenste consequenties. Een rechter die vermoedt dat de verdachte opzettelijk heeft gehandeld, zou dan moeten vrijspreken van het culpose delict.¹⁰¹ Ik

⁹⁸ Krabbe 1999, ‘De artikelen 5 en 6. Gevaar veroorzaken, hinderen en schuld aan een verkeersongeval’.

⁹⁹ Kamerstukken II 1990-1991, 22 030, nr. 3, p. 67-69. Vgl. Otte 2000, ‘Hoofdwegen door het verkeersrecht’, p. 60-62.

¹⁰⁰ In paragraaf 4.3.8.4.a bespreek ik het volgende uitgangspunt. Een actor die een bepaald slecht gevolg met opzet veroorzaakt, is ceteris paribus nooit minder laakbaar dan een actor die dat gevolg zonder opzet veroorzaakt.

¹⁰¹ Stel dat een rechter de kans dat sprake is van opzet even groot acht als de kans dat sprake is van schuld (niet bestaande uit opzet). Zou de rechter op grond van het in dubio pro reo-beginsel nu moeten vrijspreken van zowel het doleuze als het culpose delict? Deze opvatting komt mij ongerijmd voor.

zie niet in wat een dergelijke praktijk zou kunnen rechtvaardigen.¹⁰² Bij het omlijnen van het schuldbegrip besteed ik alleen aandacht aan die gevallen van schuld waarbij geen sprake is van opzet. Waar ik spreek van ‘schuld’ zou men kunnen lezen ‘schuld maar geen opzet’.

(3) Ik ga uit van de opvatting dat geen ruimte bestaat tussen de schuld en de strafuitsluitingsgronden. Strijards verdedigt de tegenovergestelde visie.¹⁰³ Volgens hem is schuld op bestanddeelniveau (culpa) beperkter van aard dan schuld op elementniveau (verwijtbaarheid/totaalschuld). Strijards omschrijft de culpa als ‘een vermijdbare complete cognitieve inadequatie’. De culpa is zuiver cognitief: het betreft een gebrek in het kennen. Bij de verwijtbaarheid spelen volgens Strijards echter ook emotionele, volitieve en intentionele aspecten een rol. In die opvatting is het mogelijk dat een actor enerzijds schuld heeft, terwijl anderzijds sprake is van afwezigheid van alle schuld.¹⁰⁴ Het woord ‘schuld’ wordt dan in verschillende betekenissen gebruikt. Ik sluit in deze paragraaf aan bij de frequent verdedigde opvatting dat de strafuitsluitingsgronden geabsorbeerd worden door schuld op bestanddeelniveau.¹⁰⁵ Dat betekent dat factoren die betrekking hebben op de wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid aan de orde komen bij de eerste materiële vraag.

(4) De onderstaande analyse van het schuldbegrip heeft alleen betrekking op de zogenaamde culpose gevolgsdelicten. Er wordt algemeen aangenomen dat het Wetboek van Strafrecht ook culpose delicten kent waarbij de schuld betrekking heeft op omstandigheden. Schuldheling (art. 417bis Sr) heeft onder meer betrekking op het verwerven van een goed, terwijl de actor redelijkerwijs had moeten vermoeden dat het een door misdrijf verkregen goed betrof. Bij opzetheling (art. 416 Sr) wordt geëist dat de actor geweten heeft dat het een door misdrijf verkregen goed betrof. Ik acht het minder gelukkig dergelijke bestanddelen als volwaardige culpose of doleuze bestanddelen op te vatten. Men

¹⁰² Vgl. Bins 1981, ‘Schuldbeginsel en schuldbegrip in het strafrecht’. Strijards 1983, ‘Facetten van dwaling in het strafrecht’, p. 240-241 verdedigt de tegenovergestelde opvatting.

¹⁰³ Strijards 1983, ‘Facetten van dwaling in het strafrecht’, p. 235-343. Zie ook Van Bemmel 1962, ‘Overmacht, afwezigheid van alle schuld en culpoos handelen’; Rimmelink 1975, ‘Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht’, p. 179-180; Nieboer & Strijards 1983, ‘Culpa – is er een weg terug?’

¹⁰⁴ Zie Strijards 1983, ‘Facetten van dwaling in het strafrecht’, p. 311-313. Om taalkundige verwarring te voorkomen stelt Strijards voor de culpose delictomschrijvingen in cognitieve zin te herschrijven.

¹⁰⁵ Zie bijv. Vellinga 1979, ‘Gevaar en schuld op de weg. De artt. 25 en 36 Wegenverkeerswet onderzocht’, p. 106-124; Vellinga 1982, ‘Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld’, p. 79-98; Keulen & Otte 1999, ‘Opzet en schuld’, p. 46-50; De Jong & Knigge 2003, ‘Ons strafrecht deel 1. Het materiële strafrecht’, p. 130-132; De Hullu 2006, ‘Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht’, p. 251-252.

kan geen opzet hebben op of schuld hebben aan een omstandigheid *sec*. Men kan alleen opzet hebben op of schuld hebben aan iets waarop men invloed kan hebben of denkt te kunnen hebben.¹⁰⁶ Men kan over iemand zeggen dat hij wist of redelijkerwijs had moeten vermoeden dat het buiten regende. Het zou echter vreemd zijn te stellen dat iemand opzet op of schuld aan de regen heeft gehad. In gevallen waarin de delictomschrijving spreekt van ‘redelijkerwijs had moeten vermoeden’ etc. acht ik het goed denkbaar dat ruimte bestaat tussen vervulling van de bestanddelen en de strafuitsluitingsgronden.¹⁰⁷ Er wordt dan slechts een voorschot genomen op het uiteindelijke schuldoordeel. De ‘echte’ schuldvraag komt aan de orde bij de strafuitsluitingsgronden.¹⁰⁸

(5) Sinds 2006 geldt voor een aantal culpose delicten een wettelijke strafverzwarringsgrond. Als de schuld bestaat in roekeloosheid, dan kan een hogere straf worden opgelegd (zie art. 307 lid 2 Sr en art. 175 lid 2 WvW). Het bestanddeel schuld heeft – evenals dat voor de wetwijziging het geval was – zowel betrekking op ‘gewone schuld’ als op ‘schuld in de zin van roekeloosheid’. Ik besteed geen aandacht aan de afbakening van deze schuldgraden.

(6) In de Nederlandse doctrine wordt bij het omlijnen van schuld vaak onderscheid gemaakt tussen onvoorzichtigheid en verwijtbaarheid. Vellinga is de belangrijkste exponent van deze opvatting.¹⁰⁹ De tweedeling ‘onvoorzichtigheid’ versus ‘verwijtbaarheid’ correspondeert niet volledig met de in deze paragraaf gemaakte tweedeling ‘normatieve component’ versus ‘subjectieve component’. Vellinga herleidt de onvoorzichtigheid in de kern tot de voorzienbaarheid: *kon* en *behoorde* de actor te voorzien dat zijn gedrag tot de dood zou kunnen leiden? De voorzienbaarheid constitueert volgens Vellinga het psychische aspect van de schuld: het niet-voorzien van een gevolg dat de actor wel had kunnen voorzien. Hierbij wordt aangeknoopt bij de psychische vermogens van de actor. Het verschil tussen de onvoorzichtigheid en de normatieve component zit in dit subjectieve aspect. Vellinga stelt dat jeugdigheid, onervarenheid, bewustzijnsdalingen, psychische overmacht en mogelijk ook psychische stoornissen de onvoorzichtigheid aan kunnen tasten.¹¹⁰ Dergelijke subjectieve

¹⁰⁶ Zie paragraaf 4.5.3.4, 4.5.4.2 en 4.5.4.4.e.

¹⁰⁷ Vgl. De Jong & Knigge 2003, ‘Ons strafrecht deel 1. Het materiële strafrecht’, p. 138-139.

¹⁰⁸ De Jong & Knigge 2003, ‘Ons strafrecht deel 1. Het materiële strafrecht’, p. 138-139 wijzen op het geval dat iemand een goed opkoopt ten behoeve van de vermoedelijke eigenaar of met het oog op een in te stellen opsporingsonderzoek. Ik meen dat de actor zich in een dergelijk geval kan beroepen op normatieve avas (zie paragraaf 2.5.2).

¹⁰⁹ Zie Vellinga 1979, ‘Gevaar en schuld op de weg. De artt. 25 en 36 Wegenverkeerswet onderzocht’, p. 106-124 en Vellinga 1982, ‘Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld’, p. 79-93.

¹¹⁰ Vellinga 1982, ‘Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld’, p. 79-93.

factoren behandel ik bij de subjectieve component. De subjectivering van de onvoorzichtigheid leidt noodzakelijkerwijs tot een uiterst beperkte rol van de verwijtbaarheid. De verwijtbaarheid lijkt in één opzicht meer te omvatten dan de subjectieve component. Vellinga bespreekt plotseling optredende technische defecten bij de verwijtbaarheid.¹¹¹ Dergelijke niet-subjectieve factoren behandel ik bij de normatieve component.

2.4.3 De normatieve component van schuld

De normatieve component van schuld houdt in dat de actor een in de maatschappij geldende norm heeft geschonden. Deze normschending heeft geen betrekking op het feit dat de actor de dood van een ander heeft veroorzaakt. De hier bedoelde norm heeft betrekking op het voorterrein: de norm is niet rechtstreeks uit het voltooide delict af te leiden.¹¹² De in de maatschappij geldende norm kan beschouwd worden als een secundaire norm die berust op de primaire norm.¹¹³ De primaire norm luidt: gij zult niet doden! De secundaire norm luidt: gij zult niet grove onzorgvuldig handelen! Schending van de secundaire norm brengt een ongeoorloofd risico op schending van de primaire norm met zich mee.

Het culpose gevolgsdelict heeft alleen betrekking op gevallen waarbij een verband bestaat tussen normschending en gevolg. Dit verband tussen normschending en gevolg wordt wel aangeduid met de term schuldverband.¹¹⁴ Ik volsta met het bespreken van een drietal relevante criteria. (1) Vormt de normschending een belangrijke factor bij een of meer mogelijke verklaringen van het gevolg?¹¹⁵ Stel, een automobilist die rijdt met defecte richtingaanwijzers raakt betrokken bij een kop-staartbotsing. In dit geval is duidelijk dat de normschending geen factor vormt bij de verklaring van het gevolg. In veel gevallen laat de normschending zich echter niet zo gemakkelijk isoleren van het complex van gedragingen van de actor en andere betrokkenen. Dat doet zich met name voor als de normschending betrekking heeft op een of meer kwantificeerbare variabelen, zoals snelheid, dronkenschap of afstand tussen voertuigen. In dergelijke

¹¹¹ Vellinga 1979, 'Gevaar en schuld op de weg. De artt. 25 en 36 Wegenverkeerswet onderzocht', p. 117-119.

¹¹² Vgl. Nieboer 1985, 'Strafrechtelijke zorgplichten'.

¹¹³ Vgl. Simons 2002, 'Dimensions of negligence in criminal and tort law'.

¹¹⁴ Zie Rimmelink 1964, 'Enige opmerkingen over art. 36 WVV' en Vellinga 1979, 'Gevaar en schuld op de weg. De artt. 25 en 36 Wegenverkeerswet onderzocht', p. 128-136.

¹¹⁵ Vgl. Puppe 1987, 'Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten'; Puppe 1997, 'Die Lehre von der objektiven Zurechnung dargestellt an Beispielfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung I. Die Kausalität'; Puppe 2003, 'Negligence and responsibility in German road traffic law'.

gevallen kan men vaak hoogstens stellen dat de normschending het risico op het op deze wijze intreden van het gevolg substantieel heeft verhoogd. Een substantiële risicoverhoging volstaat naar mijn mening voor het aannemen van schuldverband.¹¹⁶ (2) Valt de wijze waarop het gevolg zich heeft gerealiseerd

¹¹⁶ In de rechtspraak worden dit soort gevallen zelden geproblematiseerd. Zie echter HR 18 mei 2004, NJ 2004, 512. Verdachte was dronken en met te hoge snelheid een kruising opgereden. Er volgde een botsing waarbij personen in een andere auto om het leven kwamen. Het Hof overwoog: “Het hof acht met name niet bewezen dat de mogelijk door verdachte gereden snelheid gepaard aan diens alcoholgebruik het ongeval ten gevolge heeft gehad. (...) Naar het oordeel van deze deskundige van het NFI, welk oordeel het hof tot de (...) zijne maakt, is het mogelijk dat de botsing tussen het door verdachte bestuurde voertuig en het voertuig bestuurd door het slachtoffer X., ook zou zijn ontstaan indien verdachte met een snelheid van 50 km/h zou hebben gereden en voorafgaand aan de aanrijding zou hebben geremd of anderszins adequaat zou hebben gereageerd.” Het Hof neemt de vraag wat gebeurd zou zijn als de verdachte zich anders had gedragen als uitgangspunt. De door het Hof aangelegde maatstaf is op zichzelf beschouwd onhoudbaar. Vgl. Thode 1968, ‘The indefensible use of the hypothetical case to determine cause in fact’; Würfel 1971, ‘Rechtmäßiges Alternativverhalten und Risikoerhöhung im Strafrecht’; Van Schellen 1972, ‘Juridische causaliteit. Een onderzoek naar het oorzakelijkheidsvereiste in het civiele aansprakelijkheidsrecht’, p. 64-77; Puppe 1987, ‘Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten’; Van 1995, ‘Onzekerheid over daderschap en causaliteit. Drie visies op civielrechtelijke aansprakelijkheid, meerdaderschap en multi-causaliteit’, p. 69-103 en 245-252; Akkermans 1997, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid’, p. 431-436. Het bewijs dat het ongeval niet zou hebben plaatsgevonden als de verdachte zich correct had gedragen, is nooit te leveren. Om maar op één voetangel te wijzen: er bestaan ontelbaar veel wijzen waarop de verdachte zich correct had kunnen gedragen. Naderingssnelheden van 45, 50 en 55 kilometer per uur vallen normaalgesproken alle binnen de normatieve randvoorwaarden van art. 6 WVV. Welke gedragswijze moet in casu als contrafactisch uitgangspunt worden genomen? Het streven een onbeantwoorbare vraag te beantwoorden, heeft in dit geval wellicht ten grondslag gelegen aan de vrijspraak. Het door het Hof gebezigde criterium zou in veel andere gevallen eveneens tot vrijspraak moeten leiden (zie bijv. HR 17 juni 1980, NJ 1980, 580). Puppe 1987, p. 604 stelt in dit verband: “Aber es handelt sich hier um eine prinzipielle objektive Unbestimmtheit, nicht um einen Zweifel an gegebenen Tatsachen, auf den der Grundsatz ‘in dubio pro reo’ anzuwenden wäre. Um es kraß auszudrücken: Man kann dem Richter nicht eine Frage nach einem Zusammenhang stellen, den es gar nicht gibt, und ihn dann auffordern, den Grundsatz ‘in dubio pro reo’ anzuwenden, weil er diese Frage nicht beantworten kann.” Het in dubio pro reo-beginsel ziet op de feitelijke vraag wat gebeurd is; het ziet niet op de contrafactische vraag wat gebeurd zou zijn als X, Y of Z. Dat betekent dat de rechter zich niet te veel moet bezighouden met de vraag wat gebeurd zou zijn als de verdachte zich gedragen had op *een* wijze die valt binnen de normatieve randvoorwaarden van art. 6 WVV. Het antwoord op de vraag of de normoverschrijding een *conditio sine qua non* voor het ongeval, dood of letsel is, valt niet te geven. Men kan alleen stellen dat de normschending het risico op het op deze wijze intreden van het gevolg substantieel heeft verhoogd. Zie nader over deze problematiek: Spek 2007, ‘Causaliteit bij voorrangsongevallen’. Zie ook HR 30 september 2003, NJ 2005, 69: de overwegingen van de Hoge Raad zijn in lijn met de door mij verdedigde visie. Het verdient overigens opmerking dat de kansgrootte in schuldzaken vaak behoorlijk klein is (zie

onder het beschermingsbereik van de norm?¹¹⁷ Stel, twee onverlichte fietsers rijden 's nachts op een donkere weg achter elkaar aan. De voorste fietser botst op een kruising met een derde onverlichte fietser. Het ongeval had voorkomen kunnen worden als de achterste fietser licht had gevoerd. De normschending van de achterste fietser leidt niet tot culpose aansprakelijkheid, omdat de geschonden norm niet als doel heeft dergelijke risico's te voorkomen. (3) Wordt de causale keten doorbroken door een gebeurtenis die buiten het risicobereik van de actor valt?¹¹⁸ Stel, iemand die lichtgewond geraakt is bij een ongeval neemt een taxi naar het ziekenhuis. Vervolgens verongelukt de taxi, waardoor de passagier het leven laat. De causale keten breekt, omdat het risico dat gepaard gaat met het nemen van de taxi behoort tot het algemene 'Lebensrisiko' van het slachtoffer.¹¹⁹ De causale keten breekt niet als een slachtoffer op een later tijdstip overlijdt ten gevolge van een normale medische complicatie.¹²⁰ Deze gebeurtenis is voldoende nauw verbonden met het oorspronkelijke ongeval.

Er wordt algemeen aangenomen dat sprake moet zijn van aanmerkelijke of grove schuld.¹²¹ Er is voldaan aan de normatieve component als de handelwijze van de actor *substantieel* afwijkt van een bepaalde contrafactische standaard of

paragraaf 2.4.4.2.b). Simpel gezegd: bij correct gedrag is de kans miniem; bij culpose aansprakelijkheid is de kans iets minder miniem.

¹¹⁷ Vgl. Van Eck 1967, 'De rechtspraak over causaliteit en aansprakelijkheid voor gevolgen in het strafrecht'; Krümpelmann 1979, 'Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltpflicht'; Hart & Honoré 1985, 'Causation in the law', p. 95-114 en 467-478; Puppe 1987, 'Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten'; Puppe 1997, 'Die Lehre von der objektiven Zurechnung dargestellt an Beispielfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung II. Die Kausalität der Sorgfaltpflichtverletzung, auch Rechtswidrigkeitszusammenhang genannt'; Puppe 1997, 'Die Lehre von der objektiven Zurechnung dargestellt an Beispielfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung III. Der Schutzzweck einer Sorgfaltnorm und seine Ermittlung'. In HR 17 juni 1980, NJ 1980, 580 werd het betoog dat de geschonden norm (snelheidsovertreding) niet strekt tot bescherming van diegenen die het voorrangrecht negeren, niet gehonoreerd.

¹¹⁸ Vgl. Hart & Honoré 1985, 'Causation in the law', p. 325-362; Puppe 1987, 'Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten'; Puppe 1997, 'Die Lehre von der objektiven Zurechnung dargestellt an Beispielfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung III. Der Schutzzweck einer Sorgfaltnorm und seine Ermittlung'.

¹¹⁹ Dit is mogelijk anders als de verwondingen van het slachtoffer de taxichauffeur ertoe nopen snel te rijden om zijn leven in het ziekenhuis te redden.

¹²⁰ Zie bijv. HR 12 september 1978, NJ 1979, 60 (Letale longembolie).

¹²¹ Zie bijv. Vellinga 1982, 'Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld', p. 84-86; Strijards 1983, 'Facetten van dwaling in het strafrecht', p. 242; Rammelink 1996, 'Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht', p. 233. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat *culpa levis* niet volstaat. Er moet sprake zijn van *culpa lata*: 'schuld' moet begrepen worden als 'grote schuld'. Zie Smidt I, p. 84-89. Art. 2.02 lid 2 sub d van de Amerikaanse Model Penal Code spreekt van "a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation".

maatstaf. Dit kwantitatieve aspect van de norm brengt mee dat de normatieve component bijzonder moeilijk te omlijnen is.¹²² In HR 1 juni 2004, NJ 2005, 252 overwoog de Hoge Raad terecht dat niet in zijn algemeenheid valt aan te geven of één verkeersovertreding voldoende is voor de bewezenverklaring van schuld in art. 6 WWV. Volgens de Hoge Raad moet bij de beoordeling van schuld acht geslagen worden op de aard en ernst van het geheel van gedragingen van de verdachte en de overige omstandigheden van het geval. In het onderstaande beperk ik mij tot het signaleren van een aantal factoren die een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de normatieve component.

Bij het invullen van de normatieve component wordt vaak teruggegrepen op door de wetgever of andere instanties opgestelde gedragsregels. De huidige samenleving kent talloze activiteiten waarbij ongevallen op de loer liggen. Daarbij kan men denken aan de bouw, de industrie, de horeca, de zorgsector of het verkeer. In het wegverkeer zijn de belangrijkste regels neergelegd in het Reglement verkeersregels en verkeerstekens. Diverse andere activiteiten worden bestreken door lokale verordeningen, branchevoorschriften of interne veiligheidsprotocollen. Bij gereguleerde sectoren in de maatschappij ligt het voor de hand de opgestelde gedragsregels als uitgangspunt te nemen. Als geen gedragsregels zijn opgesteld, dan kan men zich uitsluitend baseren op ongeschreven zorgvuldigheidsnormen.¹²³ In dat geval heeft de rechter dikwijls weinig houvast bij het omlijnen van de normatieve component.¹²⁴

De geschreven of ongeschreven gedragsregels krijgen reliëf tegen de achtergrond van de omstandigheden van het geval. Schending van een of meer gedragsregels betekent niet zonder meer dat voldaan is aan de normatieve com-

¹²² Vgl. Vellinga 1979, 'Gevaar en schuld op de weg. De artt. 25 en 36 Wegenverkeerswet onderzocht', p. 119-124. Green 1927, 'The negligence issue', p. 1029-1030 stelt: "It would be futile for the law to attempt to deal in detail by way of precise anticipatory rule with each of the infinite number of cases which can be classified as 'negligence' cases. The number of such situations in which the quality of conduct can be measured by standards stated in terms of conduct is relatively small. The torrents of pertinent factors incident to any wholesale attempt along this line are beyond classification and statement. (...) The number of instances of conduct which could be labelled either as negligent or non-negligent is beyond the limits of any catalog the law can make."

¹²³ Zie bijv. rechtbank Middelburg 17 april 2002, LJN AE1632. Een zorgmedewerker stond terecht voor het culpoos veroorzaken van de dood van een gehandicapte. De zorgmedewerker had de gehandicapte in een te heet bad gezet, waardoor deze kwam te overlijden. De rechtbank overwoog: "Een protocol voor het baden van meervoudig gehandicapten bestond destijds niet bij de stichting. Als vast gebruik bij de stichting en hen die beroepshalve zorg verlenen kan echter worden aangemerkt het na reiniging van een bad terugdraaien van de thermostaatknop naar een veilige stand en het handmatig voelen van de watertemperatuur voordat de zorgbehoevende in het bad wordt gelaten. Dit vaste gebruik zal de rechtbank verder aanduiden als: de norm. Verdachte heeft niet conform de norm gehandeld: hij heeft de thermostaatkraan niet teruggezet naar een veilige stand en hij heeft de temperatuur van het badwater niet handmatig gevoeld."

¹²⁴ Vgl. Henderson 1976, 'Expanding the negligence concept: retreat from the rule of law' en Abraham 2001, 'The trouble with negligence'.

ponent. Bij de beoordeling van de normatieve component moet tevens acht geslagen worden op omstandigheden waarop de actor geen invloed heeft.¹²⁵ In het verkeer kan daarbij gedacht worden aan de conditie van het wegdek, de weersgesteldheid, gebreken aan het voertuig, plotselinge voorvallen of interacties met derden. Omstandigheden die het vrijwel iedereen moeilijk zouden maken zich aan een gedragsregel te houden, kunnen het oordeel rechtvaardigen dat niet voldaan is aan de normatieve component.

Boven heb ik gesteld dat schending van de secundaire norm een *ongeoorloofd* risico op schending van de primaire norm met zich meebrengt. Bij het beoordelen van het complex van gedragingen van de actor speelt de grootte van het risico een belangrijke rol.¹²⁶ Bepaalde omstandigheden kunnen het nemen van een risico echter rechtvaardigen.¹²⁷ Het komt aan op een belangenafweging tussen het risico en de overige belangen. In het wegverkeer heeft de wetgever deze belangenafweging grotendeels naar zich toegetrokken. Het doel van het regelbestand is een redelijke balans te bewerkstelligen tussen kosten (doden en gewonden) en baten (economische belangen; gemak).¹²⁸ Het valt te verwachten dat vrijwel alle ongevallen voorkomen kunnen worden als de maximumsnelheid gehandhaafd zou worden op 20 kilometer per uur.¹²⁹ De wetgever heeft echter gekozen voor een aanzienlijk hogere maximumsnelheid. De culpose aansprakelijkheid functioneert tegen de achtergrond van het door het RVV geschapen

¹²⁵ Erenius 1976, 'Criminal negligence and individuality', p. 164 duidt dergelijke omstandigheden aan met de term 'individualizing elements'.

¹²⁶ In paragraaf 2.4.4.2.b bespreek ik het begrip kans.

¹²⁷ Vgl. Vellinga 1979, 'Gevaar en schuld op de weg. De artt. 25 en 36 Wegenverkeerswet onderzocht', p. 116-117 en 124; Hurd 1996, 'The deontology of negligence'; Simons 2002, 'Dimensions of negligence in criminal and tort law'. Art. 2.02 lid 2 sub d van de Amerikaanse Model Penal Code spreekt van "a substantial and unjustifiable risk". In rechtbank Middelburg 2 december 2002, NJ 2003, 89 werd een snelheids overtreding van een zich naar een spoedgeval begevende arts gerechtvaardigd geacht.

¹²⁸ Vgl. Calabresi 1965, 'The decision for accidents: an approach to nonfault allocation of costs' en Calabresi 1970, 'The costs of accidents. A legal and economic analysis', p. 17-18. Calabresi 1965, p. 716 stelt: "Our society is not committed to preserving life at any cost. In its broadest sense, this rather unpleasant notion should be obvious. Wars are fought. (...) But what is more interesting to the study of accident law, though perhaps equally obvious, is that lives are used up when the *quid pro quo* is not some great moral principle but 'convenience.' Ventures are undertaken that, statistically at least, are certain to cost lives. Thus, we build a tunnel under Mont Blanc because it is essential to the Common Market and cuts down the traveling time from Rome to Paris, though we know that about a man per kilometer of tunnel will die. We take planes and cars rather than safer, slower means of travel. And perhaps most telling, we use relatively safe equipment rather than the safest imaginable because – and it is not a bad reason – the safest costs too much."

¹²⁹ Vgl. Faure & Van den Bergh 1989, 'Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering', p. 30-33 en Van Dam 2001, 'Verkeersongevallen. Een rechts-economisch, empirisch en positiefrechtelijk onderzoek naar de werking van aansprakelijkheid, verzekering en veiligheidsregulering in het verkeer', p. 147-148.

normatieve kader. Verkeersdeelnemers mogen de aan het verkeer inherente risico's óók nemen als de verkeersdeelname geen maatschappelijk relevant doel dient. Wie zich aan de verkeersregels houdt, is in beginsel gevrijwaard van culpose aansprakelijkheid: er is sprake van een geoorloofd risico.¹³⁰ Spiegelbeeldig geldt dat het niet-naleven van de verkeersregels spoedig gekwalificeerd wordt als een ongeoorloofd risico. De grootte van het risico speelt in deze context slechts een ondergeschikte rol.¹³¹

De in de maatschappij geldende norm is in beginsel onafhankelijk van de personen tot wie de norm zich richt. In sommige gevallen worden echter hogere eisen gesteld aan mensen die meer kunnen of weten dan andere mensen. Daarbij kan gedacht worden aan mensen die beschikken over ervaring, bijzondere vaardigheden of kennis van de situatie ter plaatse. Het *meer kennen* of *meer kunnen* schept een verplichting daarvan gebruik te maken.¹³² Men zou kunnen spreken van een subjectivering van de in beginsel objectieve norm.¹³³ Benedengemiddelde vaardigheden of kennis leiden niet tot aanpassing van de norm. Deze aspecten komen aan de orde bij de subjectieve component van de schuld.

Bij het beantwoorden van de vraag of een actor een in de maatschappij geldende norm heeft geschonden, kan gebruikgemaakt worden van een fictieve criteriumfiguur. Het feitelijk gedrag van de actor wordt dan vergeleken met het gedrag van een contrafactische criteriumfiguur. Deze *bonus pater familias* of maatman gedraagt zich zoals het hoort. Daarbij worden geen overtrokken eisen gesteld. De goede huisvader beschikt niet over de moed van Achilles, de wijsheid van Odysseus, de kracht van Hercules of de vooruitziende blik van een

¹³⁰ Waarneembare indicaties met betrekking tot de onveiligheid van normconform gedrag dienen te leiden tot aanpassing van het rijgedrag. Vgl. Otte 1993, 'Het stelsel van gedragsregels in het wegverkeer', p. 73-136. HR 1 mei 1973, NJ 1973, 399 (Onverlichte brommer) stelt verdergaande eisen.

¹³¹ Husak 1994, 'Is drunk driving a serious offense?', p. 64 stelt: "The increased risk of drunk driving relative to sober driving is equivalent to that imposed by a nighttime drive by a seventy-year-old as compared with a daytime drive by a forty-year-old. Yet no one contends that seventy-year-old nighttime drivers pose a substantial risk. Of course, there are good reasons to prohibit drunk driving while allowing persons over seventy to drive at night, even though they create similar risks."

¹³² Vgl. Vellinga 1979, 'Gevaar en schuld op de weg. De artt. 25 en 36 Wegenverkeerswet onderzocht', p. 111-116 en Kuklin 2000, "You should have known better". Kuklin 2000, p. 549-550 stelt: "[The responsibility claim] asserts that the knowledgeable actor should be liable when an unknowledgeable actor should not be. Interestingly, in some respects, this reverses what Kant, Hart, Rawls and others have called the key principle of responsibility: 'ought' implies 'can.' Behind the responsibility claim is the principle 'can' implies 'ought' in the sense that, insofar as one can be aware of the normative consequences of an action when others cannot, one ought to be responsible for it when others ought not."

¹³³ Erenius 1976, 'Criminal negligence and individuality', p. 176 stelt: "Plus factors such as knowledge of local conditions, of the actual situation, etc. (...) may enter the picture as a 'subjective' qualification of the as 'objectively' determined violation of the standard of action."

helderziende.¹³⁴ In sommige gevallen is de criteriumfiguur behept met de bijzondere vaardigheden of kennis van de actor. De criteriumfiguur kan recht doen aan het kwantitatieve aspect van de normatieve component. Wijkt het gedrag van de actor *substantieel* af van het gedrag van de criteriumfiguur?

In de rechtspraktijk blijft het schuldoordeel in de regel beperkt tot de normatieve component. Dat laat zich gemakkelijk verklaren. Het gros van de mensen beschikt daadwerkelijk over de vermogens van de criteriumfiguur. Daaruit volgt dat alleen exceptionele omstandigheden de conclusie rechtvaardigen dat normconform gedrag niet mogelijk was. In de onderstaande twee paragrafen ga ik in op de subjectieve component van de schuld. Eerst bespreek ik de algemene vraag of mensen die een gevolg niet hebben voorzien, dit gevolg wel hadden kunnen voorkomen. Vervolgens bespreek ik een aantal factoren die de subjectieve component kunnen aantasten.

2.4.4 De subjectieve component van schuld I: een positieve benadering

2.4.4.1 Inleiding

De subjectieve component van de schuld houdt in dat de actor zijn gedrag had kunnen conformeren aan de in de maatschappij geldende norm. In paragraaf 2.4.5 staat de vraag centraal wanneer *niet* voldaan is aan de subjectieve component (negatieve benadering). In de onderhavige paragraaf tracht ik de vraag te beantwoorden wanneer *wel* voldaan is aan de subjectieve component (positieve benadering). Dat is geen gemakkelijke opgave. De subjectieve component heeft per definitie betrekking op iets wat niet gebeurd is: de actor heeft zich niet aan de in de maatschappij geldende norm gehouden. Iemand die zich aan de norm houdt, bewijst daarmee dat hij zich aan de norm kan houden. Het enkele feit dat iemand zich niet aan de norm houdt, zegt echter niets over de vraag of hij zich aan de norm had kunnen houden. In deze paragraaf bespreek ik een aantal factoren die het oordeel kunnen schragen dat de actor zich aan de norm had kunnen houden. Deze factoren worden besproken tegen de achtergrond van de these dat geen onderscheid gemaakt kan worden tussen culpose aansprakelijkheid en causale aansprakelijkheid. Voor ik daaraan toekom, ga ik eerst in op de vraag waar het 'kunnen' in de subjectieve component betrekking op heeft.

2.4.4.2 Kansgrootte en de grondslag van het schuldverwijt

2.4.4.2.a INLEIDING

In de doctrine wordt doorgaans gesteld dat de grondslag van het schuldverwijt gevormd wordt door het feit dat de actor het gevolg had moeten en kunnen

¹³⁴ Vgl. Rogers 1984, 'Winfield and Jolowicz on tort', p. 46-48.

voorzien.¹³⁵ Schuld wordt aldus gezien als een psychisch manco: de actor heeft niet beseft wat hij had kunnen beseffen. Deze opvatting zou herleid kunnen worden tot een analogie tussen culpose en doleuze gedragingen.¹³⁶

Doleuze gedraging = culpose gedraging + opzet.

Culpose gedraging = doleuze gedraging – opzet.

Volgens deze opvatting is het verschil tussen een doleuze en een culpose gedraging gelegen in het opzet. Bij een doleuze gedraging is de actor zich bewust geweest van de aanmerkelijke kans dat het gevolg kon intreden. Bij een culpose gedraging is de actor zich tempore delicti niet bewust geweest van de aanmerkelijke kans dat het gevolg kon intreden. In beide gevallen was sprake van een aanmerkelijke kans op het intreden van het gevolg. De opzetsdader was zich bewust van deze kans; de culpadsdader had zich bewust moeten en kunnen zijn van deze kans.

¹³⁵ Zie bijv. Vellinga 1982, 'Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld', p. 79-83; Nieboer 1991, 'Schets materieel strafrecht', p. 164-182; Strijards 1992, 'Hoofdstukken van materieel strafrecht', p. 127-129; R Emmelink 1996, 'Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht', p. 230-232; Kelk 1998, 'Studieboek materieel strafrecht', p. 197-200; De Jong & Knigge 2003, 'Ons strafrecht deel 1. Het materiële strafrecht', p. 123-139; Noyon/Langemeijer/R Emmelink 2005, aant. 4 bij culpa (suppl. 132); De Hullu 2006, 'Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht', p. 243-247.

¹³⁶ Nieboer 1991, 'Schets materieel strafrecht', p. 181 stelt: "*Kansculpa*. Voor een goede aansluiting bij – en afgrenzing van – 'opzettelijk' moeten dolus en culpa de zorgplichtschending gemeen hebben. In de taal van de Hoge Raad dus in beide gevallen een 'zich blootstellen aan de aanmerkelijke kans'. Bij de dolus gebeurt dit *bewust*, bij de culpa had de *zorgplichtige die kans moeten/kunnen beseffen* (deze formulering treffen we aan in HR 4-5-1969 NJ 70,32)." Noyon/Langemeijer/R Emmelink 2005, aant. 4 bij culpa (suppl. 132) stelt: "De gedraging van degene die met voorwaardelijk opzet handelt onderscheidt zich in uiterlijke verschijningsvorm, en dus aan de objectieve kant, niet van de gedraging van degene die met bewuste schuld heeft gehandeld. In beide gevallen kan de kans op het gevolg naar menselijke ervaringsregels aanmerkelijk zijn. Alleen naar subjectieve instelling ten aanzien van dat gevolg onderscheidt zich de een van de ander." Nieboer en NLR (Machielse) trekken de grens tussen opzet en schuld verschillend. Bij Nieboer scharniert de grens om het 'weten'. Zie paragraaf 4.2.3.2 over de cognitieve opzettheorie. Bij NLR scharniert de grens primair om het 'willen'. Iemand die handelt terwijl hij zich bewust is van de aanmerkelijke kans dat zijn handeling de dood van een ander kan bewerkstelligen, heeft niet noodzakelijkerwijs opzet, omdat het mogelijk is dat geen sprake is van 'willen'. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen als de actor hoopt op een goede afloop. Anderzijds geldt dat iemand die zich niet bewust is van de aanmerkelijke kans op de dood van een ander, toch opzet kan hebben als sprake is van 'willen'. Zie paragraaf 4.2.3.3 over de volitieve opzettheorie. In het onderstaande neem ik Nieboers opvatting als uitgangspunt. Het is mij in deze paragraaf alleen te doen om de analogie tussen culpose en doleuze gedragingen. In paragraaf 4.4 en 4.5 sta ik stil bij de vraag welke opzettheorie de voorkeur verdient.

De grondslag van het schuldverwijt wordt aldus gevormd door het feit dat de actor iets niet heeft voorzien wat hij wel had kunnen voorzien. Deze grondslag laat zich slecht verenigen met de wijze waarop het culpose delict in de rechtspraak functioneert. Bijna alle culpose veroordelingen voor het veroorzaken van dood of letsel hebben betrekking op het verkeer. In het verkeer is doorgaans sprake van wederkerige risico's: ook de actor zelf loopt gevaar. Het is sterk de vraag of dergelijke gevallen adequaat verklaard kunnen worden door de genoemde grondslag. Dat kan geïllustreerd worden aan de hand van Bakhovens kritiek op de strafwaardigheid van onbewuste schuld.

“Bij onbewuste schuld heeft de dader het door de wet niet gewilde gevolg niet voorzien, maar hij wordt gestraft, omdat hij het had kunnen voorzien en redelijkerwijs van hem mocht worden verlangd dat hij het gevolg wel voorzien had. Ik vraag mij echter af of iemand die een gevolg niet voorzien heeft, het ooit heeft kunnen voorzien, en of hij op het moment van de daad in staat is geweest het gevolg te voorzien. Was hij daartoe wel in staat geweest dan zou hij het gevolg ook wel voorzien hebben, temeer omdat het niet voorzien van het gevolg bijna steeds ook voor hemzelf een groot gevaar oplevert. (...) Wanneer wij hem straffen, dan doen wij dit niet voor zijn subjectieve schuld aan het tot stand komen van het gevolg, maar omdat hij een ongeoorloofd risico heeft genomen, dat buiten zijn wil tot een door de wet niet gewild gevolg heeft geleid.”¹³⁷

Bakhovens kritiek beperkt zich tot de zogenaamde onbewuste schuld. Bij *bewuste schuld* heeft de actor de mogelijkheid van het gevolg voorzien, maar rekent hij erop dat dit gevolg niet zal intreden. Bij *onbewuste schuld* heeft de actor het gevolg in het geheel niet voorzien. De termen ‘bewuste schuld’ en ‘onbewuste schuld’ zijn verwarrend. In mijn optiek worden beide schuldvormen gekenmerkt door het feit dat de voor opzet vereiste bewustheid ontbreekt. Het verschil tussen onbewuste en bewuste schuld is gelokaliseerd in het voortraject. Bij bewuste schuld heeft de actor weliswaar aan de mogelijkheid gedacht, maar hij heeft deze mogelijkheid uiteindelijk als onwaarschijnlijk verworpen. Zowel bij onbewuste als bij bewuste schuld is de actor zich tempore delicti *niet bewust* van de aanmerkelijke kans op het intreden van de dood.¹³⁸

¹³⁷ Bakhoven 1964, ‘De onbewuste schuld: morele schuld of maatschappelijke schuld?’, p. 59-60. Boot 1965, ‘De onbewuste schuld’ sluit zich hierbij aan.

¹³⁸ Vgl. Schröder 1970, ‘Strafgesetzbuch. Kommentar’, p. 519-520; Schmidhäuser 1982, ‘Strafrecht. Allgemeiner Teil’, p. 222-224; Morkel 1982, ‘On the distinction between recklessness and conscious negligence’; Strijards 1983, ‘Facetten van dwaling in het strafrecht’, p. 250-252 en 281-291. Schmidhäuser kenschetst de ‘bewußte Fahrlässigkeit’ als ‘eine scheinbar bewußte Fahrlässigkeit’. Zie ook paragraaf 4.2.3.2, 4.5.4.3.b en 4.5.4.4.f. Aanhangers van de volitieve opzettheorie zullen hier waarschijnlijk anders over denken. Zie deze studie, p. 47 (voetnoot 136). Gevallen waarbij sprake is van bewustheid van de aanmerkelijke kans (maar niet van ‘willen’) zullen ook deel uitmaken van de bewuste schuld. Het lijkt me dat deze subcategorie niet bijzonder groot is. Gezien de verschillende

→

Zo bezien is Bakhovens stelling – wie niet voorziet, die zal ook wel niet hebben kunnen voorzien – even goed op de bewuste als op de onbewuste schuld van toepassing.

Bakhovens redenering vertoont verwantschap met de argumentatie uit het Porsche-arrest.¹³⁹ In het Porsche-arrest casseerde de Hoge Raad een veroordeling wegens doodslag in het verkeer bij een frontale botsing. Het arrest berust op twee assumpties. (1) In dit geval was de kans op de dood van een ander ongeveer even groot als de kans op de eigen dood. (2) Mensen staan over het algemeen niet onverschillig ten aanzien van hun eigen dood. Uit deze assumpties volgt dat het niet voor de hand ligt dat “in de voorstelling en naar de verwachting” van de bestuurder een voor beide partijen gevaarlijke botsing zou plaatsvinden. In het Porsche-arrest vormt de veronderstelde levenswens een aanwijzing voor het *niet-hebben voorzien* van het gevolg. In Bakhovens kritiek op de grondslag van schuld vormt de veronderstelde levenswens een aanwijzing voor het *niet-kunnen hebben voorzien* van het gevolg. Als iemand een bepaald gevolg niet voorzien heeft, dan ligt het, gezien het belang dat hij heeft bij het voorzien van dit gevolg, niet voor de hand dat hij het gevolg had kunnen voorzien.

Het is mij er niet om te doen de validiteit van de redenering als zodanig ter discussie te stellen. Mijn kritiek richt zich op de aan de redenering ten grondslag liggende vooronderstellingen. (1) Bij culpose gedragingen moet – net als bij doleuze gedragingen – sprake zijn van een aanmerkelijke kans. Ik zal betogen dat het risico bij culpose gedragingen vaak uiterst gering is. (2) Bij de subjectieve component gaat het om het *kunnen voorzien* van het gevolg. Ik zal betogen dat het gaat om het *kunnen voorkomen* van het gevolg.

2.4.4.2.b KANSGROOTTE BIJ ARCHETYPISCHE CULPOSE GEDRAGINGEN

In deze paragraaf staat de vraag centraal hoe groot de kans op dood of letsel bij een archetypische culpose gedraging is. Een preliminaire vraag is hoe begrippen als ‘kans’ of ‘risico’ in het recht opgevat moeten worden. Kansen of risico’s moeten in elk geval niet opgevat worden als eigenschappen van de wereld waarin we leven. Kansen zijn niet meer dan een middel om uitdrukking te geven aan de menselijke onwetendheid op een bepaald moment.¹⁴⁰ Hoe groot is de kans dat het morgen gaat regenen? Hoe groot is de kans dat een bepaalde tbs’er zal recidiveren? Hoe groot is de kans dat FC Groningen kampioen van de eredivi-

betekenissen die in de doctrine aan de bewuste schuld worden toegekend, probeer ik het gebruik van deze term in het vervolg te vermijden. In paragraaf 2.4.4.4 maak ik onderscheid tussen doleuze en niet-doleuze schuld.

¹³⁹ HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199. Zie ook paragraaf 4.3.6.6 en 4.5.4.4.d.

¹⁴⁰ In paragraaf 4.5.4.3.c besteed ik meer aandacht aan het kansbegrip. Ik verdedig de opvatting dat in het strafrecht alleen een zogenaamd subjectief kansbegrip een rol speelt. Subjectieve kanstheorieën relateren het kansbegrip aan de kennis en informatie die individu-

sie wordt? Bij culpose gevolgsdelicten is het mogelijk de vraag te stellen hoe groot de kans Z was dat gedraging X zou leiden tot gevolg Y. De kans Z is te beschouwen als een vertaling van de menselijke kennis die bestaat over X-achtige gedragingen. Algemene ervaringsregels, statistische informatie en experimenteel onderzoek zijn te beschouwen als manifestaties van deze kennis.

Het antwoord op de vraag hoe groot de kans is dat een bepaald gevolg zal intreden, is direct afhankelijk van de beschikbare en gebruikte informatie. Het is belangrijk in te zien dat de kansgrootte niet onafhankelijk is van subjectieve factoren, zoals het opzet van de actor. Het belang van subjectieve factoren kan als volgt geïllustreerd worden. Hoe groot is de kans dat een automobilist op een bepaald traject een verkeersongeval veroorzaakt in de volgende drie gevallen?

- 1 De actor gedraagt zich als een voorzichtig verkeersdeelnemer.
- 2 De actor wil koste wat kost aan de hem achtervolgende politie ontkomen.
- 3 De actor heeft zich ten doel gesteld een verkeersongeval op dit traject te veroorzaken.

De verschillende attitudes – voorzichtigheid, onverschilligheid en doelgerichtheid – sturen het gedrag van de actor. De kansgrootte varieert daarom van uiterst gering (geval 1) tot bijzonder groot (geval 3). ‘Opzet’ en ‘kans’ kunnen in veel gevallen niet los van elkaar beschouwd worden: het opzet determineert de aanmerkelijkheid van de kans.¹⁴¹ Hieruit volgt reeds dat er doorgaans niet zoiets bestaat als *de kans*, waarvan men zich hetzij bewust is (opzet) hetzij niet bewust is (schuld).

Bij het bepalen van kansgroottes bij culpose gedragingen is het perspectief dat wordt ingenomen van groot belang. Dat laat zich illustreren aan de hand van het volgende voorbeeld. Stel, een bouwvakker gooit zonder te kijken een baksteen van vijf hoog naar beneden. De baksteen treft een voorbijganger die onmiddellijk komt te overlijden. Op de rechtszitting ter zake van dood door schuld spreken een neuroloog en een statisticus zich uit over de kansgrootte. De neuroloog stelt het volgende. “De baksteen trof deze 85-jarige vrouw vol op haar schedelpan. Ik schat de kans dat deze vrouw dit incident had kunnen overleven op 1 op 100.000.” De statisticus heeft een andere mening. “Per uur bevinden zich gemiddeld 36 mensen gedurende 1 seconde in het gebied onder het huis. De kans op een dodelijke afloop was dus in ieder geval kleiner dan 1 op 100. Als iemand zich in het gebied onder het huis bevindt op het moment dat een steen valt, dan is de kans dat hij getroffen wordt 1 op 100. De kans op een dodelijke afloop was dus in ieder geval kleiner dan 1 op 10.000. Als iemand getroffen wordt, dan is de kans dat hij de dood vindt 1 op 10. Mijn conclusie is

en ter beschikking staat. Zie Ramsey 1964, ‘Truth and probability’ en De Finetti 1964, ‘Foresight: its logical laws, its subjective sources’.

¹⁴¹ Zie ook paragraaf 4.5.4.3.c. De hiv-kwestie vormt een uitzondering. Zie deze studie, p. 398 (voetnoot 519).

dat het gooien van een baksteen uit dit raam 1 op de 100.000 keer leidt tot de dood.”

Was de kans op de dood 99,999 procent (de neuroloog) of 0,001 procent (de statisticus)? Beide experts hebben gelijk vanuit het door hen ingenomen perspectief. Bij het beoordelen van een culpose gedraging verdient het tweede perspectief de voorkeur. Bij het eerste perspectief zijn bijna alle bijzonderheden van het geval in de beoordeling betrokken. Dat laat zich vergelijken met de uitspraak dat de winnaar van een loterij 100 procent kans had te winnen toen de notaris eenmaal zijn lot had getrokken. Bij culpose gevolgsdelicten moet aangeknoopt worden bij de schending van de in de maatschappij geldende norm. Daarbij moet geen acht worden geslagen op de toevallige omstandigheden van het geval die ertoe hebben bijgedragen dat het risico zich heeft gerealiseerd.¹⁴² Het gaat dan om gedragingen als: te hard rijden op een voorrangsweg, onvoldoende afstand bewaren, door oranje licht rijden, lezen van een kaart tijdens het rijden (niet-opletten), niet-verwijderen van tractormodder van de weg, gooien van een balk van het dak, etc. Als gedragingen die ten grondslag liggen aan culpose veroordelingen vanuit het tweede perspectief worden beschouwd, dan blijkt dat het aan dergelijke gedragingen verbonden risico vaak uiterst gering is.

Ik illustreer deze these aan de hand van HR 17 juni 1980, NJ 1980, 580.¹⁴³ Een motorrijder kwam op een kruising in botsing met een voorrangsplichtige automobilist, hetgeen leidde tot de dood van de automobilist. Het Hof had aangenomen dat de motorrijder de kruising was genaderd met ongeveer 86 kilometer per uur, terwijl een maximumsnelheid van 50 kilometer per uur gold. De Hoge Raad overwoog met betrekking tot de veroordeling wegens dood door schuld in het verkeer: “Uit de bewijsmiddelen heeft het Hof met name kunnen afleiden een roekeloze en onvoorzichtige wijze van rijden van de verdachte door met aanmerkelijke overschrijding van de toegestane snelheid een kruising of wegsplitsing te naderen. Onder deze omstandigheden mocht de verdachte, rijdend op een voorrangsweg, niet langer er op vertrouwen dat verkeer, hetwelk vanuit andere wegen deze weg naderde, voor hem de doorgang vrij zou laten of vrij zou kunnen maken.” Bij de beoordeling van de causaliteit hechtte de Hoge Raad waarde aan de vaststelling dat de verdachte bij een snelheid van 50 kilometer per uur zijn motor tijdig had kunnen stoppen.

Empirisch onderzoek laat zien dat snelheid positief samenhangt met ongevalskans en ongevalsernst.¹⁴⁴ Dat geldt in het bijzonder bij het naderen van

¹⁴² Seavey 1927, ‘Negligence – subjective or objective?’, p. 7 stelt: “In either case, to find risk, we must take the standpoint of some person who has imperfect knowledge, since if one were omniscient there would be certainty and hence no risk.”

¹⁴³ Zie rechtbank Utrecht 27 december 2007, LJN BC 1664 voor een vergelijkbare zaak.

¹⁴⁴ Zie bijv. Munden 1967, ‘The relation between a driver’s speed and his accident rate’; Joksich 1975, ‘An empirical relation between fatal accident involvement per accident involvement and speed’; Ashton & Mackay 1979, ‘Some characteristics of the population who suffer trauma as pedestrians when hit by cars and some resulting implications’;

→

kruispunten.¹⁴⁵ Een hoge snelheid van de voorrangshebbende vergroot de kans dat voorrangsplichtigen geen voorrang verlenen (ze onderschatten de naderingssnelheid). Als de hard rijdende voorrangshebbende geen voorrang krijgt, dan leidt de hoge snelheid ertoe dat er minder tijd om te reageren is en dat het voertuig moeilijker onder controle te houden is. In het boven besproken arrest is voldaan aan de normatieve component van schuld, omdat de actor de kruising met te hoge snelheid was genaderd. Het is nu de vraag hoe gevaarlijk een dergelijke als roekeloos gekwalificeerde wijze van rijden is in vergelijking tot het rijden met een geoorloofde snelheid. Ik bespreek deze vraag aan de hand van een als gevaarlijk bekend staande kruising waarover gedetailleerde empirische informatie voorhanden is.¹⁴⁶ Ik ga er daarbij van uit dat de ongevalskans bij geoorloofde snelheid van de voorrangshebbende 1/1.000.000 per passage betreft.¹⁴⁷ Vervolgens is de vraag hoe groot de ongevalskans bij hogere snelheden is. Uit empirisch onderzoek komt naar voren dat de kans op letselongevallen ruwweg verdubbelt bij elke snelheidstoename van 5 kilometer per uur.¹⁴⁸

Finch e.a. 1994, 'Speed, speed limits and accidents'; Kloeden e.a. 1997, 'Travelling speed and the risk of crash involvement. Volume 1 – findings'; Taylor, Lynam & Baruya 2000, 'The effects of drivers' speed on the frequency of road accidents'; Taylor 2001, 'The speeds of vehicles which are involved in fatal accidents'; Taylor, Baruya & Kennedy 2002, 'The relationship between speed and accidents on rural single-carriageway roads'; Aarts & Van Schagen 2006, 'Driving speed and the risk of road crashes: a review'.

¹⁴⁵ Zie Berkvens 1976, 'Nadersnelheden bij kruispunten'; Staplin 1995, 'Simulator and field measures of driver age differences in left-turn gap judgments'; Hancock e.a. 1991, 'Factors influencing drivers' left turn decisions'; Alexander, Barham & Black 2002, 'Factors influencing the probability of an incident at a junction: results from an interactive driving simulator'; Spek, Wieringa & Janssen 2006, 'Intersection approach speed and accident probability'.

¹⁴⁶ Zie Bureau Verkeersonderzoek 1998, 'Verkeersonderzoek kruispunt provinciale weg N 315 - Rijksweg 18: verkeersintensiteiten, wachttijden, ongevallen, snelheid'.

¹⁴⁷ Ir. A.C.E. Spek berekende op mijn verzoek de ongevalskans per passage voor het onderhavige kruispunt. Spek is verbonden aan het Nederlands Forensisch Instituut en de Technische Universiteit Delft. Hij verricht promotieonderzoek met betrekking tot ongevalskansen bij kruisingen. De ongevalskansen bij een geoorloofde snelheid betroffen voor de verschillende rijrichtingen 1/1.000.000 en 1/5.000.000 per passage. Uit Taylor, Lynam & Baruya 2000, 'The effects of drivers' speed on the frequency of road accidents', p. 26 (tabel 3) kan afgeleid worden dat de gemiddelde kans op een letselongeval over een groot aantal kruispunten op verschillende wegtypen kleiner is dan 1/5.000.000 per passage. Zie ook Fortuijn 1995, 'Kencijfers veiligheid kruispunten: een verklarend model voor de relatie tussen ongevallen en kruispunt-intensiteiten' en Afdeling Verkeer en Vervoer Provincie Noord-Brabant 2001, 'Verkeersintensiteiten en verkeersongevallen op provinciale wegen 1997 t/m 1999'. Aangenomen mag worden dat het hier als uitgangspunt genomen basisrisico van 1/1.000.000 per passage groter dan gemiddeld is.

¹⁴⁸ Zie Kloeden e.a. 1997, 'Travelling speed and the risk of crash involvement. Volume 1 – findings'; Kloeden & McLean 1998, 'Speed and the risk of involvement in a casualty crash'; Kloeden, Ponte & McLean 2001, 'Travelling speed and the risk of crash involvement on rural roads'; Kloeden, McLean & Glonek 2002, 'Reanalysis of travelling speed

→

Extrapolatie met betrekking tot het onderhavige kruispunt leidt tot de volgende uitkomsten.¹⁴⁹

Tabel 2.1 *Ongevalskans per passage in relatie tot snelheidsoverschrijding*

snelheidsoverschrijding (km/u)	ongevalskans per passage
0	1/1.000.000
5	1/500.000
10	1/250.000
15	1/125.000
20	1/63.000
25	1/31.000
30	1/16.000
35	1/8.000

Onder de gestelde assumpties correspondeert een snelheidsoverschrijding van 35 kilometer per uur met een kansgrootte van 1/8000 per passage. Deze kans is een factor 128 groter dan het hier als uitgangspunt genomen basisrisico van 1/1.000.000 per passage. Het verdient opmerking dat de bovenstaande berekeningen betrekking hebben op de kans op *een ongeval*.¹⁵⁰ Bij het delict dood door schuld gaat het uiteindelijk om de kans op de dood. De kans op *de dood van een ander* is veel kleiner. Bij snelheden onder de 100 kilometer per uur resulteert minder dan 2 procent van de meezijdige ongevallen in de dood van een van de betrokkenen.¹⁵¹ Dat zou betekenen dat de kans op de dood van een ander in ieder geval kleiner is dan 1/400.000 per passage.

and the risk of crash involvement in Adelaide South Australia'; Spek, Wieringa & Janssen 2006, 'Intersection approach speed and accident probability'.

¹⁴⁹ Von Winterfeldt & Edwards 1986, 'Decision analysis and behavioral research', p. 110-112 wijzen erop dat het gebruik van statistische informatie berust op twee assumpties. (1) De toekomst zal hetzelfde zijn als het verleden. (2) Het geval waarover we iets willen zeggen, is vergelijkbaar met de gevallen waarover statistische informatie bestaat. De volgende punten verdienen opmerking. (1) Auto's zijn tegenwoordig veiliger dan vroeger het geval was. (2) Het toegepaste onderzoek heeft betrekking op de kans op een *letsel*ongeval. (3) Het toegepaste onderzoek heeft niet alleen betrekking op kruisingsongevallen. (4) Er bestaan onvoldoende gegevens met betrekking tot snelheidsoverschrijdingen van meer dan 20 kilometer per uur. Kloeden, McLean & Glonek 2002, 'Reanalysis of travelling speed and the risk of crash involvement in Adelaide South Australia' gaan er nochtans van uit dat het exponentiële verband ook geldt bij hogere snelheden.

¹⁵⁰ Bij het hier als uitgangspunt genomen kruispunt waren 21 ongevallen geregistreerd (5 gewonden; 0 doden). Dat betekent dat de kans op de dood in casu niet rechtstreeks berekend kon worden.

¹⁵¹ Zie Joksich 1975, 'An empirical relation between fatal accident involvement per accident involvement and speed', p. 131 (tabel 2).

Bij het gebruiken van statistische informatie moet grote voorzichtigheid betracht worden. Enerzijds is denkbaar dat de kansoename bij snelheidsoverschrijdingen op kruispunten groter is dan het hier als uitgangspunt genomen onderzoek doet vermoeden.¹⁵² Anderzijds geldt dat auto's tegenwoordig veiliger zijn dan vroeger. Dat betekent dat de kans op de dood nog kleiner wordt. Het is mij er hier alleen om te doen een indicatie te geven van de kansgroottes die gepaard gaan met archetypische culpose gedragingen. Het laat zich goed denken dat de kans op de dood van een ander bij met HR 17 juni 1980, NJ 1980, 580 vergelijkbare gedragingen kleiner is dan 1/100.000 per passage.

De hier besproken casus staat symbool voor een groot aantal culpose gedragingen. De kans dat gedragingen als te hard rijden, onvoldoende afstand bewaren, door oranje licht rijden, onvoldoende spiegelen, niet-verwijderen van modder van de weg, etc. leiden tot een ongeval is op zichzelf beschouwd uiterst gering. In dit opzicht verschilt de archetypische culpose gedraging van de archetypische doleuze gedraging. Doleuze gedragingen zijn doorgaans veel gevaarlijker dan culpose gedragingen. De belangrijkste reden daarvoor is dat het opzet de kansgrootte determineert. Doleuze gedragingen zijn gevaarlijk *doordat* de actor niet bereid is af te zien van een handeling hoewel hij het gevolg voorziet.¹⁵³ In de meeste gevallen kan niet gesteld worden: culpose gedraging = doleuze gedraging – opzet.

2.4.4.2.c DE GRONDSLAG VAN HET SCHULDVERWIJLT: VAN 'KUNNEN VOORZIEN' NAAR 'KUNNEN VOORKOMEN'

De conclusie luidt dat de analogie tussen culpose en doleuze gedragingen mank gaat. Bij veel culpose gedragingen is slechts sprake van een uiterst gering risico. Daaruit volgt dat de grondslag van het schuldverwijlt in elk geval niet wordt gevormd door het feit dat de actor de aanmerkelijke kans op het gevolg had moeten en kunnen voorzien. Men kan iemand bezwaarlijk tegenwerpen dat hij iets had moeten en kunnen voorzien wat zich niet heeft voorgedaan.

Dat roept de vraag op wat wél als grondslag van het schuldverwijlt moet worden gezien. Een voor de hand liggende oplossing is om de geringe kansgrootte in de grondslag te incorporeren. De grondslag wordt dan gevormd door het feit dat de actor het kleine doch ongeoorloofde risico had moeten en kunnen voorzien. Deze grondslag volstaat wellicht voor een aantal gevallen van schuld. Ik meen echter dat deze grondslag niet als universele grondslag kan gelden. In veel gevallen van schuld beschikt de actor immers over een bepaalde vorm van bewustheid.¹⁵⁴ Daarbij kan gedacht worden aan een automobilist die bewust door oranje licht rijdt of een kampeerder die zich bewust is van het

¹⁵² Vgl. Spek 2007, 'Causaliteit bij voorrangsongevallen', p. 39 (voetnoot 13).

¹⁵³ Dat geldt a fortiori voor doelbewust handelen. Personen die zich een bepaald doel hebben gesteld, zullen dat doel in de regel realiseren.

¹⁵⁴ Het gaat hier om gevallen waarbij de actor zich *niet* bewust is van de aanmerkelijke kans op het gevolg. In paragraaf 2.4.4.4 bespreek ik de doleuze schuld.

gevaar dat het kampvuur tot een bosbrand kan leiden. Indien de actor zich bewust was van een bepaald risico, kan men hem niet tevens verwijten dat hij zich bewust had moeten en kunnen zijn van dat risico.

Bij het vinden van een universele grondslag van het schuldverwijt kan teruggegrepen worden op de normatieve component. De normatieve component van schuld houdt in dat de actor een in de maatschappij geldende norm heeft geschonden. De actor had deze normschending en het daarmee samenhangende gevolg *moeten voorkomen*. Voor de subjectieve component geldt mutatis mutandis dat de actor de normschending en het daarmee samenhangende gevolg had *kunnen voorkomen*.¹⁵⁵ De vraag of de actor het gevolg had kunnen voorkomen, kan vaak positief beantwoord worden zonder in te gaan op de vraag of de actor het gevolg had kunnen voorzien. Daarbij moet vooral gedacht worden aan gevallen waarbij de actor een of meer verkeersregels schendt. In dat geval hoeft men zich niet af te vragen of de actor het concrete gevolg of gevaar had kunnen voorzien. Men kan volstaan met beantwoording van de vraag of de actor schending van de verkeersregels had kunnen voorkomen.

2.4.4.2.d BESLUIT

In de doctrine wordt doorgaans gesteld dat de grondslag van het schuldverwijt gevormd wordt door het feit dat de actor het gevolg had moeten en kunnen voorzien. Deze opvatting kan herleid worden tot een analogie tussen culpose en doleuze gedragingen. In beide gevallen is sprake van een aanmerkelijke kans op het intreden van het gevolg. De opzettader was zich bewust van deze kans; de culpadader had zich bewust moeten en kunnen zijn van deze kans. Deze schuldtheorie is kwetsbaar in situaties waarbij sprake is van wederkerige risico's. Het gevaar dat de actor zelf loopt, kan dan nopen tot de conclusie dat de actor het gevaar niet had kunnen voorzien.

In de onderhavige paragraaf heb ik de volgende twee met elkaar samenhangende stellingen verdedigd. (1) Het risico bij culpose gedragingen is vaak uiterst gering. (2) De grondslag van het schuldverwijt wordt gevormd door het feit dat de actor het gevolg had kunnen voorkomen. De boven weergegeven tegenwerping van Bakhoven – wie een gevolg niet heeft voorzien, die zou het ook wel niet hebben kunnen voorzien – verliest om twee redenen aan kracht. In de eerste plaats kan men de vraag of een actor het gevolg had kunnen voorkomen vaak positief beantwoorden zonder in te gaan op de vraag of de actor het

¹⁵⁵ In het vervolg zal ik korthedshalve spreken van 'het kunnen voorkomen van het gevolg'. Strikt gezien gaat het echter niet om het voorkomen van het gevolg, maar om het voorkomen van de met de normschending gepaard gaande risicoverhoging. Het enkele feit dat het gevolg ook had kunnen intreden als de actor geen norm had geschonden, disculpeert namelijk niet. De normschending is niet noodzakelijkerwijs een *conditio sine qua non* voor het intreden van het gevolg. Men kan in bepaalde gevallen hoogstens stellen dat de normschending de kans op het intreden van het gevolg heeft vergroot. Zie deze studie, p. →

gevolg had kunnen voorzien. In de tweede plaats is het risico bij veel culpose gedragingen zo gering dat het gevaar dat de actor zelf loopt er niet noodzakelijkerwijs toe noopt af te zien van de gedraging. De in de lijn van het Porsche-arrest liggende redenering dat het risico dat de actor loopt een aanwijzing vormt voor het niet-kunnen hebben voorzien, gaat dan niet op.

2.4.4.3 Hart en de strafwaardigheid van schuld

De strafwaardigheid van schuld is door diverse auteurs in twijfel getrokken.¹⁵⁶ Turner stelt dat strafrechtelijke aansprakelijkheid veronderstelt dat de actor zich ten minste bewust is geweest van een aanmerkelijke kans dat het gevolg zou intreden.¹⁵⁷ Als die eis losgelaten wordt, dan zou sprake zijn van ‘absolute liability’. De centrale these van veel criticasters van schuld is dat geen onderscheid gemaakt kan worden tussen archetype 2 (culpose aansprakelijkheid) en archetype 3 (causale aansprakelijkheid). In zijn essay over schuld gaat Hart in op de door Turner aangevoerde bezwaren.¹⁵⁸

“I suspect, in Dr. Turner’s doctrine, a form of the ancient belief that possession of knowledge of consequences is a sufficient and necessary condition of the capacity for self control, so that if the agent knows the consequences of his action we are bound to say ‘he could have helped it’; and, by parity of reasoning, if he does not know the consequences of his action, even though he failed to examine or think about the situation before acting, we are bound to say that he could not have helped it. (...) But (...) there is nothing to compel us to say ‘He could not have helped it’ in *all* cases where a man omits to think about or examine the situation in which he acts and harm results which he has not foreseen. (...) Only a theory that mental operations like attending to, or thinking about, or examining a situation are

41 (voetnoot 116) over causaal verband. Een preciezere formulering is dat het gaat om het voorkomen van het op deze wijze intreden van het gevolg.

¹⁵⁶ Zie Keedy 1908, ‘Ignorance and mistake in the criminal law’; Turner 1948, ‘The mental element in crimes at common law’; Williams 1961, ‘Criminal law. The general part’, p. 122-124; Langemeijer 1962, ‘De onachtzaamheid’ op het congres van de Association Internationale de Droit Pénal’; Bakhoven 1964, ‘De onbewuste schuld: morele schuld of maatschappelijke schuld?’; Fine & Cohen 1967, ‘Is criminal negligence a defensible basis for penal liability?’; Note Yale Law Journal 1972, ‘Negligence and the general problem of responsibility’; Langemeijer 1975, ‘Strafrecht of -onrecht?’, p. 19-22 en 53-54; Delmonte 1979, ‘Negligence: a reappraisal of its validity as a basis for criminal liability and sanction’; Salvatori 1980, ‘Criminal law – criminal negligence – punishment’; Hall 1982, ‘Negligent behavior should be excluded from penal liability’; Bayles 1987, ‘Principles of law. A normative analysis’, p. 294-300; Moore 1990, ‘Choice, character, and excuse’; Alexander 1990, ‘Reconsidering the relationship among voluntary acts, strict liability, and negligence in criminal law’; Moore 1996, ‘Prima facie moral culpability’.

¹⁵⁷ Turner 1948, ‘The mental element in crimes at common law’, p. 199 stelt: “that he must have foreseen that certain consequences were likely to follow on his acts or omissions.”

¹⁵⁸ Harts essay ‘Negligence, *mens rea* and criminal responsibility’ is opgenomen in Hart 1968, ‘Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law’, p. 136-157.

somehow 'either there or not there', and so utterly outside our control, can lead to the theory that we are *never* responsible if, like the signalman who forgets to pull the signal, we fail to think or remember. (...) [If] anyone is *ever* responsible for *anything*, there is no general reason why men should not be responsible for such omissions to think, or to consider the situation and its dangers before acting. (...) Excessive distrust of negligence and excessive confidence in the respectability of 'foresight of harm' (...) oversimplify the character of the subjective element required in those whom we punish, if it is to be morally tolerable, according to common notions of justice, to punish them. (...) For in some cases at least we may say 'he could have thought about what he was doing' with just as much rational confidence as one can say of any intentional wrongdoing 'he could have done otherwise'.¹⁵⁹

Eerder heb ik betoogd dat opzetsdaders over het algemeen veel controle hebben met betrekking tot het al dan niet plaatsvinden van een strafrechtelijk relevant voorval. Het kennismoment, dat gemeenschappelijk is aan elke opzettelijke daad, biedt de actor een ideale gelegenheid het voorgestelde voorval te voorkomen. Hij had ervoor kunnen kiezen zich zo te gedragen dat het voorval zich niet zou voordoen. Daaruit volgt echter niet – zoals Turner impliceert – dat een actor die geen opzet heeft, geen controle heeft met betrekking tot het al dan niet plaatsvinden van het voorval.¹⁶⁰ Hart stelt terecht dat het feit dat een actor het gevolg niet heeft voorzien, niet in alle gevallen de conclusie rechtvaardigt dat hij het niet kon helpen. Hart specificiceert echter niet in welke gevallen iemand die geen opzet heeft nochtans beschikt over voldoende controle voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. In de onderstaande paragraaf probeer ik een antwoord op die vraag te formuleren.

2.4.4.4 *Schuld en indirecte controle: doleuze en niet-doleuze schuld*

Bij het beantwoorden van de vraag of de actor het gevolg had kunnen voorkomen dient acht geslagen te worden op de schending van de in de maatschappij geldende norm. Bij culpose aansprakelijkheid berust de vermijdbaarheid van het gevolg op de vermijdbaarheid van de aan het gevolg ten grondslag liggende normovertreding. Men zou kunnen stellen dat de *directe controle* met betrek-

¹⁵⁹ Hart 1968, 'Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law', p. 150-152.

¹⁶⁰ Vgl. Husak 1987, 'Philosophy of criminal law', p. 132-136 en Husak 1998, 'Does criminal liability require an act?' Husak 1987, p. 136 stelt: "Liability may be imposed despite the absence of a subjective mental state, as long as this is allowed by whatever general rationales support subjective standards. The control principle provides one such rationale. Subjectivism is attractive largely insofar it precludes liability in the absence of control. But conformity with the control principle does not always yield results congenial to the subjectivist, as the example of negligence illustrates. Negligence is punishable as long as the defendant fails to exercise the control he possesses, despite the fact that it requires no state of mind."

king tot de normovertreding zich vertaalt in *indirecte controle* met betrekking tot het gevolg.¹⁶¹ Het is derhalve de vraag wanneer gezegd kan worden dat een actor controle heeft met betrekking tot de normovertreding. Als eerste bespreek ik een aantal gevallen waarbij sprake is van een psychische gerichtheid bij de actor. Vervolgens ga ik in op het geval dat schuld niet of niet volledig herleid kan worden tot een of meer bewustheidsmomenten.

Opzet wordt algemeen beschouwd als het paradigma van de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het ligt daarom voor de hand bij het begrenzen van de culpose aansprakelijkheid aansluiting te zoeken bij het opzet. Binding spreekt in dit verband van “die Jagd nach dem Vorsatz in der Fahrlässigkeit”.¹⁶² In de volgende elkaar niet uitsluitende gevallen kan de schuld herleid worden tot een of meer bewustheidsmomenten. (1) De actor schendt de in de maatschappij geldende norm bewust.¹⁶³ (2) De actor is zich bewust van het gevaar dat gepaard gaat met zijn handeling.¹⁶⁴ (3) De actor is zich op een of meer momenten in het verleden bewust geweest van gevaar dat in de toekomst kan optreden.¹⁶⁵

¹⁶¹ Vgl. Zimmerman 1986, ‘Negligence and moral responsibility’.

¹⁶² Binding 1919, ‘Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Vierter Band. Die Fahrlässigkeit’, p. 328.

¹⁶³ Bins 1981, ‘Schuldbeginnensel en schuldbegrip in het strafrecht’, p. 21 stelt: “Indien opzet op het gevolg ontbreekt, kan niet gezocht worden naar een andere subjectieve kant van het veroorzaken van dat gevolg, maar moet gezocht worden naar een andere normschending die dat gevolg heeft veroorzaakt. (...) Indien opzet ontbreekt aan de uiteindelijke veroorzakende fout, kan de schuld uitsluitend liggen in eerder bewust onjuist handelen.”

¹⁶⁴ Ik doel hierbij op het geval dat geen sprake is van bewustheid van de aanmerkelijke kans op het gevolg. In mijn optiek sluiten opzet en schuld elkaar niet uit (zie paragraaf 2.4.2). De bewustheid van de aanmerkelijke kans, hetgeen in mijn optiek volstaat voor opzet, kan eveneens beschouwd worden als een manifestatie van schuld.

¹⁶⁵ Vgl. Smith 1985, ‘Culpable ignorance’; Milo 1984, ‘Immorality’, p. 82-114; Zimmerman 1986, ‘Negligence and moral responsibility’; O’Neil 1996, ‘The moral blindness of the positivistic legal hermeneutic and the non-proximate mens rea in the law of criminal negligence’. Zimmerman spreekt van ‘advertence-cum-inadvertence’. Zimmerman 1986, p. 205-206 stelt: “[Something] may be out of one’s control at the time that one does it (or fails to do it) and yet not be out of one’s control entirely – and the fact that it is not out of one’s control entirely provides the opportunity for one’s being properly held morally responsible for doing it (or failing to do it). For example, I may take a pill now which I fully expect to make me wittingly but irresistibly run amok an hour from now and thereby cause considerable damage; if in an hour I do so run amok and cause damage, then (given certain other assumptions) I am morally responsible for the damage I cause – even though, *at the time I cause the damage*, my actions are beyond my control. For I could have prevented the damage; there was an *earlier* time at which my *later* causing of the damage *was* in my control. We may say: although my causing the damage was not in my *immediate* control, it was in my *remote* control.” O’Neil spreekt van ‘non-proximate mens rea’. O’Neil 1996, p. 297-299 stelt: “The key to understanding the non-proximate mens rea in negligence (...) is that its non-proximate nature arises from its placement at a remote point in a chain of mental events leading to the criminally negligent act or acts. (...) [The] mens rea of criminal negligence is not in a proven instance in time or in the

→

In deze drie gevallen bestaat de kern van het verwijt – net als bij het opzet – uit het feit dat de actor nalaat anders te handelen ondanks de bewustheid. De bewustheid rechtvaardigt in beginsel de gevolgtrekking dat de actor de normovertreding én het daardoor veroorzaakte gevolg had kunnen voorkomen. Ik duid deze gevallen van schuld aan met de term ‘doleuze schuld’. ‘Doleuze schuld’ kan niet opgevat worden als een synoniem van de dogmatisch belaste term ‘bewuste schuld’.¹⁶⁶

In de rechtspraak wordt soms schuld aangenomen in gevallen waarin de schuld niet of niet volledig herleid kan worden tot een of meer bewustheidsmomenten. Daarbij kan gedacht worden aan een verpleegster die de verkeerde vloeistof aangeeft of een chauffeur die bij het linksaf slaan een tegenligger over het hoofd ziet.¹⁶⁷ De vraag dringt zich op of in dergelijke gevallen nog gesteld kan worden dat de actor de normschending had kunnen voorkomen. Had de verpleegster kunnen bemerken wat ze niet heeft bemerkt? Had de chauffeur kunnen zien wat hij niet heeft gezien? Deze vraag laat zich moeilijk in het algemeen beantwoorden. Zowel de stelling dat dergelijke gevallen nooit voorkomen kunnen worden, als de stelling dat dergelijke gevallen altijd voorkomen kunnen worden, lijkt mij onjuist. Gevallen waarbij de actor het gevolg had kunnen voorkomen zonder dat sprake is van een anterieur bewustheidsmoment, duid ik aan met de term ‘niet-doleuze schuld’. ‘Niet-doleuze schuld’ kan opgevat wor-

concatenation of causation proximate to the careless act, but in an assumed instance or instances, non-proximate to the careless act (possibly even distantly remote in time) when the defendant is assumed to have chosen to establish the careless mental habits and patterns of behavior leading to the careless act, or (as would be in most cases the more likely) to have chosen not to alter such patterns of behavior and habits of mind which ultimately came to be crucial in the commission of the negligent act.”

¹⁶⁶ Modderman definieerde bewuste schuld als volgt: “Die bewuste schuld is aanwezig, wanneer op het oogenblik van de daad de mogelijkheid der uitkomst voor den geest zweeft, maar toch zóó dat de dader, ook blijkens de voorzorgsmaatregelen die hij neemt, hoopt en *vertrouwt* dat het hem door zijne handigheid en bijzondere maatregelen gelukken zal die uitkomst te beletten.” Zie Smidt I, p. 88. Alleen het tweede van de drie genoemde gevallen van doleuze schuld valt mogelijk onder de definitie van bewuste schuld. Ik maak liever geen gebruik van de term bewuste schuld, omdat niet altijd dezelfde betekenis aan het begrip wordt toegekend. Aanhangers van de volitieve opzettheorie (Rommelink; Machielse) vatten dit begrip anders op dan aanhangers van de cognitieve opzettheorie (Nieboer; Strijards; ikzelf). De term bewuste schuld is vooral in zwang bij aanhangers van de volitieve opzettheorie, omdat het verschil tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld gelokaliseerd zou zijn in de verschillende wilsrichting. In paragraaf 4.5.4.4.f bestrijd ik deze visie. Aanhangers van de volitieve opzettheorie zullen waarschijnlijk van mening zijn dat ik de bewuste schuld onder het opzet schaar.

¹⁶⁷ Zie HR 19 februari 1963, NJ 1963, 512 (Verpleegsterarrest) en HR 16 december 1975, NJ 1976, 188.

den als een synoniem van de in de doctrine ingeburgerde term ‘onbewuste schuld’.¹⁶⁸

Om de vraag naar de grondslag van de niet-doleuze schuld te kunnen beantwoorden, is het nodig iets meer te zeggen over de wijze waarop mensen in de wereld functioneren. Handelingen worden doorgaans voorafgegaan door intenties. De verpleegster had de intentie een bepaalde vloeistof aan te geven en de chauffeur had de intentie naar links te sturen. De filosoof Searle stelt dat intentionele toestanden zoals overtuigingen, verlangens en intenties niet geïsoleerd functioneren.¹⁶⁹ Intentionele toestanden zijn ingebed in een Netwerk (the Network) van andere met elkaar samenhangende intentionele toestanden. De intentie de auto naar links te sturen is gegrond op andere intentionele toestanden, zoals de overtuiging dat de auto reageert op de stuurbeweging en de wens een bepaalde locatie te bereiken. Dit Netwerk van intentionele toestanden is op zijn beurt weer gegrond op een niet-intentionele Achtergrond (the Background) van vermogens, vaardigheden, gewoontes, vooronderstellingen, etc. Deze Achtergrond biedt een verklaring voor het feit dat mensen ‘weten’ hoe ze dingen moeten doen en hoe dingen zijn. Een alledaagse bezigheid als lopen kan daarbij als illustratie dienen. Het lopen is een vaardigheid die tot op grote hoogte automatisch verloopt. Een wandeling gaat niet gepaard met een constante stroom van gedachten over hoe men de benen moet verplaatsen. Het lopen veronderstelt bovendien een soort pre-intentionele ‘houding’ met betrekking tot het feit dat de grond bestaat uit vaste materie. Als de loper plotseling wegzakt in een valkuil, dan levert dat een schending van de pre-intentionele ‘houding’ op. De loper is verbaasd dat hij wegzakt, hoewel hij nooit de concrete overtuiging heeft gehad dat de grond hard was.

Deze onvolledige schets van de Achtergrond dient enkel om aannemelijk te maken dat het menselijk functioneren niet gereduceerd kan worden tot een stroom bewustheidsmomenten. De Achtergrond speelt een belangrijke rol bij de beantwoording van de vraag of iemand iets *kan*. We zeggen dat iemand Italiaans kan spreken, auto kan rijden of staartdelingen kan maken. Bij de spiegelbeeldige vraag of iemand iets *niet kan* dient de Achtergrond eveneens in acht te worden genomen. In de juridische context is de relevante vraag of de actor het gevolg had kunnen voorkomen. Het door Bakhoven gesuggereerde antwoord – wie iets niet heeft bemerkt, zal het ook wel niet hebben kunnen bemerken – voldoet in elk geval niet. Bij de beantwoording van de vraag of de verpleegster en de bestuurder beter op hadden kunnen letten, dient de Achtergrond in aanmerking te worden genomen. Ik meen dat de belangrijkste grond-

¹⁶⁸ Ik maak geen gebruik van de term onbewuste schuld, omdat dit begrip vaak wordt afgezet tegen het aan meerdere interpretaties onderhevig zijnde begrip bewuste schuld. Zie deze studie, p. 59 (voetnoot 166).

¹⁶⁹ Searle 1983, ‘Intentionality. An essay in the philosophy of mind’, p. 141-159; Searle 1991, ‘Response: the Background of intentionality and action’; Searle 1992, ‘The rediscovery of the mind’, p. 175-196.

slag van de niet-doleuze schuld gevormd wordt door latente kennis.¹⁷⁰ Verpleegsters en automobilisten beschikken – zo mag men aannemen – over de algemene kennis dat een moment van onachtzaamheid fatale gevolgen kan hebben. Daarnaast beschikken ze over een grote hoeveelheid bijzondere kennis. Automobilisten weten dat ze bij het linksaf slaan bedacht moeten zijn op tegenliggers. Operatiezusters weten dat het toedienen van adrenaline dodelijk kan zijn en dat artsen niet altijd controleren of de juiste vloeistof is aangereikt. Dergelijke kennis kan onder omstandigheden het oordeel rechtvaardigen dat de actor beter op had kunnen letten en aldus het gevolg had kunnen voorkomen.¹⁷¹

De strekking van deze paragraaf laat zich als volgt samenvatten. Culpouse aansprakelijkheid wordt gekenmerkt door het feit dat de vermijdbaarheid van het gevolg berust op de vermijdbaarheid van de aan het gevolg ten grondslag liggende normovertreding. Directe controle met betrekking tot de normovertreding vertaalt zich in indirecte controle met betrekking tot het gevolg. Bij doleuze schuld wordt aangeknoopt bij een of meer bewustheidsmomenten van de actor. De bewustheid rechtvaardigt in beginsel de gevolgtrekking dat de actor de overtreiding én het daardoor veroorzaakte gevolg had kunnen voorkomen. Bij niet-doleuze schuld kan de schuld niet of niet volledig herleid worden tot een of meer bewustheidsmomenten. De belangrijkste grondslag van de niet-doleuze schuld wordt gevormd door latente kennis. Deze latente kennis kan onder omstandigheden het oordeel rechtvaardigen dat de actor de overtreiding én het daardoor veroorzaakte gevolg had kunnen voorkomen.

2.4.4.5 *Besluit*

Deze paragraaf stond in het teken van een positieve omlijning van de subjectieve component van schuld. Criticasters van schuld stellen dat geen onderscheid gemaakt kan worden tussen culpouse en causale aansprakelijkheid. Een actor die handelt zonder opzet heeft geen controle met betrekking tot het al dan niet

¹⁷⁰ Vgl. Duff 1980, 'Recklessness'; Duff 1990, 'Intention, agency and criminal liability: philosophy of action and the criminal law', p. 157-167; Simons 1994, 'Culpability and retributive theory: the problem of criminal negligence'; Pillsbury 1996, 'Crimes of indifference'; Horder 1997, 'Gross negligence and criminal culpability'; Ferzan 2001, 'Opaque recklessness'; Simons 2002, 'Does punishment for 'culpable indifference' simply punish for 'bad character'? Examining the requisite connection between mens rea and actus reus'; Simons 2003, 'Should the Model Penal Code's mens rea provisions be amended?' Duff 1990, p. 159 stelt: "[We] should distinguish *latent* from *actual* knowledge: knowledge which is 'stored in the brain and available if called on' from 'knowledge which is actually present because it has been called on (...)." De volgende termen hebben een vergelijkbare betekenis: 'non-explicit knowledge' (Duff 1980); 'tacit knowledge' (Simons 1994); 'experiential knowledge' (Horder 1997); 'preconscious awareness' (Ferzan 2001); 'latent awareness' (Simons 2002); 'latent belief' (Simons 2003).

plaatsvinden van het voorval. Hart betoogt terecht dat deze these onjuist is. In bepaalde gevallen beschikt een actor die geen opzet heeft wel degelijk over voldoende controle om strafrechtelijk aansprakelijk gehouden te mogen worden. Ik heb getracht uiteen te zetten wanneer deze gevallen zich voordoen. Bij het aannemen van schuld spelen bewustheidsmomenten vaak een belangrijke rol. Het is echter niet noodzakelijk de schuld volledig te herleiden tot een of meer bewustheidsmomenten. De grondslag van schuld wordt in de praktijk gevormd door een rijke schakering van bewustheidsmomenten, kennis en vaardigheden. Het gaat erom vast te stellen dat de actor zich zo had kunnen gedragen dat het gevolg niet zou zijn ingetreden. Culpouse aansprakelijkheid is niet gebaseerd op een keuze voor het strafbare feit, maar op het niet-kiezen voor het vermijden van dit feit. Dit kunnen kiezen voor ander gedrag (controle) vormt een noodzakelijke voorwaarde voor culpouse aansprakelijkheid.

2.4.5 De subjectieve component van schuld II: een negatieve benadering

2.4.5.1 Inleiding

De bovenstaande paragrafen stonden in het teken van een positieve omschrijving van schuld. Culpouse aansprakelijkheid verschilt in twee opzichten van causale aansprakelijkheid. (1) De actor heeft een in de maatschappij geldende norm geschonden (normatieve component). (2) De actor had zich aan deze norm kunnen houden (subjectieve component). In de rechtspraak komt de subjectieve component van schuld zelden expliciet aan de orde. Dat laat zich simpel verklaren. Er is voldaan aan de normatieve component als het gedrag van de actor *substantieel* afwijkt van het gedrag van een criteriumfiguur die behept is met de capaciteiten van de gemiddelde normadressaat. Dat brengt mee dat vrijwel iedereen in staat is zijn gedrag aan de norm te conformeren. Schending van de normatieve component gaat in bijna alle gevallen gepaard met schending van de subjectieve component. Alleen exceptionele omstandigheden kunnen het oordeel rechtvaardigen dat normconform gedrag niet mogelijk was. In de onderhavige paragraaf worden deze exceptionele omstandigheden nader gespecificeerd. De paragraaf staat in het teken van een negatieve omlijning van de subjectieve component: het is de vraag wanneer *niet* aan deze component is voldaan.¹⁷²

¹⁷¹ Duff 1980, 'Recklessness', p. 289-290 stelt: "[Whether] I notice some aspect of my action or its context may depend on the attention I pay to what I am doing, and be thus within my control; failures of attention may be as 'voluntary' and culpable as other omissions."

¹⁷² Deze negatieve benadering is geïnspireerd op een essay van Hart. Hart 1949, 'The ascription of responsibility and rights' is sceptisch over de mogelijkheid een positieve omschrijving van juridische concepten te geven. Hart meent dat juridische concepten zoals mens rea vernietigbaar (defeasible) zijn. Hart 1949, p. 174 stelt: "In consequence, it is usually not possible to define a legal concept such as 'trespass' or 'contract' by specifying the

→

Bij de negatieve benadering moet rekening worden gehouden met culpa in causa. Het enkele feit dat een actor de normschending op een bepaald moment niet had kunnen voorkomen, leidt niet noodzakelijkerwijs tot disculpatie. Stel dat een automobilist buiten bewustzijn raakt en een voetganger op een zebra doodrijdt. Op het moment van aanrijding was de actor niet in staat de normschending te voorkomen. Het kan echter zijn dat de actor deze potentieel schuldsluitende factor had moeten en kunnen voorkomen. Op de keper beschouwd komt het erop neer dat bij de beoordeling van de schuld niet alleen acht geslagen moet worden op het tijdstip waarop het delict plaatsvindt.¹⁷³ Bestaat er, indien het gehele tijdsbestek in acht genomen wordt, een culpose relatie tussen de actor en het gevolg? Dat brengt mee dat beide componenten van schuld nogmaals aan bod komen. Aan de eerste component is voldaan als de actor in de gelegenheid geweest zou zijn de normschending te voorkomen als hij alle op hem rustende zorgvuldigheidseisen in acht had genomen. Aan de tweede component is voldaan als de actor deze zorgvuldigheidseisen in acht had kunnen nemen.

Uit het bovenstaande volgt dat aantasting van de subjectieve component alleen tot disculpatie leidt als geen sprake is van culpa in causa. Het is nu de vraag in welke gevallen gezegd kan worden dat de actor de normschending niet had kunnen voorkomen. Het gaat daarbij om factoren die betrekking hebben op de vermogens en kenmerken van de actor in kwestie.¹⁷⁴ Ik bespreek een zestal factoren die kunnen leiden tot aantasting van de subjectieve component van de schuld. (1) Acute lichamelijke of geestelijke aandoeningen. (2) Psychische stoornissen. (3) Chronische lichamelijke aandoeningen. (4) Jeugdigheid. (5) Ouderdom. (6) Gebrekkige ervaring of opleiding.

necessary and sufficient conditions for its application. For any set of conditions may be adequate in some cases but not in others and such concepts can only be explained with the aid of a list of exceptions or negative examples showing where the concept may not be applied or may only be applied in a weakened form.”

¹⁷³ Vgl. Robinson 1985, ‘Causing the conditions of one’s own defense: a study in the limits of theory in criminal law doctrine’. Zie bijv. Hof ’s-Hertogenbosch 26 januari 2007, LJN AZ8378 (rijden ondanks ernstige oogaandoening) en rechtbank Middelburg 4 april 2007, LJN BA2323 (rijden ondanks regelmatig voorkomende wegvallingen).

¹⁷⁴ Vgl. Green 1927, ‘The negligence issue’; Hart 1968, ‘Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law’, p. 152-157; Fletcher 1971, ‘The theory of criminal negligence: a comparative analysis’; Erenius 1976, ‘Criminal negligence and individuality’, p. 169-170. Green 1927, p. 1044 noemt de volgende mogelijke factoren. “Age, sex, color, temperament, indifference, courage, intelligence, power of observation, judgment, quickness of reaction, self control, imagination, memory, deliberation, prejudices, experience, health, education, ignorance, attractiveness, weakness, strength, poverty, and any of the other possible assortments of qualities and characteristics of the persons involved may each be a factor in the jury’s judgment on the negligence issue.”

2.4.5.2 *Acute lichamelijke of geestelijke aandoeningen*

Acute lichamelijke of geestelijke aandoeningen kunnen de subjectieve component van de schuld aantasten.¹⁷⁵ Daarbij kan gedacht worden aan een diabetesaanval, epilepsieaanval, cerebrovasculair accident, hartaanval of bewustzijnsdaling.¹⁷⁶ Het spreekt voor zich dat het leerstuk culpa in causa bij deze gevallen een belangrijke rol speelt. Het is de vraag of de actor in de gelegenheid geweest zou zijn de normschending te voorkomen als hij alle op hem rustende zorgvuldigheidseisen in acht had genomen.¹⁷⁷ Het ligt daarbij voor de hand aansluiting te zoeken bij de Regeling eisen geschiktheid 2000. In de bij deze regeling behorende bijlage worden de eisen met betrekking tot lichamelijke en geestelijke geschiktheid tot het besturen van motorrijtuigen uiteengezet. Verkeersdeelnemers die opereren binnen het raamwerk van deze bijlage nemen een in de maatschappij geaccepteerd risico. Een epilepsiepatiënt die beschikt over een verklaring van rijgeschiktheid en voldoet aan alle zorgvuldigheidseisen kan geen culpa in causa tegengeworpen worden.

2.4.5.3 *Psychische stoornissen*

De verhouding tussen psychische stoornissen en schuld komt in de strafrechtelijke doctrine en rechtspraak zelden aan de orde.¹⁷⁸ Bij de bespreking van de rol van de psychische stoornis sluit ik aan bij de eerder besproken schulduitsluitingsgrond ontoerekeningsvatbaarheid. Ontoerekeningsvatbare personen worden gekenmerkt door ernstige irrationaliteit. Dat betekent in de praktijk dat ze handelen op basis van inadequate inzichten. Daarbij kan gedacht worden aan psychotische toestanden of ernstige intelligentiestoornissen.

¹⁷⁵ Vgl. Erenius 1976, 'Criminal negligence and individuality', p. 221-223.

¹⁷⁶ Zie HR 24 november 1964, VR 1965, 6 (diabetes); rechtbank Alkmaar 23 januari 1973, VR 1974, 87 (epilepsie); rechtbank Alkmaar 18 juni 1974, VR 1974, 101 (versuffing door Nobrium); Hof Arnhem 23 januari 2004, LJN AO3341 (cerebrale doorbloedingsstoornis).

¹⁷⁷ Vgl. Hart 1968, 'Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law', p. 106-112.

¹⁷⁸ Een mogelijke verklaring is dat het vanzelfsprekend wordt geacht dat psychische stoornissen de schuld aantasten. In het privaatrecht bestaat meer aandacht voor deze kwestie. In het oude recht kon een psychische stoornis in de weg staan aan aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. In HR 9 december 1960, NJ 1963, 1 overwoog de Hoge Raad: "dat het woord 'schuld' in art. 1401 B.W. onder meer tot uitdrukking brengt dat degene die een onrechtmatige daad heeft gepleegd, tot vergoeding van de dientengevolge door anderen geleden schade niet gehouden is, indien uit hoofde van geestesziekte elke mogelijkheid om hem van zijn gedrag een verwijt te maken ontbreekt". In het huidige recht kan een onrechtmatige daad ook aan de dader worden toegerekend als geen sprake is van schuld (zie art. 6:162 lid 3 BW). Art. 6:165 lid 1 BW bepaalt dat de omstandigheid dat een gedraging verricht is onder invloed van een geestelijke tekortkoming geen beletsel is haar als onrechtmatige daad aan de dader toe te rekenen. Zie Hartkamp 2002, 'Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht deel III. De verbintenis uit de wet', p. 81-104.

Psychoses en intelligentiestoornissen spelen eveneens een rol bij de subjectieve component van de schuld. Het laat zich denken dat een psychotische actor onder invloed van wanen of hallucinaties een in de maatschappij geldende norm schendt. Bij culpose delicten is mogelijkwerwijs een grotere rol weggelegd voor intelligentiestoornissen dan bij doleuze delicten. Bij doodslag komt een psychische stoornis aan de orde als vaststaat dat de actor de primaire norm – gij zult niet doden! – opzettelijk heeft geschonden. Bij dood door schuld komt een psychische stoornis aan de orde als vaststaat dat de actor een secundaire norm – gij zult niet onzorgvuldig handelen! – al dan niet opzettelijk heeft geschonden. Deze secundaire norm heeft een ongelimiteerd aantal verschijningsvormen. Normaal ontwikkelde volwassenen beschikken in beginsel over de kennis en intelligentie om zich aan deze normen te houden. Ze weten wat gevaarlijk is en zijn in staat gevaarlijke situaties te vermijden. Bij zwakzinnigen, maar ook bij jeugdigen, gaat deze vooronderstelling niet op.¹⁷⁹ Men zou kunnen stellen dat ze in een staat van verschoonbare rechtsdwaling met betrekking tot bepaalde secundaire normen verkeren.

Zowel psychotische toestanden als intelligentiestoornissen kunnen derhalve een rol spelen bij de subjectieve component van de schuld. Bij psychoses zorgt de verstoring van het realiteitsbesef ervoor dat de actor de normschending niet kan voorkomen. Bij intelligentiestoornissen ontbeert de actor de kennis of intelligentie om de strekking van de norm te begrijpen. In beide gevallen beschikt de actor niet over de geestelijke capaciteiten zich aan de norm te houden. In dat geval is niet voldaan aan de subjectieve component van de schuld.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Vgl. Moore 1984, 'Law and psychiatry. Rethinking the relationship', p. 81-84 en 105-106. Hetzelfde kan zich voordoen bij psycho-organische stoornissen zoals dementie of het Korsakovsyndroom. Mensen met een lage intelligentie hebben vaak grote moeite zich staande te houden in de gecompliceerde hedendaagse samenleving. Jensen 1998, 'The g factor. The science of mental ability', p. 554 stelt: "In a largely urbanized industrial and technological society, with its ever-increasing information-intensive demands, life for those with IQs below eighty becomes a series of frustrating trials. Using a telephone directory, getting through a voice-mail system, reading bus or train schedules, banking, keeping financial records, filling out forms and dealing with the bureaucracy, using a VCR, cooking food in a microwave, following directions on prescriptions or over-the-counter drugs, passing drivers' tests, knowing where, when, and how to shop economically, and countless other routine demands of daily life in modern society are all cognitive challenges for individuals with low IQ, and are often beyond their capability." De benodigde vaardigheden zijn maar tot op beperkte hoogte aan te leren. Zie bijv. Hunt 1992, 'Why is it hard to improve mental competence? A cognitive science perspective'. Tegen deze achtergrond lijkt er weinig ruimte voor culpa in causa.

¹⁸⁰ Vgl. Rutgers 1960, 'Schuld en verkeer. Beschouwing over de strafwaardigheid van de onbewuste schuld, in het bijzonder bij verkeersdelicten', p. 25-33 en 51-65; Hart 1968, 'Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law', p. 152-157; Erenius 1976, 'Criminal negligence and individuality', p. 176-188 en 210-218; Seidelson 1981, 'Reasonable expectations and subjective standards in negligence law: the minor, the mentally impaired, and the mentally incompetent'; Moore 1984, 'Law and psychiatry. Re-

2.4.5.4 Chronische lichamelijke aandoeningen

Het hoeft geen betoog dat chronische lichamelijke aandoeningen het soms onmogelijk maken de norm in acht te nemen. In dat geval is evident dat de subjectieve component van de schuld wordt aangetast.¹⁸¹ Men kan nu eenmaal niet verlangen dat de blinde ziet, de dove hoort of de kreupel rent. Het chronische karakter van deze gebreken schept de verplichting voor de actor daarmee tot op zekere hoogte rekening te houden. Het spreekt voor zich dat men niet mag verlangen dat lichamen gehandicapt zich geheel onthouden van normale maatschappelijke activiteiten.¹⁸² Lichamen gehandicapt die zich houden aan de voor hen geldende zorgvuldigheidseisen kan geen culpa in causa tegenover worden. Voor bestuurders van motorrijtuigen kan aansluiting gezocht worden bij de Regeling eisen geschiktheid 2000.

2.4.5.5 Jeugdigheid

Art. 486 Sv bepaalt dat niemand strafrechtelijk vervolgd kan worden wegens een feit dat hij begaan heeft voordat hij de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt.¹⁸³ Het laat zich denken dat kinderen die jonger zijn dan twaalf jaar een culpoos delict plegen. De gefixeerde leeftijdsgrens staat dan in de weg aan vervolging en bestraffing, hoewel sprake is van schuld.¹⁸⁴ Voor jongeren tussen de twaalf en achttien jaar geldt een afwijkend sanctierecht. Voor het overige geldt als uitgangspunt dat algemene strafrechtelijke beginselen ook gelden voor deze jeugdigen. Dat betekent in het bijzonder dat het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ ook op het jeugdstrafrecht van toepassing is.¹⁸⁵

thinking the relationship’, p. 81-84 en 105-106; Goldstein 1995, ‘Asking the impossible: the negligence liability of the mentally ill’.

¹⁸¹ Vgl. Seavey 1927, ‘Negligence – subjective or objective?’; James & Dickinson 1950, ‘Accident proneness and accident law’; Erenius 1976, ‘Criminal negligence and individuality’, p. 192-195 en 219-221.

¹⁸² Vgl. James & Dickinson 1950, ‘Accident proneness and accident law’. James & Dickinson 1950, p. 790 stellen: “Thus the lame, the halt, the blind, and the very young may use the highways, at least on foot, though in doing so they may both cause and encounter greater risks than others. Statute apart, one-legged men and one-eyed men may drive cars without necessarily being negligent in doing so.”

¹⁸³ In de memorie van toelichting van de Wet herziening van het kinderstrafrecht en het kinderstrafprocesrecht wordt deze leeftijdsgrens aangemerkt als een niet-weerlegbaar vermoeden van niet-toerekeningsvatbaarheid op grond van jeugdige leeftijd. Zie Kamerstukken II 1955-1956, 4 141, nr. 3, p. 10.

¹⁸⁴ Vgl. Bol 1991, ‘Leeftijdsgrenzen in het strafrecht gezien vanuit de ontwikkelingspsychologie’, p. 132-135. Bol wenst ook in die gevallen bestraffing mogelijk te maken. Zij bepleit daarom de ondergrens op te heffen.

¹⁸⁵ Vgl. Jonkers, Delfos & Dijk 1965, ‘Het nieuwe kinderrecht’, p. 5-7; Van Sloun 1988, ‘De schuldvraag in het kinderstrafrecht. Een onderzoek naar schuld als strafrecht dogmatische voorwaarde voor strafbaarheid vanuit een contradictoer perspectief’; Politoff & Koopmans 1991, ‘Schuld’, p. 182-191; Bartels 2003, ‘Jeugdstrafrecht’, p. 25-26. In de memorie van toelichting van de Wet herziening van het kinderstrafrecht en het kinderstrafproces-

→

Het feit dat een jeugdige niet beschikt over de kennis, ervaring of vaardigheden van een volwassene vormt een factor bij de beoordeling van schuld.¹⁸⁶ Het is moeilijk aan te geven wanneer deze leeftijdsgerelateerde factoren de subjectieve component aantasten. De in de maatschappij geldende norm, die de grondslag vormt van het schuldoordeel, kan op ontelbaar veel manieren geschonden worden. Het is goed mogelijk dat een jeugdige die beschikt over voldoende kennis en ervaring om zich aan de verkeersregels te houden, het vermogen ontbeert zich te conformeren aan andere secundaire normen. Of de subjectieve component wordt aangetast, hangt af van de aard van de geschonden norm en het ontwikkelingsniveau van de jeugdige.

2.4.5.6 Ouderdom

De afnemende lichamelijke en geestelijke vermogens van ouderen maken het soms moeilijk om te voldoen aan de eisen van de moderne maatschappij.¹⁸⁷ Deze ouderdomsgebreken zijn doorgaans minder ernstig dan de boven besproken lichamelijke en geestelijke aandoeningen. Of deze gebreken de subjectieve component van de schuld aantasten, hangt af van de omstandigheden van het geval.¹⁸⁸ Ouderen die beschikken over adequate geestelijke vermogens dienen tot op zekere hoogte rekening te houden met hun afnemende lichamelijke vermogens. Dat betekent uiteraard niet dat ze zich dienen terug te trekken uit het

recht wordt opgemerkt: “De huidige wet biedt geen aanknopingspunt voor de stelling, dat de algemene beginselen van het strafrecht, met name ook het beginsel van geen straf zonder schuld, niet ook op strafrechtelijk minderjarige verdachten van toepassing zouden zijn.” Zie Kamerstukken II 1955-1956, 4 141, nr. 3, p. 10.

¹⁸⁶ Vgl. Rapport Commissie Overwater 1951, p. 6; Erenius 1976, ‘Criminal negligence and individuality’, p. 188-192 en 223-225; Seidelson 1981, ‘Reasonable expectations and subjective standards in negligence law: the minor, the mentally impaired, and the mentally incompetent’; Van Sloun 1988, ‘De schuldvraag in het kinderstrafrecht. Een onderzoek naar schuld als strafrecht dogmatische voorwaarde voor strafbaarheid vanuit een contradictoir perspectief’, p. 191-216; Politoff & Koopmans 1991, ‘Schuld’, p. 184-187; Gee & Hodges 1999, ‘The liability of children. At what age is a child deemed to have the capacity required for negligence, contributory negligence, or comparative negligence?’ Van Sloun 1988, p. 193-198 stelt leeftijdsgerelateerde factoren aan de orde bij de normatieve component van de schuld. Het gedrag van de jeugdige wordt getoetst aan de maatstaf van ‘het normale kind’. Deze benadering leidt tot disculpatie van jeugdigen die over volwassen vermogens beschikken, tenzij de normatieve component in dat geval wordt gesubjectieerd. Ik geef er de voorkeur aan leeftijdsgerelateerde factoren aan de orde te laten komen bij de subjectieve component. Het gedrag van de jeugdige wordt getoetst aan de in de maatschappij geldende norm. Bij jeugdigen die beschikken over volwassen vermogens wordt de subjectieve component niet aangetast.

¹⁸⁷ Vgl. Road Transport Research 1985, ‘Traffic safety of elderly road users. Report prepared by an OECD scientific expert group in co-operation with WHO’, p. 60-117; Brouwer 1989, ‘Bejaarden in het verkeer’; Fopp 1969, ‘Die Straftaten des alten Menschen’, p. 75-79. Fopp 1969, p. 90-103 beschrijft een aantal rechtszaken waarbij de relatie tussen ouderdom en schuld aan de orde komt.

¹⁸⁸ Vgl. Erenius 1976, ‘Criminal negligence and individuality’, p. 188-192.

maatschappelijk verkeer. Ouderen die zich houden aan de voor hen geldende zorgvuldigheidseisen kan geen culpa in causa tegengeworpen worden.

2.4.5.7 *Gebrekkige ervaring of opleiding*

Het feit dat iemand beschikt over een gebrekkige ervaring of opleiding kan de subjectieve component van de schuld aantasten. In het onderstaande bespreek ik deze factor primair in verband met het medische aansprakelijkheidsrecht. Het medische beroep wordt uitgeoefend door personen met uiteenlopende ervaring en opleiding. Een arts die in opleiding is voor specialist bezit een behoorlijke mate van zelfstandigheid. Het is de vraag of een onervaren arts aansprakelijk is voor fouten die een ervaren arts niet gemaakt zou hebben.

Een arts die een kunstfout begaat, kan in aanraking komen met het privaatrecht (wanprestatie of onrechtmatige daad), het tuchtrecht of het strafrecht. Het is de vraag in hoeverre bij het vaststellen van aansprakelijkheid rekening gehouden wordt met onervarenheid van de behandelaar. Voor privaatrechtelijke aansprakelijkheid is vereist dat de arts tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen jegens de patiënt (wanprestatie) of dat de arts zijn patiënt op onzorgvuldige wijze heeft behandeld (onrechtmatige daad). Het gedrag van de arts wordt getoetst aan de maatstaf van ‘de redelijk bekwame geneesheer’.¹⁸⁹ Een onervaren arts die niet aan deze norm kan voldoen, wordt nochtans aansprakelijk gehouden. De tekortkoming of de onrechtmatige daad komt volgens in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de onervaren arts.¹⁹⁰

Het privaatrecht verschilt wezenlijk van het tuchtrecht en het strafrecht. Het privaatrecht heeft onder meer ten doel te komen tot een billijke verdeling van geleden schade. Het kan zich daarom voordoen dat een tekortkoming of onrechtmatige daad wordt toegerekend, hoewel geen sprake is van schuld. Het strafrecht en het tuchtrecht worden daarentegen beheerst door het schuldbeginsel.¹⁹¹ In het privaatrecht ligt de nadruk op de beoordeling van de handeling, terwijl in het tucht- en strafrecht de nadruk ligt op de beoordeling van de persoon.¹⁹² Het is daarom opvallend dat in de privaatrechtelijke literatuur meer

¹⁸⁹ Vgl. Sluyters 1984, ‘De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis’, p. 38-39 en Stolker 1996, ‘Nederlandse toestanden? Medische aansprakelijkheid en de Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst’. Art. 7:453 BW spreekt van “de zorg van een goed hulpverlener”.

¹⁹⁰ Vgl. Wijshoff-Vogelzang 1984, ‘Arts-patiënt. Enige juridische aspecten van hun relatie’, p. 103-111; Stolker 1988, ‘Aansprakelijkheid van de arts in het bijzonder voor mislukte sterilisaties’, p. 27-32; Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, ‘Beroepsfouten’, p. 38-40. Zie art. 6:75 BW (verbintenis) en art. 6:162 lid 3 BW (onrechtmatige daad).

¹⁹¹ Vgl. met betrekking tot het tuchtrecht: Taat 1948, ‘Beschouwingen over tuchtrecht’, p. 57-58; De Doelder 1981, ‘Terrein en beginselen van tuchtrecht’, p. 102-109; Beets 1989, ‘Aesculaap in de greep van Themis. De strafrechtelijke afwikkeling van medische kunstfouten en de invloed van het medische tuchtrecht’, p. 23-33.

¹⁹² Vgl. Sluyters 1974, ‘Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland’.

aandacht aan ervaring wordt besteed dan in de tucht- en strafrechtelijke literatuur. Een aantal privaatrechtelijk georiënteerde auteurs stellen dat gebrek aan ervaring dient te leiden tot subjectivering van de norm.¹⁹³ Het gedrag van de arts wordt dan getoetst aan de maatstaf van ‘een bekwaam geneesheer met vergelijkbare ervaring’.

In de straf- en tuchtrechtspraak komt het al dan niet beschikken over ervaring af en toe aan de orde. Het verweer dat niet voldaan is aan de subjectieve component van de schuld, kan gepareerd worden door te wijzen op de ervaring of de opleiding van de verdachte. In HR 19 februari 1963, NJ 1963, 512 (Verpleegsterarrest) werd het feit dat de omloopzuster als operatiezuster was opgeleid bij de verwerping van het verweer betrokken.¹⁹⁴ Een gebrek aan ervaring of opleiding kan daarentegen meebrengen dat niet voldaan is aan de subjectieve component. In Hof 's-Gravenhage 23 juni 1981, NJ 1981, 560 had een politieagent, met een in strijd met de ambtsinstructie afgevuurd waarschuwingsschot, iemand dodelijk getroffen. Bij de vrijspraak van art. 307 Sr sloeg het Hof acht op het gebrek aan ervaring met dergelijke situaties en het feit dat hij in zijn opleiding onvoldoende was geïnstrueerd met betrekking tot de ambtsinstructie.¹⁹⁵ In rechtbank Zwolle 29 januari 2004, VR 2004, 98 werd een zich naar een ongeval begevende politieagent vrijgesproken van dood door schuld. Hierbij werd acht geslagen op de gebrekkige ervaring en opleiding.

Gebrek aan ervaring disculpeert slechts in uitzonderlijke omstandigheden. Iemand die weet of moet weten dat hij beschikt over onvoldoende ervaring, kan culpa in causa tegengeworpen worden. Dat blijkt duidelijk uit de medische tuchtrechtspraak. MT 's-Gravenhage 22 november 1978, TGR 1979, 78 overwoog:

“Het College heeft voor een groot deel begrip voor de moeilijke situatie, waarin de arts werd geplaatst, te weten dat hij onvoorbereid en geheel zelfstandig een operatie moest verrichten, waarmee hij geen enkele ervaring had, terwijl een poging een der ervaren chirurgen te laten komen, mislukte. Het College is echter van oordeel, dat de arts ook zelf tekort is geschoten, nu hij als arts te allen tijde zelf verant-

¹⁹³ Zie Pallemarts 1956, ‘De beroepsverantwoordelijkheid van de geneesheer’; Marlet 1966, ‘Enige raakpunten tussen de medische praktijk en het leerstuk der aansprakelijkheid’; Taylor 1980, ‘Medical negligence’; Jackson & Powell 1982, ‘Professional negligence’, p. 10-13 en 207-214; Heylen 1988, ‘De aansprakelijkheid van de assistent in opleiding en zijn stagemester: noblesse oblige?’; Reuter 1994, ‘Professional liability in postgraduate medical education. Who is liable for resident negligence?’ Rechtbank Utrecht 30 november 2004, LJN AR6673 overwoog met betrekking tot art. 307 Sr dat de terechtstaande kindercardioloog moest voldoen aan de eisen die mogen worden gesteld aan personen die voor wat betreft onder meer opleiding en ervaring vergelijkbaar zijn.

¹⁹⁴ In HR 1 februari 2005, NJ 2006, 421 (SE Fireworks) werd het verweer dat de verdachte het gevaar niet had kunnen voorzien, gepareerd door te wijzen op de ervaring, opleiding en deskundigheid van de verdachte.

¹⁹⁵ Zie ook HMG 6 oktober 1978, NJ 1979, 1.

woordelijk blijft en hij onder de gegeven omstandigheden had dienen in te zien, dat zijn opleiding nog onvoldoende was om deze operatie te verrichten, zodat hij deze opdracht niet had behoren te aanvaarden, althans de operatie had behoren te beëindigen, toen bleek, dat deze zijn krachten te boven ging en had behoren te insisteren, dat eventueel na verloop van enige tijd, een der chirurgen alsnog zou komen.”

Deze uitspraak is representatief voor de medische tuchtrechtspraak.¹⁹⁶ Gebrek aan ervaring discolpeert in beginsel niet, maar wordt veelal in aanmerking genomen bij het opleggen van een sanctie. Het spreekt voor zich dat een onervaren arts die niet terug kan vallen op een ervaren arts geen culpa in causa tegenoverworpen kan worden.¹⁹⁷ Het verdient opmerking dat hulpverleners slechts hoogst zelden strafrechtelijk vervolgd worden. In hoeverre het al dan niet beschikken over ervaring een rol speelt bij vervolgingsbeslissingen is niet duidelijk.¹⁹⁸

2.4.5.8 *Besluit*

De secundaire norm die ten grondslag ligt aan het culpose delict – gij zult niet grovelijk onzorgvuldig handelen! – is afgestemd op de gemiddelde normadresaat. In deze paragraaf heb ik een aantal gevallen behandeld waarbij deze vooronderstelling niet opgaat. Diabetesaanvallen, epilepsieaanvallen, hartaanvallen, bewustzijnsdalingen, psychoses, zwakzinnigheid, blindheid, doofheid, lamheid, jeugdigheid, dementie, onervarenheid, onwetendheid, ongeschooldheid, etc. kunnen leiden tot aantasting van de subjectieve component. Aantasting van de subjectieve component houdt in dat de actor onvoldoende controle had met betrekking tot het al dan niet schenden van de norm. A contrario kan met enige voorzichtigheid worden geconcludeerd dat het ontbreken van dergelijke factoren betekent dat de actor voldoende controle had met betrekking tot het al dan niet schenden van de norm. De subjectieve component van schuld wordt alsdan gedefinieerd aan de hand van uitzonderingen op de regel.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Zie Gevers 1998, ‘De rechter en het medisch handelen’, p. 249-272. Zie bijv. Hof ’s-Hertogenbosch 18 juni 1980, TVG 1981, 1; HR 21 november 1980, NJ 1981, 142; MT Amsterdam 26 mei 1980, TVG 1982, 1.

¹⁹⁷ Zie bijv. MT Eindhoven 29 april 1991, TVG 1992, 24.

¹⁹⁸ Beets 1989, ‘Aesculaap in de greep van Themis. De strafrechtelijke afwikkeling van medische kunstfouten en de invloed van het medische tuchtrecht’, p. 111-114 bespreekt een kennisgeving van niet verdere vervolging ten aanzien van een apothekersassistente. De officier van justitie nam hierbij het geringe opleidingsniveau en het gebrek aan ervaring in aanmerking.

¹⁹⁹ Zie Hart 1949, ‘The ascription of responsibility and rights’.

2.4.6 Besluit en vooruitblik

De centrale vraagstelling van deze paragraaf betrof het verschil tussen archetype 2 (culpose aansprakelijkheid) en archetype 3 (causale aansprakelijkheid). Ik heb betoogd dat het verschil tussen beide archetypes scharniert om twee componenten. De normatieve component behelst dat de actor een in de maatschappij geldende norm heeft geschonden. De subjectieve component behelst dat de actor zijn gedrag had kunnen conformeren aan die norm. Dat betekent dat hij voldoende controle had met betrekking tot het al dan niet schenden van die norm. Om meer inzicht te krijgen in deze subjectieve component, heb ik gekozen voor twee complementaire benaderingen: een positieve en een negatieve benadering.

De conclusie van de positieve benadering laat zich als volgt samenvatten. Culpose aansprakelijkheid wordt gekenmerkt door het feit dat de vermijdbaarheid van het gevolg berust op de vermijdbaarheid van de aan het gevolg ten grondslag liggende normovertreding. Directe controle met betrekking tot de normovertreding vertaalt zich in indirecte controle met betrekking tot het gevolg. Bij doleuze schuld wordt aangeknoopt bij een of meer bewustheidsmomenten van de actor. De bewustheid rechtvaardigt in beginsel de gevolgtrekking dat de actor de overtreding én het daardoor veroorzaakte gevolg had kunnen voorkomen. Bij niet-doleuze schuld kan de schuld niet of niet volledig herleid worden tot een of meer bewustheidsmomenten. De belangrijkste grondslag van de niet-doleuze schuld wordt gevormd door latente kennis. Deze latente kennis kan onder omstandigheden het oordeel rechtvaardigen dat de actor de overtreding én het daardoor veroorzaakte gevolg had kunnen voorkomen.

Bij de negatieve benadering heb ik zes factoren besproken die kunnen leiden tot aantasting van de subjectieve component. (1) Acute lichamelijke of geestelijke aandoeningen. (2) Psychische stoornissen. (3) Chronische lichamelijke aandoeningen. (4) Jeugdigheid. (5) Ouderdom. (6) Gebrekkige ervaring of opleiding. Het ontbreken van dergelijke factoren rechtvaardigt de tentatieve conclusie dat voldaan is aan de subjectieve component. De subjectieve component van schuld komt in de rechtspraak zelden aan de orde. Dat wordt mogelijk verklaard door een verstandige invulling van het opportuniteitsbeginsel. Mensen die niet anders konden handelen, worden in de praktijk zelden vervolgd.

De normatieve en subjectieve component geven houvast bij het omlijnen van een gecompliceerd begrip. Het onderscheid tussen de twee componenten moet niet verabsoluteerd worden. De normatieve component is niet altijd geïjvaard van subjectieve aspecten. Het meer kennen of meer kunnen kan leiden tot subjectivering van de normatieve component. Bij de subjectieve component moet rekening gehouden worden met culpa in causa. Had de actor de normschending in een eerder stadium moeten en kunnen voorkomen?

Bij het delict dood door schuld staat alleen het bestanddeel schuld in de weg aan de rechterlijke strafbevoegdheid. Zodra de rechter schuld aanneemt, is hij

bevoegd de hoge op het misdrijf gestelde straffen op te leggen. Er bestaat een nauw verband tussen de beginselen die het opleggen van straf rechtvaardigen en de interpretatie van schuld. Er mag pas schuld aangenomen worden als het opleggen van straf gerechtvaardigd is. Dat roept de vraag op hoe het opleggen van straf moet worden gerechtvaardigd. In hoofdstuk 3 bespreek ik drie straftheorieën: het utilitarisme, het retributivisme en een Rawlsiaanse straftheorie. Deze theorieën kunnen als referentiekader dienen bij de interpretatie van schuld. In paragraaf 3.6 besteed ik opnieuw aandacht aan de interpretatie van de normatieve en subjectieve component van schuld. Ik betoog dat de tot uitgangspunt genomen straftheorieën nopen tot een restrictieve interpretatie van deze componenten.

2.5 AVAS

2.5.1 Inleiding

De wetgever van 1886 was van mening dat opzet het normale vereiste van misdrijven is.²⁰⁰ Slechts bij hoge uitzondering was er ruimte voor culpose misdrijven. Aangezien culpose misdrijven geen uiting waren van zedelijke verdorvenheid, was in dat geval slechts een betrekkelijk lichte straf op zijn plaats.²⁰¹ Opzet of schuld behoorde volgens de memorie van toelichting tot het wezen van een misdrijf.²⁰² Dat bracht mee dat bij misdrijven altijd het bewijs van opzet of schuld geleverd moest worden. Bij overtredingen hoefde de rechter geen onderzoek in te stellen naar de aanwezigheid van opzet of schuld. Had de verdachte een verbodsbepaling overtreden, dan *moest* een veroordeling volgen, tenzij de verdachte zich kon beroepen op een in het eerste boek opgenomen strafuitsluitingsgrond.

Uit de memorie van toelichting lijkt te volgen dat opzet of schuld niet tot het wezen van een overtreding behoren. Iemand die de delictsomschrijving van een overtreding vervult zonder dat hij opzet of schuld heeft, is in beginsel strafbaar. Dat is alleen anders als zich een wettelijke strafuitsluitingsgrond voordoet. Een veroordeling van iemand die opzet noch schuld heeft, is dan dus in overeenstemming met het materiële recht. De notulen van de Staatscommissie De Wal werpen echter een ander licht op de zaak. Tijdens de beraadslagingen van de Staatscommissie stelde Modderman dat de memorie van toelichting ten onrechte vermeldt dat bij overtredingen *dolus* noch *culpa* vereist wordt.²⁰³ *Dolus* of *culpa* moet wel degelijk aanwezig zijn, maar welk van beide doet er niet toe. De aanwezigheid van opzet of schuld wordt voorondersteld, zodat het be-

²⁰⁰ Smidt I, p. 73-78.

²⁰¹ Smidt I, p. 298-300.

²⁰² Smidt III, p. 175.

²⁰³ Notulen Staatscommissie IV, p. 262-263.

wijs dat geen van beide aanwezig is op de verdachte rust. In een eerdere vergadering van de Staatscommissie was een meerderheid van de commissie van mening dat overtreding van een wettelijk voorschrift zonder culpa niet mogelijk is.²⁰⁴ Men besloot toen echter dat dit niet in de wet vermeld hoefde te worden. Hoogleraar strafrecht Pols, een van de leden van de Staatscommissie, stelt later in een artikel dat hetzij opzet, hetzij schuld een vereiste voor de strafbaarheid van overtredingen vormt.²⁰⁵ De rechter hoeft echter niet speciaal te onderzoeken door welk van beide het verbod is overtreden.

Toen het nieuwe Wetboek van Strafrecht in 1886 in werking trad, was niet direct duidelijk wat men met overtredingen aan moest vangen. De rechterlijke macht was gewend aan de vernederlandste Code Pénal en het viel niet altijd gemakkelijk hier afstand van te doen. Naar verluidt spraken sommige rechters zelfs nog recht volgens de Code Pénal.²⁰⁶ Vervolgens lieten ze het vonnis ‘vertalen’ in de terminologie van het nieuwe wetboek. Het heeft er alle schijn van dat in de lagere rechtspraak uitgegaan werd van de leer van het materiële feit, zoals die gold ten tijde van de Code Pénal.²⁰⁷ In de literatuur bestond verdeeldheid over de vraag of de leer van het materiële feit moest worden toegepast. Aan deze verwarrende periode kwam een eind met het baanbrekende Melk en waterarrest.²⁰⁸ Het arrest kan beschouwd worden als de geboorte van de ongeschreven schuldsluitingsgrond ‘afwezigheid van alle schuld’. De Hoge Raad overwoog:

“(...) dat toch niets, bepaaldelijk niet de geschiedenis van het Wetb. van Strafr., er toe dwingt om aan te nemen, dat bij het niet-vermelden van schuld als element in de omschrijving van een strafbaar feit, in het bijzonder van een overtreding, onze wetgever het stelsel huldigt, dat bij gebleken afwezigheid van alle schuld niettemin strafbaarheid zou moeten worden aangenomen, tenzij er een grond tot uitsluiting daarvan in de wet mocht zijn aangewezen;

dat om deze tegen het rechtsgevoel en het – ook in ons strafrecht gehuldigde – beginsel ‘geen straf zonder schuld’ indruischende leer te aanvaarden, de noodzakelijkheid daarvan uitdrukkelijk uit de omschrijving van het strafbare feit zou moeten volgen, hetgeen ten deze niet het geval is (...).”

In HR 25 februari 1929, NJ 1929, p. 1500 overwoog de Hoge Raad dat niets, bepaaldelijk niet de geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, ertoe dwingt aan te nemen dat de wetgever bij overtredingen de leer van het materiële feit

²⁰⁴ Notulen Staatscommissie I, p. 336-338.

²⁰⁵ Pols 1886, ‘De verdeeling der strafbare handelingen in misdrijven en overtredingen’. Zo ook Noyon 1896, ‘Het Wetboek van Strafrecht verklaard door mr. T.J. Noyon. Eerste deel. Inleiding. Boek I’, p. 30-32.

²⁰⁶ Vgl. Bosch 1965, ‘Het ontstaan van het wetboek van strafrecht’, p. 52.

²⁰⁷ Vgl. Vrij 1956, ‘Ontwikkeling van het schuldconcept in een halve eeuw Strafwetboek’.

²⁰⁸ HR 14 februari 1916, NJ 1916, p. 681.

huldigde. Boven bleek dat de notulen van de Staatscommissie zelfs nopen tot de verdergaande conclusie dat de ontwerpers van het wetboek de leer van het materiële feit verwierpen. De vraag of de leer van het materiële feit al dan niet aan het wetboek ten grondslag lag – de meeste schrijvers gaan hier van uit – is na deze twee arresten slechts van academisch belang. De Hoge Raad stelt duidelijk dat de leer van het materiële feit niet past binnen het Nederlandse strafrecht.²⁰⁹ Een veroordeling van iemand die geen schuld heeft, is niet in overeenstemming met het materiële recht.

Avas kan – zoals Vellinga het mooi uitdrukt – beschouwd worden als schuld in spiegelbeeld.²¹⁰ Schuld is iets positiefs: iemand heeft schuld. Avas is iets negatiefs: iemand heeft geen schuld. Het ligt voor de hand bij het omlijnen van avas aan te sluiten bij de schuld. Schuld kan opgesplitst worden in een normatieve component en een subjectieve component. Als een van beide ontbreekt, dan is geen sprake van schuld. Avas – het niet-aanwezig zijn van schuld – kan zich in twee gevallen voordoen. (1) De actor heeft zich gedragen zoals het betaamt (normatieve avas). (2) De actor heeft zijn gedrag niet kunnen conformeren aan de norm (subjectieve avas). Dat betekent dat hij onvoldoende controle had met betrekking tot het al dan niet schenden van die norm.

In het onderstaande begin ik met een bespreking van avas ten aanzien van de bestanddelen van de delictsomschrijving. Vervolgens wijd ik twee paragrafen aan avas met betrekking tot de wederrechtelijkheid. Als eerste bespreek ik de rechtsdwalings. Vervolgens bespreek ik de putatieve rechtvaardiging. Ik sluit af met een samenvatting.

2.5.2 Avas met betrekking tot de bestanddelen van de delictsomschrijving

Avas ten aanzien van de bestanddelen van de delictsomschrijving vervult een subsidiaire rol. Avas komt alleen in aanmerking voor zover geen geschreven schulduitsluitingsgrond van toepassing is.²¹¹ Of ruimte is voor een beroep op avas, hangt bovendien af van de delictsomschrijving in kwestie. Een beroep op avas is niet mogelijk ten aanzien van bestanddelen die beheerst worden door schuld. Als de delictsomschrijving primair betrekking heeft op een (opzettelijke) gedraging, dan is er in de praktijk nauwelijks ruimte voor een beroep op avas. Dat geldt voor doleuze misdrijven, maar ook voor overtredingen als het plegen van baldadigheid (art. 424 Sr), aanhitsen van een dier (art. 425 Sr) of hinderlijk volgen (art. 426bis Sr). Delictsomschrijvingen die betrekking hebben

²⁰⁹ Het verdient opmerking dat de Hoge Raad in de twee genoemde arresten nog stelt dat de wetgever hiervan in de delictsomschrijving zou kunnen afwijken. Zie paragraaf 3.5.

²¹⁰ Vellinga 1982, 'Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld'.

²¹¹ Vgl. Mulder 1974, 'Geen straf zonder schuld' en Vellinga 1982, 'Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld', p. 153-156.

op omstandigheden of gevolgen laten de meeste ruimte voor een beroep op avas. Daarbij kan gedacht worden aan het verkopen van vervuilde etenswaren of het veroorzaken van gevaar op de weg.

Ik bespreek twee vormen van avas met betrekking tot de bestanddelen. (1) De actor heeft voldoende zorgvuldigheid betracht ten aanzien van de in de delictomschrijving neergelegde norm (normatieve avas). (2) De actor heeft zijn gedrag niet kunnen conformeren aan de in de delictomschrijving neergelegde norm (subjectieve avas).

Normatieve avas. De stelling dat sprake is van normatieve avas als de actor voldoende zorgvuldigheid heeft betracht ten aanzien van de in de delictomschrijving neergelegde norm, is hopeloos vaag. Dat komt omdat er oneindig veel potentieel disculperende gedragingen en omstandigheden bestaan. Bij het toetsen van de zorgvuldigheid kan gebruikgemaakt worden van een fictieve criteriumfiguur. Het gedrag van de actor wordt dan vergeleken met het gedrag van een criteriumfiguur die zich gedraagt zoals het hoort.²¹² Hieronder beperk ik mij tot het signaleren van een aantal factoren die een rol kunnen spelen bij de normatieve avas.

Bij het invullen van de normatieve component van dood door schuld wordt vaak teruggegrepen op door de wetgever of andere instanties opgestelde gedragsregels. Hetzelfde kan zich voordoen bij de normatieve avas. Een actor die zich aan regels houdt die zijn opgesteld om schending van de toepasselijke delictomschrijving te voorkomen, handelt in beginsel voldoende zorgvuldig.²¹³ In veel gevallen zijn geen geschreven gedragsregels voorhanden. De actor heeft dan weinig houvast bij het inrichten van zijn gedrag. De rechter heeft op zijn beurt weinig houvast bij het toetsen van dat gedrag.

Bij het toetsen van de zorgvuldigheid dient acht geslagen te worden op de omstandigheden van het geval. Exceptionele omstandigheden kunnen soms het oordeel rechtvaardigen dat het schenden van de delictomschrijving niet te wijten is aan onzorgvuldigheid van de actor. In het verkeersrecht wordt regelmatig een beroep gedaan op dergelijke exceptionele omstandigheden. Het schenden van een verkeersnorm kan primair te wijten zijn aan de onoverzichtelijkheid van de situatie, de conditie van het wegdek, mechanische defecten of gedragingen van derden.²¹⁴ Het gaat dan om omstandigheden die het vrijwel

²¹² Soms is daadwerkelijk een rolmodel voorhanden. In HR 27 februari 1962, NJ 1962, 319 werd met betrekking tot het onderhoud van een auto aangesloten bij hetgeen gebruikelijk is bij organisaties die zich in het bijzonder bezighouden met de controle en keuring van auto's (ANWB).

²¹³ In HR 18 mei 1993, NJ 1993, 782 overwoog de Hoge Raad dat ook een ingetrokken wet in aanmerking kan komen bij de beoordeling van een beroep op avas.

²¹⁴ Zie bijv. kantongerecht 's-Gravenhage 25 september 1953, VR 1955, 100 (onvoorzienbare inhaalmanoeuvre); rechtbank Groningen 28 november 1957, VR 1959, 21 (avas juridische bestuurder); HR 23 juni 1964, NJ 1965, 129 (gladde weg door sneeuw); HR 25 oktober 1966, NJ 1967, 336 (onverwachte file); HR 18 april 1967, NJ 1968, 48 (plotseling

iedereen moeilijk zouden maken de normschending te voorkomen. Het laat zich overigens goed denken dat dergelijke omstandigheden op bestanddeelniveau of bij overmacht aan de orde komen.

Normatieve avas gaat doorgaans gepaard met dwaling.²¹⁵ De actor die zich bewust is van het risico op normschending, bevindt zich immers in een ideale positie de normschending te voorkomen. Uit het feit dat hij de normschending *kan* voorkomen, volgt in de regel dat hij de normschending *moet* voorkomen.²¹⁶ Dit is echter geen wet van Meden en Perzen. In het arrest Aflatoxine in pinda's bood zelfs de hoogste zorgvuldigheid geen garantie dat het aflatoxinegehalte onder de wettelijke grens bleef.²¹⁷ De economische politierechter stelde vast dat de verdachte bewust het risico de wet te schenden genomen had. Het in acht nemen van de maximale zorgvuldigheid leidde niet tot avas. De Hoge Raad casseerde. De vaststelling dat de verdachte de maximale zorg had betracht, had moeten leiden tot avas. Het belang van het arrest is gelegen in het feit dat het bewust nemen van het risico de wet te schenden niet in de weg hoeft te staan aan normatieve avas.²¹⁸ Een pindahandelaar die zorgvuldig handelt, mag het risico nemen dat hij niet voldoet aan de Warenwet. Er is sprake van een geoorloofd risico.

Subjectieve avas. Subjectieve avas doet zich voor als de actor zijn gedrag niet heeft kunnen conformeren aan de in de delictsomschrijving neergelegde norm.

stoppende voorligger); rechtbank Dordrecht 19 januari 1968, VR 1968, 42 (vrachtauto mocht voorrangsweg oprijden bij vrij zicht); HR 11 februari 1969, NJ 1970, 43 (defecte frictieplaat); HR 8 oktober 1974, NJ 1974, 525 (derde rijdt door rood: vertrouwensbegin-sel); kantongerecht Groningen 27 september 1976, VR 1976, 90 (verwarrende weginrichting); Hof Arnhem 11 februari 2003, parketnummer 21-000794-01 (onvoldoende zicht door dode hoek); Hof Arnhem 16 februari 2007, LJN AZ8955 (onvoldoende zicht door dode hoek); rechtbank Middelburg 21 februari 2007, VR 2007, 99 (vrachtwagenchauffeur voldeed aan zorgvuldigheidseisen).

²¹⁵ Zie bijv. HR 4 april 1950, NJ 1950, 667; HR 13 februari 1962, NJ 1962, 430; HR 19 juni 1973, NJ 1973, 375; rechtbank Arnhem 24 april 1997, NJ 1997, 492; HR 24 november 1998, NJ 2000, 54; rechtbank Breda 24 mei 2006, LJN AX4435; Hof 's-Hertogenbosch 6 maart 2007, LJN BA2773.

²¹⁶ Zie bijv. rechtbank Assen 1 april 2003, LJN AF6620 (doelbewust negeren voorschrift). In zijn conclusie bij HR 17 april 1984, NJ 1984, 711 wijst A-G R Emmelink op het adagium 'In dubio abstine'.

²¹⁷ HR 2 februari 1993, NJ 1993, 476.

²¹⁸ Vgl. Kessler 1998, 'Afwezigheid van alle schuld in de economische rechtspraak'. Ik acht een bewezenverklaring wegens *opzettelijke* schending van een economische verbodsbepaling op zich niet onverenigbaar met een ontslag van rechtsvervolging wegens normatieve avas. Als een relatief kleine kansgrootte volstaat voor de 'aanmerkelijke kans' van het voorwaardelijk opzet, dan is het denkbaar dat het bewust nemen van deze kans onder omstandigheden als een geoorloofd risico te beschouwen is. Zie paragraaf 4.5.4.3.d en 4.5.4.3.e over 'aanmerkelijke kans'. Vellinga 1982, 'Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld', p. 129-136 bespreekt een aantal andersoortige combinaties van opzet en avas.

De bij de subjectieve component van schuld genoemde factoren komen in beginsel eveneens in aanmerking bij subjectieve avas.²¹⁹ (1) Acute lichamelijke of geestelijke aandoeningen. (2) Psychische stoornissen. (3) Chronische lichamelijke aandoeningen. (4) Jeugdigheid. (5) Ouderdom. (6) Gebrekkige ervaring of opleiding. Daarbij dient bedacht te worden dat de subjectieve avas een subsidiaire rol vervult. Acute lichamelijke of geestelijke aandoeningen komen mogelijk op bestanddeelniveau of bij overmacht aan de orde. Psychische stoornissen zullen in de regel leiden tot ontoerekeningsvatbaarheid. In de gepubliceerde rechtspraak speelt subjectieve avas alleen een rol van betekenis bij verkeersdelicten.²²⁰ Personen die tijdens het rijden getroffen worden door een hartaanval of epileptische aanval kunnen zich niet meer conformeren aan de verkeersvoorschriften. Dit gebrek aan controle zal – behoudens culpa in causa – leiden tot subjectieve avas.

2.5.3 Avas met betrekking tot de wederrechtelijkheid I: rechtsdwaling

De stelling dat wetsovertreders controle hebben met betrekking tot het al dan niet plegen van het strafbare feit, berust grotendeels op de onuitgesproken vooronderstelling dat de actor weet dat de gedraging strafbaar is. Wie bekend is met de strekking van de strafwet, kan zijn leven zo inrichten dat hij buiten het bereik van het strafrecht valt. Personen die niet weten dat een bepaalde gedraging strafbaar is, verkeren in een minder goede positie deze gedraging te voorkomen.

Een feit is pas strafbaar als het is neergelegd in een gepubliceerde wettelijke strafbepaling.²²¹ Tegen deze achtergrond zou men als uitgangspunt kunnen hanteren dat burgers de plicht hebben kennis te nemen van wetten.²²² Doen ze dat niet, dan kunnen ze er niet over klagen dat ze gestraft worden als ze de wet overtreden. Deze benadering sluit aan bij het leerstuk culpa in causa.²²³ Het feit dat de actor de normschending tempore delicti moeilijk had kunnen voorkomen, discolpeert niet aangezien hij de voor normconform gedrag benodigde kennis in een eerder stadium had moeten en kunnen verwerven. De actor had

²¹⁹ Zie paragraaf 2.4.5.

²²⁰ Zie bijv. HR 24 november 1964, VR 1965, 6 (diabetes); rechtbank Alkmaar 23 januari 1973, VR 1974, 87 (epilepsie); rechtbank Alkmaar 18 juni 1974, VR 1974, 101 (versufing door Nobrium); HR 30 maart 1976, VR 1976, 86 (overspannenheid leidt tot ontoerekeningsvatbaarheid); HR 9 juni 1981, DD 81.359 (epilepsie leidt tot ontoerekeningsvatbaarheid); rechtbank Utrecht 6 april 1982, VR 1983, 51 (afwezigheid door klap op slaap); Hof Arnhem 23 januari 2004, LJN AO3341 (cerebrale doorbloedingsstoornis); rechtbank Zwolle 29 januari 2004, VR 2004, 98 (gebrekkige ervaring en opleiding).

²²¹ Zie art. 16 GW, 88 GW en 1 lid 1 Sr.

²²² Zie Vrij 1956, 'Ontwikkeling van het schuldbegrip in een halve eeuw Strafwetboek'; Strijards 1987, 'Strafuitsluitingsgronden', p. 104-105; Ashworth 2003, 'Principles of criminal law', p. 238-241. Ik geef de voorkeur aan het minder paternalistische uitgangspunt dat burgers de *mogelijkheid* geboden moet zijn kennis te nemen van wetten.

²²³ Zie paragraaf 2.3.5 en 2.4.5.1.

indirecte controle met betrekking tot het al dan niet schenden van de wet. Hieronder bespreek ik twee gevallen waarbij een beroep op rechtsdwaling mogelijk is. (1) De actor hoefde niet te weten dat zijn gedrag strafbaar was (normatieve rechtsdwaling). (2) De actor beschikte niet over het vermogen de voor normconform gedrag benodigde kennis te verwerven (subjectieve rechtsdwaling).

Normatieve rechtsdwaling. Bij het beoordelen van een beroep op rechtsdwaling kunnen de volgende twee uitgangspunten in aanmerking worden genomen. Het eerste uitgangspunt is dat een beroep op rechtsdwaling – ceteris paribus – minder kans van slagen heeft bij rechtsdelicten dan bij wetsdelicten.²²⁴ Plegers van rechtsdelicten zullen over het algemeen wel weten dat ze pijn, letsel of schade toebrengen. In dat geval geeft het geen pas een beroep op normatieve rechtsdwaling te honoreren.²²⁵ Het tweede uitgangspunt is dat personen over het algemeen alleen voor disculpatie in aanmerking komen als ze zich moeite hebben getroost de strekking van de wet te doorgronden. Daaruit volgt dat het enkele niet-kennen van de wet in beginsel niet disculpeert.²²⁶ Er moet sprake zijn van een verontschuldgbare foutieve interpretatie van de wet.

Het verstrekkende uitgangspunt dat burgers de plicht hebben de wet te kennen, verliest aan kleur als de overheid haar plicht verzaakt. Het legaliteitsbeginsel kan daarbij als ijkpunt dienen. Uit het legaliteitsbeginsel wordt wel afgeleid dat de overheid de plicht heeft duidelijke wetten af te kondigen: het *lex certa*-beginsel.²²⁷ Beccaria wees er terecht op dat onduidelijkheid van de wet een kwaad is, omdat het burgers belet zelf te oordelen of hun daden bestraft kunnen worden.²²⁸ Wat daar ook van zij, in de praktijk worden strafbepalingen

²²⁴ Vgl. Husak & Von Hirsch 1993, 'Culpability and mistake of law'; Travers 1995, 'Mistake of law in mala prohibita crimes'; Kahan 1997, 'Ignorance of law is an excuse – but only for the virtuous'.

²²⁵ In 1991 schrapte de wetgever het bestanddeel 'buiten echt' in de verkrachtingsbepaling. Het laat zich slecht denken dat legitieme dwaling met betrekking tot de wetswijziging tot avas had kunnen leiden. Vgl. Husak & Von Hirsch 1993, 'Culpability and mistake of law'. Husak & Von Hirsch 1993, p. 168-169 formuleren twee noodzakelijke criteria. (1) "Was the defendant's ignorance of the legal rule reasonable in the circumstances?" (2) "Was the defendant aware he was doing or risking injury? If not, did his lack of awareness show a defective moral understanding?" De legitiem dwalende verkrachter voldoet niet aan het tweede criterium.

²²⁶ Rechtbank Amsterdam 3 december 1962, NJ 1963, 477 vormt een uitzondering. De rechtbank nam avas aan, omdat de toepasselijke beschikking (d.d. 11 december 1961) ten tijde van de overtreding (d.d. 15 december 1961) nog niet gepubliceerd was in het vakblad van de vervoerder.

²²⁷ Zie bijv. Groenhuijsen & Kristen 2001, 'Het Bestimmtheitsgebot bepaald' en Robinson 2005, 'Fair notice and fair adjudication: two kinds of legality'.

²²⁸ Beccaria 1971, 'Over misdaden en straffen', p. 319-321. Beccaria 1971, p. 471 stelt: "Wilt u de misdadigheid voorkomen? Draag er dan zorg voor, dat de wetten duidelijk en eenvoudig zijn (...)."

zelden onverbindend verklaard wegens strijd met het lex certa-beginsel.²²⁹ Dat neemt niet weg dat de ratio van het lex certa-beginsel – burgers moeten kunnen weten wat strafbaar is – tevens ten grondslag gelegd kan worden aan de normatieve rechtsdwaling.²³⁰ Als de overheid de burger op het verkeerde been zet door onduidelijke wetgeving, dan kan de burger geen verwijt gemaakt worden. Onduidelijke wetgeving is echter niet de enige potentiële bron van verwarring. Een beroep op normatieve rechtsdwaling heeft eveneens kans van slagen als de actor zich heeft laten leiden door onjuiste rechterlijke uitspraken, onjuiste overheidsvoorlichting of het gedoogd zijn van wederrechtelijk gedrag.²³¹ In deze gevallen is een beroep op rechtsdwaling gelegitimeerd, omdat de foutieve interpretatie van de wet aan de overheid kan worden toegerekend.²³² Het uitgangs-

²²⁹ Vgl. Mulder 1987, ‘Vage normen. Beschouwingen over het ‘Lex Certa’ beginsel’. Rechtbank Breda 1 oktober 1985, NJ 1986, 114 vormt een uitzondering. De rechtbank verklaarde een bepaling onverbindend, omdat de betrokkenen uit deze bepaling niet met voldoende duidelijkheid hun verplichtingen konden leren kennen.

²³⁰ Het legaliteitsbeginsel en het schuldgebingsel vissen dus in dezelfde vijver. Groenhuijsen 1987, ‘Straf en wet. Beschouwingen over de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het hedendaagse strafrecht, tegen de achtergrond van actuele legitimatieproblemen’, p. 25-31 wijst erop dat het schuldgezichtspunt een grondslag voor (maar tevens een beperking van) het legaliteitsbeginsel indiceert.

²³¹ Zie HR 22 november 1949, NJ 1950, 180 (mededeling opperwachtmeester); Hof Leeuwarden 17 mei 1956, NJ 1956, 579 (advies rechter buiten zitting); HR 13 december 1960, NJ 1961, 416 (advies S.E.R.); HR 24 oktober 1961, NJ 1962, 37 (gedogen politiecommissaris); Hof 's-Gravenhage 9 mei 1969, VR 1969, 63 (eerdere vrijspraak en goedkeuring RDW); rechtbank Maastricht 9 november 1969, NJ 1971, 166 (gedogen Arbeidsinspectie); HR 6 november 1973, NJ 1974, 135 (inrichtingsgebrek geaccepteerd door RDW); HR 18 november 1975, NJ 1976, 123 (advies ambtenaar Dienst Openbare Werken); HR 16 februari 1982, NJ 1982, 535 (advies douaneambtenaar); HR 12 april 1983, NJ 1983, 514 (cursus PTT); HR 14 april 1987, NJ 1988, 60 (advies hoofdagent); HR 6 december 1988, NJ 1989, 442 (advies hoofdagent); HR 19 oktober 1993, NJ 1994, 216 (mededeling namens minister van Justitie); HR 23 mei 1995, NJ 1995, 631 (voorlichtingsfolder Ministerie van Justitie); HR 11 oktober 1994, DD 95.044 (eerdere vrijspraak); HR 18 maart 2003, NJ 2004, 491 (eerdere ongemotiveerde vrijspraak is onvoldoende); Hof Arnhem 1 maart 2004, LJN AO4645 (advies diverse instanties). Art. 2.04 lid 3 van de Amerikaanse Model Penal Code luidt: “A belief that conduct does not legally constitute an offense is a defense to a prosecution for that offense based upon such conduct when: (...) he acts in reasonable reliance upon an official statement of the law, afterward determined to be invalid or erroneous, contained in (i) a statute or other enactment; (ii) a judicial decision, opinion or judgment; (iii) an administrative order or grant of permission; or (iv) an official interpretation of the public officer or body charged by law with responsibility for the interpretation, administration or enforcement of the law defining the offense.”

²³² Vgl. Ashworth 1974, ‘Excusable mistake of law’; Grace 1986, ‘Ignorance of the law as an excuse’; Husak & Von Hirsch 1993, ‘Culpability and mistake of law’; Armacost 1998, ‘Qualified immunity: ignorance excused’; Amirthalingam 2002, ‘Ignorance of law, criminal culpability and moral innocence: striking a balance between blame and excuse’; Gur-Arye 2002, ‘Reliance on a lawyer’s mistaken advice – should it be an excuse from criminal liability?’ Husak 1994, ‘Ignorance of law and duties of citizenship’ betoogt dat de plicht van de overheid verder gaat dan het publiceren van wetten en het niet-verstrekken van

→

punt dat een actor de plicht heeft de wet te kennen, wordt onhoudbaar als de overheid nakoming van deze plicht impedeert.

Het is de vraag of ook sprake kan zijn van normatieve rechtsdwaling als de foutieve interpretatie niet primair aan de overheid kan worden toegerekend. In HR 13 januari 1987, NJ 1987, 863 overwoog de Hoge Raad dat de omstandigheid dat het niet gaat om het advies van een functionaris die op het onderhavige terrein met een overheidstaak is belast, op zichzelf niet de gevolgtrekking wettigt dat een beroep op rechtsdwaling moet worden verworpen.²³³ De Hoge Raad acht van belang of iemand zich heeft laten leiden door een advies van een persoon of instantie aan wie of waaraan zodanig gezag valt toe te kennen dat hij in redelijkheid op de deugdelijkheid daarvan mocht vertrouwen.²³⁴ Het spreekt voor zich dat een advies van een persoon of instantie die niet aan de overheid is gelieerd, met enig wantrouwen moet worden bejegend.²³⁵ Een advies van een advocaat, belastingadviseur of rechtswetenschapper kan onder omstandigheden echter het oordeel rechtvaardigen dat de actor niet hoefde te weten dat zijn gedrag strafbaar was.²³⁶

Subjectieve rechtsdwaling. Normaal ontwikkelde volwassenen beschikken over het vermogen de voor normconform gedrag benodigde kennis te verwerven. Bij zwakzinnigen, jeugdigen of demente ouderen gaat deze vooronderstelling niet zonder meer op.²³⁷ Zwakzinnigen zullen zich in de regel op ontoerekeningsvatbaarheid kunnen beroepen. Kinderen die de leeftijd van twaalf jaar nog niet

misleidende informatie. Husak 1994, p. 115 stelt: “Deciding how much blame persons deserve for being ignorant of law without evaluating the quality of the state’s effort to inform persons of their obligations is like deciding how much blame persons deserve for being illiterate without evaluating the quality of the state’s schools. Good citizens make an effort to learn the law of the state. But duties inhere in both directions. Good states make an effort to teach citizens the law.”

²³³ In casu ging het onder meer om het advies van een rechtsgeleerd raadsman. Zie ook rechtbank Groningen 18 september 1975, NJ 1976, 96 (assurateur en polis) en rechtbank Dordrecht 6 februari 1976, NJ 1976, 458 (assurantietussenpersoon).

²³⁴ Zie bijv. HR 18 maart 2003, NJ 2004, 491; HR 4 april 2006, NJ 2007, 144; HR 26 februari 2008, LJN BC0813.

²³⁵ Zie bijv. HR 4 mei 1982, NJ 1982, 652 (mededeling verkoper babyfoon); HR 24 juni 1986, NJ 1987, 157 (advies registeraccountant en advocaat); HR 9 oktober 1990, NJ 1991, 131 (advies superieuren).

²³⁶ Vgl. Ashworth 1974, ‘Excusable mistake of law’; Vellinga 1982, ‘Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld’, p. 191-200; Robinson 1984, ‘Criminal law defenses. Volume 2’, p. 378-379 en 389; Strijards 1983, ‘Facetten van dwaling in het strafrecht’, p. 57-59; Amirthalingam 2002, ‘Ignorance of law, criminal culpability and moral innocence: striking a balance between blame and excuse’. A-G Leijten stelt in zijn conclusie bij HR 13 januari 1987, NJ 1987, 863: “Kan de befaamde octrooigemachtigde, konden de beroemde juristen P. Scholten en E.M.M. Meijers (ook als ze geen ambtenaren waren geweest) op hun terrein niet een juridisch advies geven dat, indien opgevolgd, tot straffeloosheid zou leiden wegens verontschuldigbare rechtsdwaling?”

²³⁷ Zie paragraaf 2.4.5.3.

hebben bereikt, kunnen niet strafrechtelijk worden vervolgd. Buiten deze gevallen staat alleen een beroep op avas open. Personen die beschikken over een gebrekkige ervaring of opleiding kunnen zich onder omstandigheden eveneens op subjectieve rechtsdwaling beroepen.²³⁸

2.5.4 Avas met betrekking tot de wederrechtelijkheid II: putatieve rechtvaardiging

Putatieve rechtvaardiging wordt gekenmerkt door het feit dat de actor denkt dat zijn gedrag gerechtvaardigd is, hoewel geen sprake is van een rechtvaardigingsgrond. Deze geestesgesteldheid – het denken dat iets mag – kan op twee manieren tot stand komen.²³⁹ (1) De handelwijze is gegrond in een verkeerde taxatie van de feiten (feitelijke dwaling). (2) De handelwijze is gegrond in een verkeerde taxatie van de strekking van de toepasselijke rechtvaardigingsgrond (rechtsdwaling). Ik beperk mij hier tot de bespreking van de feitelijke dwaling.²⁴⁰

De schulduitsluitingsgrond putatieve rechtvaardiging berust op de rechtvaardigingsgronden: elke rechtvaardigingsgrond heeft een bijbehorende schulduitsluitingsgrond. De in art. 43 lid 2 Sr opgenomen schulduitsluitingsgrond is eveneens een putatieve rechtvaardigingsgrond.²⁴¹ Een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel heft de strafbaarheid op als het door de ondergeschikte te goeder trouw als bevoegd gegeven werd beschouwd en de nakoming binnen de kring van zijn ondergeschiktheid was gelegen. Putatieve rechtvaardiging kan in twee gevallen tot disculpatie leiden. (1) De actor mocht denken dat zijn gedrag gerechtvaardigd was (normatieve putatieve rechtvaardiging). (2) De actor beschikte niet over het vermogen de situatie juist te taxeren (subjectieve putatieve rechtvaardiging). Ik laat de bespreking van de subjectieve putatieve rechtvaardiging hier achterwege.²⁴²

In paragraaf 2.2.4 bleek dat de normatieve putatieve rechtvaardiging de doctrine voor problemen stelt. Ik besprak daar een voorbeeld waarbij iemand op legitieme gronden dacht dat het in brand steken van een graanveld groter

²³⁸ Zie HMG 6 oktober 1978, NJ 1979, 1 en Hof 's-Gravenhage 23 juni 1981, NJ 1981, 560. In deze arresten gaat het overigens om dwaling met betrekking tot de wederrechtelijkheid van de gedraging (subjectieve putatieve rechtvaardiging).

²³⁹ Vgl. Vellinga 1982, 'Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld', p. 162-167 en Robinson 1984, 'Criminal law defenses. Volume 2', p. 408-420.

²⁴⁰ Zie voor verontschuldgbare dwaling met betrekking tot de strekking van een rechtvaardigingsgrond: HMG 6 oktober 1978, NJ 1979, 1 en Hof 's-Gravenhage 23 juni 1981, NJ 1981, 560.

²⁴¹ Van Rest 1991, 'Het ambtelijk bevel als strafuitsluitingsgrond. Beschouwingen over art. 43 Sr', p. 174-178 stelt dat art. 43 lid 2 Sr in wezen een bijzondere avasregeling is. Hij pleit er daarom voor art. 43 lid 2 Sr te schrappen.

²⁴² Ik verwijs naar de bovenstaande behandeling van subjectieve avas en subjectieve rechtsdwaling.

onheil zou voorkomen.²⁴³ Achteraf bleek deze gedachte gebaseerd te zijn op onjuiste informatie. Normatieve putatieve rechtvaardiging heeft wel iets weg van een kameleon. Afhankelijk van het gezichtspunt kan de gedraging als juist of onjuist gekwalificeerd worden. Als een objectief perspectief wordt ingenomen, dan is de gedraging onjuist: er is geen sprake van een rechtvaardigingsgrond. Als een subjectief perspectief wordt ingenomen, dan kan gesteld worden dat de actor juist heeft gehandeld. De actor mocht denken dat zijn handelwijze gerechtvaardigd was.²⁴⁴

Putatieve rechtvaardiging komt pas aan de orde als vaststaat dat de actor het strafbare feit opzettelijk heeft gepleegd. Tegen deze achtergrond is goed te begrijpen dat de enkele gedachte dat de gedraging gerechtvaardigd is, niet disculpeert. De actor is gehouden de potentieel rechtvaardigende feiten zorgvuldig te toetsen.²⁴⁵ In sommige gevallen – denk aan potentiële noodtoestand of noodweer – ontbreekt de tijd voor een zorgvuldige toetsing. “Detached reflection cannot be demanded in the presence of an uplifted knife.”²⁴⁶ In een dergelijk geval ligt het in de rede de dwaling snel verontschuldigbaar te achten. Voor het overige zijn weinig handvatten te geven. Of een beroep op putatieve rechtvaardiging slaagt, hangt af van het delict in kwestie, de toepasselijke putatieve rechtvaardigingsgrond, de motieven van de actor en de omstandigheden van het geval.²⁴⁷ Het feitelijk gedrag van de actor kan vergeleken worden met het gedrag

²⁴³ Gerard hoort op de radio dat een bosbrand een nabijgelegen dorp met 10.000 inwoners in de as dreigt te leggen. Als Gerard naar buiten kijkt, ziet hij zwarte rookwolken. Een aantal vluchtende mensen verzekert hem dat het vuur snel nadert. Gerard steekt daarom een nabijgelegen graanveld in brand om een natuurlijke barrière op te werpen. Tot zijn ongenoegen ontvangt Gerard geen medaille voor zijn prijzenswaardige optreden, maar wordt hij gedagvaard wegens brandstichting. Bij nader inzien bleek het namelijk te gaan om een morbide grap. Er was geen sprake van dreigend gevaar. Het valse bericht op de radio en de rookontwikkeling waren het werk van de grappenmakers.

²⁴⁴ Morawetz 1986, ‘Reconstructing the criminal defenses: the significance of justification’ maakt onderscheid tussen ‘justifications’, ‘excuses’ en ‘justified wrongs’. De normatieve putatieve rechtvaardiging zou aangeduid kunnen worden met de term ‘gerechtvaardigd onrecht’. De term ‘onrecht’ geeft aan dat de gedraging objectief gezien onrechtmatig is. De term ‘gerechtvaardigd’ geeft aan dat de actor mocht denken dat zijn handelwijze gerechtvaardigd was. Op die wijze wordt zowel recht gedaan aan het objectieve als het subjectieve perspectief.

²⁴⁵ Vgl. Strijards 1983, ‘Facetten van dwaling in het strafrecht’, p. 336-340.

²⁴⁶ Aldus de beroemde Amerikaanse rechter Holmes in *Brown v. United States*, 256 U.S. 335, 343 (1921). Holmes vervolgt: “Therefore in this Court, at least, it is not a condition of immunity that one in that situation should pause to consider whether a reasonable man might not think it possible to fly with safety or to disable his assailant rather than to kill him (...).” Zie over de rol van tijd in het taxeren van noodweersituaties: Nourse 2001, ‘Self-defense and subjectivity’ en Noti 2003, ‘The uplifted knife: morality, justification, and the choice-of-evils doctrine’.

²⁴⁷ Zie bijv. Hof ’s-Gravenhage 28 februari 1997, NJ 1997, 373 (putatieve noodweer); Hof ’s-Gravenhage 1 maart 1990, NJ 1990, 507 (putatieve noodweersituatie); Hof ’s-Gravenhage 13 oktober 1999, NJ 2000, 178 (putatieve noodweer); rechtbank Zwolle 11

→

van een contrafactische criteriumfiguur. Mocht de actor op basis van de tempore delicti kenbare feiten concluderen dat zijn handelwijze gerechtvaardigd was? Is dat het geval, dan is sprake van normatieve putatieve rechtvaardiging.²⁴⁸

2.5.5 Besluit

Uit de memorie van toelichting bij het wetboek van 1886 wordt doorgaans afgeleid dat de wetgever geen ruimte liet voor buitenwettelijke disculpatie bij overtredingen. Dat wil zeggen dat strafbaarheid zonder schuld tot de mogelijkheden behoorde. Uit de notulen van de Staatscommissie volgt daarentegen dat een meerderheid van de commissie meende dat overtreding van een wettelijk voorschrift zonder schuld niet mogelijk is. Men besloot echter dat dit niet in de wet vermeld hoefde te worden. Tijdens de bespreking in de Kamers is geen aandacht besteed aan dit onderwerp. Wat ook zij van deze kwestie, in het Melk en waterarrest stelde de Hoge Raad buiten twijfel dat disculpatie bij overtredingen ook mogelijk is als geen geschreven schulduitsluitingsgrond van toepassing is.

In de gepubliceerde jurisprudentie wordt avas zelden aanvaard. Daaruit volgt echter niet dat avas slechts een marginale rol in het strafrecht vervult. Het is waarschijnlijk dat avas zijn schaduw vooruitwerpt op vervolgingsbeslissingen van het Openbaar Ministerie.²⁴⁹ Personen die zich gedragen zoals het hoort, worden over het algemeen niet vervolgd. Hetzelfde geldt voor mensen die zich niet kunnen gedragen zoals het hoort. Het belang van avas zou daarom wel eens veel groter kunnen zijn dan uit de gepubliceerde jurisprudentie blijkt.

Er bestaat een in beginsel onuitputtelijk domein van potentieel disculperende factoren. Ik heb in deze paragraaf onderscheid gemaakt tussen normatieve en subjectieve avas. Normatieve avas bestaat uit (1) normatieve avas met betrekking tot de bestanddelen; (2) normatieve rechtsdwaling; en (3) normatieve putatieve rechtvaardiging. In deze gevallen heeft de actor zich gedragen zoals het betaamt. Subjectieve avas bestaat uit (1) subjectieve avas met betrekking tot de bestanddelen; (2) subjectieve rechtsdwaling; en (3) subjectieve putatieve rechtvaardiging. In deze gevallen heeft de actor zijn gedrag niet kunnen conformeren aan de norm. Dat betekent dat hij onvoldoende controle had met betrekking tot het al dan niet schenden van die norm.

Het door mij geïntroduceerde onderscheid is niet meer dan een hulpmiddel om het domein van avas in kaart te brengen. De scheiding tussen normatieve

mei 2004, LJN AO9325 (putatieve noodweer); rechtbank 's-Gravenhage 2 november 2004, LJN AR5035 (putatieve noodweer).

²⁴⁸ Als de actor deze conclusie niet had mogen trekken, dan is mogelijkwerwijs sprake van subjectieve putatieve rechtvaardiging. In dat geval ontbeert de actor het vermogen de situatie juist te taxeren.

²⁴⁹ Vgl. Vellinga 1982, 'Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld', p. 9-10; noot Bleichrodt onder Hof Arnhem 14 februari 1984, VR 1985, 55; Van Rest 1991, 'Het ambtelijk bevel als strafuitsluitingsgrond. Beschouwingen over art. 43 Sr', p. 1-3.

en subjectieve factoren is – net als bij de schuld – niet waterdicht.²⁵⁰ Bij het beoordelen van normatieve avas moeten soms hogere eisen gesteld worden aan personen die meer kunnen of meer weten dan andere mensen (subjectivering norm). Bovendien moet bij het beoordelen van subjectieve avas rekening gehouden worden met culpa in causa. Ten slotte is niet ondenkbaar dat een combinatie van normatieve en subjectieve factoren tot avas leidt.

Ik heb avas in deze paragraaf behandeld als een tegenstelling van schuld: avas is het niet-aanwezig zijn van schuld. Men kan zich echter afvragen of avas in alle opzichten spiegelbeeldig is aan schuld op bestanddeelniveau. De afkorting avas verwijst naar *afwezigheid van alle schuld*. Schuld wordt daarentegen algemeen gedefinieerd als *grove schuld*. Bestaat een materieelrechtelijk verschil tussen schuld en avas-schuld (de materieelrechtelijke pendant van avas)? Zo ja, is het verschil gelokaliseerd in het normatieve aspect (normatieve component schuld versus normatieve avas) en/of in het subjectieve aspect (subjectieve component schuld versus subjectieve avas)? In paragraaf 3.6.4 ga ik nader in op deze vragen. Daarbij wordt onder meer acht geslagen op de wijze waarop het opleggen van straf wordt gerechtvaardigd.

²⁵⁰ Zie paragraaf 2.4.6.

Hoofdstuk 3

Utilitarisme, retributivisme, controleprincipe en schuld

3.1 INLEIDING

Dit hoofdstuk staat in het teken van de relatie tussen de rechtvaardiging van straf en verschoningsgronden. In het eerste gedeelte van het hoofdstuk wordt uitgebreid aandacht besteed aan straftheorieën. In het tweede gedeelte van het hoofdstuk staat de interpretatie van schuld en avas centraal. Daarbij wordt acht geslagen op de eerder besproken straftheorieën. Schuld en het ontbreken van avas zijn noodzakelijke voorwaarden voor de rechterlijke strafbevoegdheid. De interpretatie van deze begrippen wordt gestuurd door de beginselen die het opleggen van straf rechtvaardigen.

In paragraaf 3.2 worden twee klassieke straftheorieën besproken: het utilitarisme en het retributivisme. Volgens het utilitarisme moet gestraft worden om geluk te maximaliseren. Het utilitarisme is gericht op de toekomst: straf is gerechtvaardigd, omdat het helpt misdaad te voorkomen. Volgens het retributivisme moet gestraft worden om misdaad te vergelden. Het retributivisme is gericht op het verleden: straf is gerechtvaardigd, omdat de misdadiger het verdiend heeft. Bij het utilitarisme besteed ik aandacht aan Beccaria en Bentham. Het retributivisme wordt besproken aan de hand van de theorieën van Kant, Hegel, Polak, Nozick en Duff. Tot slot van de paragraaf sta ik stil bij de verenigingstheorie. Hierbij is de vraag of het utilitarisme en het retributivisme geïntegreerd kunnen worden tot een coherente theorie.

In paragraaf 3.3 staat de relatie tussen het utilitarisme en het straffen van onschuldigen centraal. Het utilitarisme streeft naar het voorkomen van misdaad door middel van preventie. Het laat zich denken dat preventie noopt tot het straffen van personen die geen schuld hebben. Een dergelijke visie werd verdedigd in Peters' proefschrift over opzet en schuld. In die visie vormt de noodzaak van preventie een voldoende rechtvaardiging voor het opleggen van straf. Van utilitaristische zijde wordt betoogd dat preventie in de praktijk zelden noopt tot het straffen van onschuldigen. Dat neemt niet weg dat het utilitarisme geen principiële waarde toekent aan het schuldbeginsel. Veel auteurs beschouwen dit als een fataal gebrek van de utilitaristische straftheorie. Volgens die visie staat de rechtvaardigheid in de weg aan het straffen zonder schuld.

In paragraaf 3.4 pas ik Rawls' theorie van rechtvaardigheid toe op straf en verschoningsgronden. De essentie van Rawls' theorie is dat personen in een originele toestand, achter een sluier van onwetendheid, beslissingen nemen over de inrichting van de maatschappij. Ik pas dit gedachte-experiment toe op het strafrecht om te bezien welke rechtvaardigheidsbeginselen ten grondslag gelegd kunnen worden aan straf en verschoningsgronden. Daarbij komen de volgende kwesties aan de orde. (1) Hoe kan het schuldbeginsel gerechtvaardigd worden? (2) Hoe moet het schuldbeginsel ingepast worden in het strafprocesrecht? (3) Door welke beginselen wordt de strafhoogte gedicteerd? Ten aanzien van de laatste vraag betoog ik dat de strafhoogte bepaald noch beperkt moet worden door utilitaristische of retributieve beginselen. Ik introduceer twee Rawlsiaanse beginselen die de strafhoogte beperken: het subsidiariteitsbeginsel en het vermijdbaarheidsbeginsel. Tot slot concludeer ik dat de ratio van verschoningsgronden wordt gevormd door het controleprincipe: verschoningsgronden geven burgers controle over het al dan niet in aanraking komen met het strafrecht. Deze ratio wordt gerelateerd aan Harts visie op strafrechtelijke aansprakelijkheid.

In paragraaf 3.5 bespreek ik hoe het controleprincipe als leidraad kan dienen voor de wetgever. Het belang van controle moet afgewogen worden tegen het belang van preventie en de maatschappelijke kosten. Ik besteed aandacht aan misdrijven, overtredingen en kentekenaansprakelijkheid. Paragraaf 3.6 heeft betrekking op de vraag hoe schuld geïnterpreteerd moet worden. Het retributivisme en het controleprincipe dienen daarbij als referentiekader. Het is de vraag hoe de in paragraaf 2.4 besproken normatieve en subjectieve component ingevuld moeten worden. Ik betoog dat zowel het retributivisme als het controleprincipe noopt tot een restrictieve interpretatie van schuld. Daarbij wordt acht geslagen op psychologische biases. 'Hindsight bias' en 'fundamental attribution error' voorspellen dat rechters geneigd zullen zijn te snel schuld aan te nemen. In paragraaf 3.6.4 wordt de vraag opgeworpen of schuld en avas-schuld een verschillende schuldgraad vereisen. Mag veroordeeld worden voor art. 5 WVV als vrijgesproken wordt van schuld in art. 6 WVV? In welke gevallen kan een verschillende schuldgraad van schuld en avas-schuld gerechtvaardigd worden?

3.2 RECHTVAARDIGING VAN STRAF: UTILITARISME, RETRIBUTIVISME EN VERENIGINGSTHEORIE

3.2.1 Inleiding

Het opleggen van straf in een strafgeding is zo vanzelfsprekend dat men soms zelfs een rechtvaardiging verlangt als geen straf wordt opgelegd.¹ Zo legt art.

¹ Vgl. Tunick 1992, 'Punishment: theory and practice', p. 1-7.

359 lid 4 Sv de rechter een motiveringsplicht op als hij besluit tot een veroordeling zonder strafoplegging. Ondanks, of misschien wel vanwege die vanzelfsprekendheid, is het belangrijk stil te staan bij de vraag waarom eigenlijk gestraft wordt. Straf vereist een rechtvaardiging, omdat het moreel bezwaarlijk is.² Het opzettelijk toevoegen van leed wordt normaalgesproken ten zeerste afgekeurd. Maar als het een straf betreft, dan blijft die afkeuring doorgaans achterwege. Zelfs zeer ernstige inbreuken op de persoonlijke vrijheid worden kennelijk gerechtvaardigd geacht.

Het utilitarisme en het retributivisme bieden een volstrekt verschillende rechtvaardiging van straf. Utilitaristen straffen om geluk te maximaliseren. Het utilitarisme is gericht op de toekomst: straf is gerechtvaardigd, omdat het helpt misdaad te voorkomen. Retributivisten straffen om misdaad te vergelden. Het retributivisme is gericht op het verleden: straf is gerechtvaardigd, omdat de misdadiger het verdiend heeft.

Het utilitarisme en het retributivisme hebben geen enkel theoretisch raakvlak. In de praktijk kan het opleggen van straf echter vaak door beide theorieën gerechtvaardigd worden. Straf kan zowel utilitair als verdiend zijn. Dat hoeft echter niet het geval te zijn. In sommige gevallen is het opleggen van verdiende straf disutilitair. In andere gevallen is het opleggen van niet-verdiende straf utilitair. Het debat tussen de stromingen spitst zich toe op deze verschillen. Moet worden gestraft als straffen zinloos is, zo vraagt de utilitarist zich af. Mogen onschuldigen worden gestraft als dat zinvol is, zo repliceert de retributivist.

Hart heeft een belangrijke bijdrage geleverd aan de theorievorming over aansprakelijkheid in het strafrecht en de rechtvaardiging van straf. Harts 'Punishment and responsibility' bevat een aantal essays waarin verschillende aspecten van straf en aansprakelijkheid worden besproken. Volgens Hart kan bij de rechtvaardiging van straf niet volstaan worden met één simpel antwoord.³ Een moreel aanvaardbare conceptie van de praktijk van het straffen behelst een compromis tussen verschillende en deels conflicterende beginselen. Deze beginselen kunnen op verschillende punten met betrekking tot de praktijk van het straffen een rol spelen. Hart maakt daarom onderscheid tussen verschillende vragen die een rol kunnen spelen bij de rechtvaardiging van straf.⁴

² Vgl. Duff & Garland 1994, 'Introduction: thinking about punishment'.

³ Hart 1968, 'Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law', p. 1-27.

⁴ Hart formuleert de vragen als volgt. (1) General Justifying Aim: What justifies the general practice of punishment? (2) Distribution (Liability): To whom may punishment be applied? (3) Distribution (Amount): How severely may we punish? Daarnaast behandelt Hart twee vragen die ik hier buiten beschouwing laat. (1) Wat is de definitie van straf? (2) Waarom worden bepaalde gedragingen door de wetgever strafbaar gesteld?

- 1 Wat is het algemeen rechtvaardigend doel van de praktijk van het straffen? (strafdoel)
- 2 Wie mag gestraft worden? (aansprakelijkheid)
- 3 Hoe zwaar mag gestraft worden? (strafhoogte)

De verschillende vragen hangen met elkaar samen. In de volgende paragrafen bespreek ik de relatie tussen de eerste vraag (strafdoel) en derde vraag (strafhoogte). Hoe vertaalt het rechtvaardigend doel van straf zich in de strafhoogte? Als eerste behandel ik het utilitarisme. Vervolgens ga ik in op een viertal retributieve theorieën. Ten slotte sta ik stil bij de verenigingstheorie.

3.2.2 Het utilitarisme: Beccaria en Bentham

In 1764 verscheen Cesare Beccaria's 'Dei delitti e delle pene'. Het boek heeft grote invloed gehad op het denken over het doel van het strafrecht en de inrichting van het strafproces. Volgens Beccaria kan het doel van straf niet zijn leed toe te voegen of het misdrijf ongedaan te maken.⁵ De jammerkreten van de gestrafte veranderen niets aan het feit dat gedane zaken geen keer nemen. Het doel van straf is te beletten dat de misdadiger opnieuw strafbare feiten pleegt en andere mensen ervan af te schrikken misdaden te plegen. Het enige beginsel dat aan wetgeving ten grondslag mag liggen is: een maximaal geluk voor een maximaal aantal mensen.⁶ Beccaria constateert tot zijn spijt dat de middelen die in zijn tijd werden gebruikt om misdaden te voorkomen, meestal in strijd met het beoogde doel zijn.⁷

Hoewel Beccaria het gepast acht in te gaan op verschillende soorten van misdaden, beperkt hij zich tot het aanstippen van enige algemene principes.⁸ Hij vreest dat het boek anders al gauw uit zou monden in een omvangrijke en saaie detailstudie. Het is de Engelse jurist Jeremy Bentham geweest die een aantal jaren later de utilitaristische straftheorie tot in het kleinste detail heeft uitgewerkt. Beccaria heeft grote invloed gehad op het denken van Bentham.⁹ Bentham, die in Angelsaksische landen algemeen beschouwd wordt als een van de grootste juristen ooit, heeft in Nederland nooit veel invloed gehad. In Nederland geniet hij grotere bekendheid als bedenker van het Panopticon dan als wegbereider van de utilitaristische straftheorie. Bentham begint 'An introduction to the principles of morals and legislation' met een onvoorwaardelijke geloofsbelijdenis van het utilitarisme.

⁵ Beccaria 1971, 'Over misdaden en straffen', p. 365-370.

⁶ Beccaria 1971, 'Over misdaden en straffen', p. 300-304.

⁷ Beccaria 1971, 'Over misdaden en straffen', p. 470-480.

⁸ Beccaria 1971, 'Over misdaden en straffen', p. 300-304.

⁹ Vgl. Michiels 1971, 'Inleiding: Beccaria en zijn werken', p. 234-236 en Hart 1982, 'Bentham and Beccaria'.

“Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, *pain* and *pleasure*. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do. On the one hand the standard of right and wrong, on the other the chain of causes and effects, are fastened to their throne. They govern us in all we do, in all we say, in all we think: every effort we can make to throw off our subjection, will serve but to demonstrate and confirm it. (...) The principle of utility is the foundation of the present work: it will be proper therefore at the outset to give an explicit and determinate account of what is meant by it. By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever, according to the tendency which it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question: or, what is the same thing in other words, to promote or to oppose that happiness. I say of every action whatsoever; and therefore not only of every action of a private individual, but of every measure of government.”¹⁰

Het utilitarisme streeft ernaar de hoeveelheid geluk in de maatschappij te maximaliseren. Ieder individu telt daarbij even zwaar mee.¹¹ Het nutsbeginsel is de maat aller dingen. Het vormt de toetssteen van moraal, politiek en recht. Bentham meent dat het nutsbeginsel niet vatbaar is voor direct bewijs.¹² Wat gebruikt wordt om al het andere te bewijzen, kan zelf niet bewezen worden. Benthams oeuvre kenmerkt zich door een consequente en gedetailleerde uitwerking van het nutsbeginsel. Het bevat een schat aan informatie voor iedereen die geïnteresseerd is in de effectiviteit van wetgeving. Ik volsta hier met een weergave van de belangrijkste facetten van de utilitaristische straftheorie.

De utilitaristische straftheorie behelst niet meer dan een toepassing van het utilitarisme op het strafrecht. Het kwaad van misdaad schuilt erin dat misdaden over het algemeen leiden tot een daling van geluk of een stijging van leed.¹³ De relatieve vermindering van de hoeveelheid geluk vormt de grondslag voor het kunnen opleggen van straf. Het is de taak van de staat de hoeveelheid geluk in de maatschappij door middel van straf en beloning te maximaliseren.¹⁴ Straf is echter evengoed een kwaad, aangezien het de gestrafte veel leed berokkent.¹⁵ Het nutsbeginsel brengt mee dat alleen gestraft mag worden als daarmee meer leed wordt voorkomen dan er wordt toegebracht. De positieve gevolgen die het opleggen van straf rechtvaardigen, kunnen op een aantal manieren gerealiseerd worden. Achtereenvolgens bespreek ik generale preventie, speciale preventie en genoegdoening.

¹⁰ Bentham 1970, ‘An introduction to the principles of morals and legislation’, p. 11-12.

¹¹ Mill 1979, ‘Utilitarianism’, p. 319 schrijft de volgende uitspraak aan Bentham toe: “everybody to count for one, nobody for more than one”.

¹² Bentham 1970, ‘An introduction to the principles of morals and legislation’, p. 13.

¹³ Bentham 1970, ‘An introduction to the principles of morals and legislation’, p. 49.

¹⁴ Bentham 1970, ‘An introduction to the principles of morals and legislation’, p. 74.

¹⁵ Bentham 1970, ‘An introduction to the principles of morals and legislation’, p. 158.

Generale preventie. Generale preventie behelst het voorkomen van misdaad van anderen dan de gestrafte door middel van straf.¹⁶ Generale preventie is volgens Bentham het belangrijkste doel van straf.¹⁷ Bentham heeft daarbij een groot vertrouwen in afschrikking. “[The] will to do evil may always be taken away, because, how great soever the advantage of the offence may be, the evil of the punishment may be made to surpass it.”¹⁸ De generale afschrikking dankt haar werking aan het feit dat mensen de strafdreiging serieus nemen. Het effect wordt bereikt door de *ogenschijnlijk* op te leggen straf.¹⁹ Het *daadwerkelijk* opleggen van straf geschiedt slechts om de dreiging te onderstrepen. De daadwerkelijke straf veroorzaakt leed, terwijl de ogenschijnlijke straf het voorkomt. Bentham benadrukt daarom dat de indruk gewekt moet worden dat zwaarder gestraft wordt dan werkelijk het geval is.²⁰ De theorie van generale afschrikking berust op een rationeel mensbeeld. Uitgangspunt is dat personen worden afgeschrikt als de verwachte kosten (straf) hoger zijn dan de verwachte opbrengsten van een strafbaar feit. Het determineren van de optimale hoeveelheid verwachte straf is een belangrijk doel van de invloedrijke rechtseconomische beweging.²¹

Generale preventie wordt niet alleen gerealiseerd door afschrikking. Het opleggen van straf kan er ook voor zorgen dat bepaalde normen gevormd of

¹⁶ Vgl. Van Veen 1949, ‘Generale preventie’, p. 193-195; Bentham 1962, ‘The works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of his executor, John Bowring. Volume one’, p. 396-397; Andenaes 1966, ‘The general preventive effects of punishment’.

¹⁷ Bentham 1962, ‘The works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of his executor, John Bowring. Volume one’, p. 396-397 en Bentham 1970, ‘An introduction to the principles of morals and legislation’, p. 158-159 en 180.

¹⁸ Bentham 1962, ‘The works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of his executor, John Bowring. Volume one’, p. 367.

¹⁹ Bentham 1970, ‘An introduction to the principles of morals and legislation’, p. 178-179.

²⁰ In de achttiende eeuw waren de Nederlanders zich maar al te zeer bewust van het belang van beeldvorming. Bentham 1962, ‘The works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of his executor, John Bowring. Volume one’, p. 398-399 stelt: “At the Cape of Good Hope, the Dutch made use of a stratagem which could only succeed among Hottentots. One of their officers having killed an individual of this inoffensive tribe, the whole nation took up the matter, and became furious and implacable. It was necessary to make an example to pacify them. The delinquent was therefore brought before them in irons, as a malefactor: he was tried with great form, and was condemned to swallow a goblet of ignited brandy. The man played his part; – he feigned himself dead, and fell motionless. His friends covered him with a cloak, and bore him away. The Hottentots declared themselves satisfied. ‘The worst we should have done with the man,’ said they, ‘would have been to throw him into the fire; but the Dutch have done better – they have put the fire into the man.’”

²¹ Zie bijv. Becker 1968, ‘Crime and punishment: an economic approach’; Polinsky & Shavell 1979, ‘The optimal tradeoff between the probability and magnitude of fines’; Posner 1985, ‘An economic theory of the criminal law’.

versterkt worden.²² Het gevolg daarvan is dat mensen zich uit vrije wil aan de wet houden. De psycholoog Tyler spreekt in dit verband van een normatief perspectief.²³ Hij onderscheidt twee, elkaar aanvullende, motieven voor norm-conform gedrag. (1) Personen houden de wet voor juist (moraliteit). (2) Personen achten het legitiem dat de overheid wetten stelt (legitimiteit). In deze gevallen speelt de angst voor straf geen rol van betekenis.

Speciale preventie. Speciale preventie behelst het voorkomen van misdaad van de gestrafte door middel van straf.²⁴ Speciale preventie kan gerealiseerd worden door afschrikking, resocialisatie en onschadelijkmaking. Een gestrafte die de onplezierige consequenties van straf ervaart, kan daardoor afgeschrikt worden nogmaals de fout in te gaan (extrinsieke motivatie). Een straf kan er ook toe leiden dat een gestrafte geresocialiseerd wordt. De geresocialiseerde gestrafte voelt geen behoefte meer het slechte pad op te gaan (intrinsieke motivatie). Bij onschadelijkmaking kan gedacht worden aan het opleggen van de doodstraf of gevangenisstraf. Doden kunnen geen misdaden meer plegen. Voor gevangenen geldt tot op zekere hoogte hetzelfde.

Genoegdoening. De utilitaristische straftheorie is primair gericht op preventie, maar straf kan ook door middel van genoegdoening een bijdrage leveren aan het maximaliseren van geluk.²⁵ In sommige gevallen is het mogelijk het slachtoffer schadeloos te stellen. Daarnaast kan het opleggen van straf recht doen aan in de maatschappij levende wraakgevoelens. Deze vorm van genoegdoening dient niet verward te worden met de retributieve strafrechtvaardiging. Retributivisten getroosten zich doorgaans veel moeite onderscheid te maken tussen wraak en vergelding.²⁶ Vergelding is een goed, maar wraak is een kwaad. Utilitaristen beschouwen het bevredigen van wraakgevoelens als een goed, omdat het geluk veroorzaakt.²⁷

²² Vgl. Van Veen 1949, 'Generale preventie', p. 196-219; Bentham 1970, 'An introduction to the principles of morals and legislation', p. 171; Andenaes 1971, 'The moral or educative influence of criminal law'.

²³ Tyler 1990, 'Why people obey the law'; Tyler & Darley 2000, 'Building a law-abiding society: taking public views about morality and the legitimacy of legal authorities into account when formulating substantive law'; Tyler 2006, 'Psychological perspectives on legitimacy and legitimation'.

²⁴ Vgl. Bentham 1962, 'The works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of his executor, John Bowring. Volume one', p. 396-397; Andenaes 1974, 'Punishment and deterrence', p. 3-33 en 173-181; Bagaric 2001, 'Punishment and sentencing: a rational approach', p. 138-143.

²⁵ Vgl. Bentham 1950, 'The theory of legislation', p. 280-321.

²⁶ Nozick 1981, 'Philosophical explanations', p. 366-370 noemt vijf verschillen tussen wraak en vergelding.

²⁷ Bentham 1950, 'The theory of legislation', p. 309 stelt: "Every kind of satisfaction, as it is a punishment to the offender, naturally produces a pleasure of vengeance to the injured party. That pleasure is a gain; it calls to mind Samson's riddle – it is the sweet coming out

Het utilitarisme is een bijzonder eenvoudige theorie. Alle strafrechtelijke vragen dienen beslecht te worden aan de hand van het nutsbeginsel. Dat geldt zowel voor de inrichting van de wet als de toepassing van de wet. Het is echter niet eenvoudig aan te geven hoe het nutsbeginsel in de praktijk gerealiseerd moet worden. In sommige gevallen kan empirisch onderzoek met betrekking tot de effectiviteit van straf uitkomst bieden. Veel relevante kwesties laten zich echter moeilijk empirisch onderzoeken. In dat geval dient men een redelijke inschatting van toekomstige effecten te maken. Benthams praktische uitwerking van het utilitarisme kan als leidraad voor wetgever en rechter dienen.²⁸ Zo wijdt hij bijna honderd pagina's aan een uiterst gedetailleerde classificatie van verschillende soorten van misdrijven. Daarnaast onderscheidt hij tientallen factoren die een rol kunnen spelen bij het bepalen van straffen door wetgever en rechter. Ten slotte wijst hij op een aantal gevallen waarbij het opleggen van een straf niet op zijn plaats is.

3.2.3 Het retributivisme

3.2.3.1 Inleiding

Het retributivisme is te beschouwen als de tegenhanger van het utilitarisme. Utilitaristen rechtvaardigen straf, omdat het de totale hoeveelheid geluk in de samenleving vergroot. Retributivisten rechtvaardigen straf, omdat het juist wordt geacht misdadigers leed toe te voegen. Retributivisten verschillen onderling van mening over de vraag waarom het juist is straf op te leggen. Vroegere retributivisten beriepen zich nog weleens rechtstreeks op de Bijbel. De gereformeerde hoogleraar Fabius stelde: "God vergeldt het kwaad. Ook de aardsche Overheid moet het kwaad vergelden krachtens ordinantie Gods."²⁹ Andere retributivisten sluiten aan bij de retributieve emoties die gepaard gaan met misdaad. Moore neemt de schuldgevoelens die optreden als we zelf een misdaad zouden plegen als uitgangspunt.³⁰ Deze schuldgevoelens nopen tot het oordeel dat we straf verdienen. Deze redenering kan vervolgens toegepast worden op personen die daadwerkelijk een misdaad begaan: de misdadiger verdient het gestraft te worden. De juistheid van het retributivisme wordt uiteindelijk her-

of the terrible, it is honey dropping from the lion's mouth. Produced without expense, a clear gain resulting from an operation necessary on other accounts, it is an enjoyment to be cultivated, like any other; for the pleasure of vengeance, abstractly considered, is, like every other pleasure, a good in itself."

²⁸ Zie m.n. Bentham 1970, 'An introduction to the principles of morals and legislation', p. 158-280.

²⁹ Fabius 1900, 'Schuld en straf. Rede, gehouden bij het overdragen van het rectoraat der Vrije Universiteit, den 20sten oktober 1900', p. 49.

³⁰ Moore 1987, 'The moral worth of retribution' en Moore 1997, 'Placing blame. A general theory of the criminal law', p. 104-152.

leid tot de deugdzaamheid van schuldgevoelens. Murphy neemt de gevoelens die de misdadiger bij slachtoffers en anderen oproept als uitgangspunt.³¹ Deze gevoelens van retributieve haat worden doorgaans bestempeld als irrationeel of immoreel. Murphy betoogt echter dat retributieve haat een legitieme reactie op misdaad vormt.

De retributieve intuïtie dat misdadigers straf verdienen, wordt door veel mensen gedeeld. De stap van deze intuïtie naar een rechtvaardiging van straf is echter problematisch. Uit de intuïtie volgt niet dat het de taak van de staat is misdadigers opzettelijk leed toe te voegen.³² Bovendien kan men zich afvragen of de drang om te vergelden aangeleerd is.³³ Het strafrecht en het feit dat gestraft wordt hebben immers ook invloed op de attitude van mensen. Kan de praktijk van straffen gerechtvaardigd worden op grond van attitudes die het zelf mede gevormd heeft?

De meeste retributivisten proberen een bovenintuïtieve rechtvaardiging van het retributivisme te geven. Een retributieve theorie beoogt antwoord te geven op de vraag waarom gestraft moet worden. Deze vraag kan op veel verschillende manieren beantwoord worden. Cottingham onderscheidt maar liefst negen theorieën die – al dan niet terecht – bestempeld zijn als retributief.³⁴ Hieronder bespreek ik vier retributieve theorieën. Elk van deze theorieën biedt een ander antwoord op de vraag waarom gestraft moet worden. Kant baseert de plicht om te straffen op zijn categorische imperatief. Volgens Hegel dient de straf om de ontkenning van het recht op haar beurt weer te ontkennen. Polak meent dat gestraft moet worden om een onrechtmatige pre weg te nemen. Nozick en Duff zien straf als een poging met de gestrafte te communiceren.

3.2.3.2 *Categorische imperatief: Kant*

Kant heeft dermate weinig geschreven over de rechtvaardiging van straf dat moeilijk gesproken kan worden van een volwaardige retributieve theorie.³⁵ Het belang van Kant kan echter nauwelijks overschat worden. Veel retributieve theorieën zijn voor een deel terug te voeren op Kant. Bovendien wordt Kant vaak aangehaald om de zedeloosheid van het utilitarisme te illustreren. In het onderstaande beperk ik mij tot het aanstippen van enkele saillante punten.

³¹ Murphy 1988, 'The retributive emotions'; Murphy 1988, 'Hatred: a qualified defense'; Murphy 1990, 'Getting even: the role of the victim'; Murphy 2003, 'Getting even. Forgiveness and its limits'.

³² Vgl. Ten 1987, 'Crime, guilt, and punishment. A philosophical introduction', p. 47-49 en Duff 1996, 'Penal communications: recent work in the philosophy of punishment'. Murphy 1990, 'Getting even: the role of the victim' komt zelf ook tot deze conclusie.

³³ Vgl. Shachar 1987, 'Comment'.

³⁴ Cottingham 1979, 'Varieties of retribution'.

³⁵ Vgl. Murphy 1987, 'Does Kant have a theory of punishment?'

Volgens Kant is de strafwet een categorische imperatief.³⁶ Een categorische imperatief is een onvoorwaardelijk gebod dat geldt onafhankelijk van de resultaten die het kan opleveren. Categorische imperatieven laten zich in principe afleiden uit de algemene formulering van *de* categorische imperatief: “handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde.”³⁷ Kants kritische houding ten opzichte van het utilitarisme laat zich goed duiden tegen de achtergrond van een praktische formulering van de categorische imperatief. “Handle so, daß du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest.”³⁸ De utilitarist, die straft om een bepaald resultaat te bereiken, treedt dit beginsel met voeten. De gestrafte wordt dan niet bejegend met het respect dat hem als autonoom wezen toekomt. Wordt iemand daarentegen gestraft omdat hij misdagen heeft, dan wordt zijn autonomie gerespecteerd. “Richterliche Strafe (...) kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat (...).”³⁹

Kant lijkt te menen dat het opleggen van een verdiende straf de enige wijze is waarop de schuldige als doel en niet als middel wordt behandeld. Straf die verdiend is, *moet* daarom worden opgelegd. Kants steile opvatting blijkt duidelijk uit zijn opmerking dat zelfs de laatst overgebleven moordenaar nog geëxecuteerd moet worden. “Selbst, wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflöste (...) müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit (...) die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedrungen hat; weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann.”⁴⁰

Een belangrijke vraag is welke straf de misdadiger verdient. Kant neemt de talio daarbij als uitgangspunt: het leed dat een misdadiger een ander aandoet, moet hem zelf treffen. “Also: was für unverschuldetes Übel du einem Anderen im Volke zufügest, das tust du dir selbst an. Beschimpfst du ihn, so beschimpfst du dich selbst; bestiehlst du ihn, so bestiehlst du dich selbst; schlägst du ihn, so

³⁶ Kant 1986, ‘Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Metaphysik der Sitten. Erster Teil’ spreekt over ‘Strafgesetz’. De Engelse vertaling spreekt over ‘the law concerning punishment’. Zie Kant 1999, ‘Metaphysical elements of justice. Part I of the metaphysics of morals’, p. 138.

³⁷ Kant 1991, ‘Kritik der praktischen Vernunft. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten’, p. 51.

³⁸ Kant 1991, ‘Kritik der praktischen Vernunft. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten’, p. 61.

³⁹ Kant 1986, ‘Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Metaphysik der Sitten. Erster Teil’, p. 155.

⁴⁰ Kant 1986, ‘Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Metaphysik der Sitten. Erster Teil’, p. 157.

schlägst du dich selbst; tötest du ihn, so tötest du dich selbst.”⁴¹ Alleen de *ius talionis* kan de aard en de hoogte van de straf precies bepalen. Andere standaarden kunnen onder invloed van allerlei overwegingen variëren, waardoor ze niet in overeenstemming zijn met de absolute gerechtigheid. Kant maakt een uitzondering voor gevallen waarbij het letterlijk toepassen van de talio onmogelijk of immoreel is.⁴² Zo wordt de verkrachter niet verkracht, doch gecastreerd. De talio wordt dan niet naar de letter, maar naar de geest toegepast.

3.2.3.3 *Ontkenning van onrecht: Hegel*

De Duitse filosoof Hegel ontwikkelde een invloedrijke, maar moeilijk te doorgronden theorie over misdaad en straf. Polaks opvatting over vergelding is voor een belangrijk deel terug te voeren op Hegel. Daarnaast klinkt Hegels visie door in moderne vergeldingstheorieën, waarbij de essentie van vergelding gezocht wordt in communicatie. Uitgangspunt is dat de gestrafte alleen met respect bejegend wordt als hij niet gedwongen wordt zijn leven te beteren.

Hegel ziet misdaad niet alleen als een aantasting van het recht van een persoon, maar ook als een aantasting van recht als zodanig. Diefstal maakt niet alleen inbreuk op het eigendomsrecht van een persoon, maar ook op het recht van eigendom als zodanig. Een dief brengt als het ware het concept eigendom in diskrediet. Hij ontkent het recht van eigendom. Hegel is nu van mening dat misdaad en straf in een *logische* verhouding tot elkaar staan. Straf vormt een uiting van de inherente nietigheid van de misdadigers poging het recht te ontkenen. Straf is een ontkenning van de ontkenning.

“Die geschehene Verletzung des Rechts als Rechts ist zwar eine *positive*, äußerliche *Existenz*, die aber *in sich* nichtig is. Die *Manifestation* dieser ihrer Nichtigkeit ist die ebenso in die Existenz tretende Vernichtung jener Verletzung – die Wirklichkeit des Rechts, als seine sich mit sich durch Aufhebung seiner Verletzung vermittelnde Notwendigkeit. (...) Was aber nichtig ist, muß sich als solches manifestieren, daß heißt, sich als selbst verletzbar hinstellen. Die Tat des Verbrechen ist nicht ein Erstes, Positives, zu welchem die Strafe als Negation käme, sondern ein Negatives, so daß die Strafe nur Negation der Negation ist.”⁴³

Misdaad en straf maken derhalve deel uit van een dubbele ontkenning. Volgens Steinberger moet de houding die de misdadiger impliciet aanneemt – dat er

⁴¹ Kant 1986, ‘Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Metaphysik der Sitten. Erster Teil’, p. 156.

⁴² Kant 1986, ‘Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Metaphysik der Sitten. Erster Teil’, p. 188-189.

⁴³ Hegel 1970, ‘Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse’, p. 185-186.

geen rechten zijn – verworpen en tenietgedaan worden.⁴⁴ Gebeurt dat niet, dan hebben rechten geen bestaansrecht. Het verwerpen van de houding van de misdadiger geschiedt door middel van straf. Door straf wordt de misdaad uitgevlakt; het behelst een bevestiging van het recht dat geschonden is.

Straf vormt geen reactie op het subjectieve aspect van misdaad – het letsel dat aan een bepaald slachtoffer is toegebracht.⁴⁵ Straf vormt een reactie op het objectieve aspect van misdaad – de schoffering van recht als zodanig. Als het alleen om het subjectieve aspect zou gaan, dan zou schadeloosstelling van het slachtoffer volstaan. Straf grijpt aan op het enige punt waar de schending van het recht positief bestaat: de subjectieve wil van de misdadiger. Het schenden van deze wil door middel van straf constitueert het opheffen van de misdaad. Als niet gestraft zou worden, dan zou de misdaad gelden. In Hegels woorden: “Die *positive Existenz der Verletzung* ist nur als der *besondere Wille des Verbrechers*. Die Verletzung dieses als eines daseienden Willens also ist das Aufheben des Verbrechens, *das sonst gelten würde*, und ist die Wiederherstellung des Rechts.”⁴⁶

Het leed dat aan een misdadiger wordt toegebracht, is volgens Hegel niet alleen op zichzelf beschouwd gerechtvaardigd, maar is ook een recht van de misdadiger zelf.⁴⁷ Door het opleggen van straf wordt de misdadiger geëerd als een rationeel wezen. Volgens Hegel moet de misdadiger gezien worden als rationeel wezen. Dat brengt mee dat hij geacht wordt te handelen volgens een algemene wet die hij voor zichzelf erkend heeft. Aangezien misdaad inbreuk maakt op de vrijheid van een ander, handelt de misdadiger volgens de algemene wet dat iemands vrijheid moet worden geschonden. De misdadiger mag nu gehouden worden aan de algemene wet waar hij naar handelt. De straf bestaat uit het toepassen van deze algemene wet op de misdadiger zelf. Aangezien de misdadiger gehouden wordt aan zijn eigen wet, wordt hij daardoor als rationeel wezen geëerd. Hij stelt zelf de wet die tot zijn bestraffing noopt: zijn eigen daad keert zich tegen hem. Of, zoals Hegel het uitdrukt: het is de misdadiger zelf die de Eumeniden, de Griekse wraakgodinnen, wakker maakt.

Hegel meent – net als Kant – dat de misdadiger niet als rationeel wezen geëerd wordt als gestraft wordt om af te schrikken of te verbeteren. In plaats van zijn eer en vrijheid te respecteren, wordt de mens dan behandeld als een hond.

“Wie steht es aber mit der Rechtlichkeit der Drohung? Dieselbe setzt den Menschen als nicht Freien voraus und will durch die Vorstellung

⁴⁴ Steinberger 1983, ‘Hegel on crime and punishment’.

⁴⁵ Vgl. Dubber 1994, ‘Rediscovering Hegel’s theory of crime and punishment’.

⁴⁶ Hegel 1970, ‘Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse’, p. 187.

⁴⁷ Hegel 1970, ‘Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse’, p. 190-196. Vgl. Dubber 1994, ‘Rediscovering Hegel’s theory of crime and punishment’.

eines Übels zwingen. Das Recht und die Gerechtigkeit müssen aber ihren Sitz in der Freiheit und im Willen haben und nicht in der Unfreiheit, an welche sich die Drohung wendet. Es ist mit der Begründung der Strafe auf diese Weise, als wenn man gegen einen Hund den Stock erhebt, und der Mensch wird nicht nach seiner Ehre und Freiheit, sondern wie ein Hund behandelt.”⁴⁸

Hegel laat zich minder gelegen aan de talio dan Kant. Volgens Hegel is de talio een makkelijk doelwit van spot: “(...) Aug um Aug, Zahn um Zahn, wobei man sich vollends den Täter als einäugig oder zahnlos vorstellen kann (...).”⁴⁹ Het gaat niet om het betrachten van *specifieke* gelijkheid, maar om het betrachten van *innerlijke* gelijkheid.⁵⁰ Diefstal en gevangenisstraf vertonen geen specifieke gelijkheid. Ze vertonen echter innerlijke gelijkheid, omdat beide een schending opleveren. Zo bezien hebben ze dezelfde waarde. Volgens Hegel is het aan het verstand op zoek te gaan naar deze gelijkwaardigheid, maar is de absolute bepaling daarvan onmogelijk. Het ligt voor de hand dat de hoogte van de straf een uitdrukking vormt van de mate waarin inbreuk gemaakt is op het recht. Een misdaad veronderstelt een straf die eenzelfde inbreuk maakt. Volgens Hegel lijkt vergelding op het eerste gezicht op iets immoreels als wraak. Maar wraak is een uiting van de subjectieve wil en levert op zijn beurt weer een nieuwe inbreuk op. Bij vergelding komt het aan op het opheffen van de inbreuk op recht als zodanig. Vergelding is een zaak van het recht en niet van de persoon.

3.2.3.4 Wegnemen onrechtmatige pre: Polak

Het strafrecht, zo stelt Polak, is het ongelukkigste deel van het recht.⁵¹ Want het heeft tot dusver zelf niet geweten waarom het recht is, en vergeefs gepoogd te bewijzen dat het recht is. Het strafrecht kent noch zijn grond noch zijn grens, noch zijn doel noch zijn maatstaf. De grondvragen van het strafrecht, de zin, het doel en de maat van het verdiende strafleed, zijn niet opgelost. In ‘De zin der vergelding’ tracht Polak antwoord te geven op deze grondvragen. Polak had zich aanvankelijk voorgenomen definitief af te rekenen met de vergelding, maar uiteindelijk komt hij tot een doorwrochte verdediging van diezelfde vergelding.

Polak laat zich – net als Kant en Hegel – kritisch uit over de utilitaristische straftheorie. Noch de strafbedreiging, noch de strafvoltrekking kan of mag algehele voorkoming van misdrijf tot doel hebben: een dergelijke barbaarse mate-

⁴⁸ Hegel 1970, ‘Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse’, p. 190.

⁴⁹ Hegel 1970, ‘Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse’, p. 194.

⁵⁰ Hegel 1970, ‘Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse’, p. 192-198.

⁵¹ Polak 1947, ‘De zin der vergelding. Een strafrechts-philosophisch onderzoek. Deel I’, p. 6.

loosheid van strafleed wil niemand.⁵² Het strafleed moet allereerst een begrijpelijke, redelijke en maatihoudende functie hebben ten aanzien van het te straffen individu zelf. Het strafleed kan noch zijn rechtvaardigingsgrond noch zijn maat vinden in de onberekenbare werking die het op derden kan hebben, maar moet beide vinden in zijn betekenis ten aanzien van de gestrafte. Gebeurt dat niet, dan wordt de mens verlaagd tot ding.

Polak ziet het rechtvaardigend doel van de straf gelegen in de transgoïstische belangenharmonisering: de misdadiger heeft een objectief waardeerbare pre op de rechtsorde verworven, welke moet worden weggenomen door middel van straf.⁵³ Dat roept de vraag op waarom deze pre moet worden weggenomen. Polak beantwoordt die vraag met het reeds door Spinoza geformuleerde motto dat onzedelijkheid en het daaruit geboren onrecht moet falen in plaats van slagen. Onzedelijkheid mag geen pre opleveren en moet daarom worden vergolden. Deze ‘evidente waarheid’ vormt het zedelijk grondbeginsel waar alle vergeldingseisen uit voortvloeien. Als de misdadiger zijn straf zou ontlopen, dan triomfeert onrecht.

Daarmee is nog niet helder waaruit de onrechtmatige pre van de misdadiger bestaat. Deze pre bestaat in de eerste plaats uit het *absoluut* verkregen voordeel. Een dief moet het gestolene teruggeven. Deze stap leidt echter enkel tot voordeelscompensering en vormt nog geen rechtvaardige vergelding. Daarnaast moet het *relatief* verkregen voordeel worden weggenomen. Dat vereist iets meer toelichting. Polak bedoelt dat de misdadiger geen pre mag hebben ten opzichte van een rechtlievend persoon. Deze maatman wordt geacht de betreuenswaardigheid van misdrijven net zo te waarderen als de rechtsorde. Voor de rechtsorde heeft elk misdrijf een bepaalde objectieve betreuenswaardigheid. De pre van de misdadiger bestaat nu daarin, dat hij het leed dat besloten ligt in de objectieve betreuenswaardigheid van het misdrijf, niet voelt. Hij voelt *niet* het leed dat een rechtlievend burger in zijn positie *wel* zou voelen. Deze onrechtmatige pre komt hem evenmin toe als een dief het gestolene. Dat betekent dat het leed hem alsnog moet worden toegebracht. Het opleggen van een straf zet de misdadiger weer op zijn plaats. Niet op zijn eigen, subjectieve plaats, zoals het geval is bij voordeelscompensering. Ook niet op de subjectieve plaats van het slachtoffer, zoals het geval is bij de talio. Maar op de objectieve plaats: het standpunt van de gekwetste rechtsorde met betrekking tot het misdrijf. Door de straf wordt de onrechtmatige pre bij de misdadiger weggenomen. De misdadiger lost zijn schuld aan de maatschappij in.

Op de keper beschouwd verschilt Polaks theorie maar weinig van die van Hegel. Zowel Hegel als Polak grondt straf uiteindelijk op het beginsel dat onrecht niet mag gelden. Polaks *onrechtmatige pre* theorie is in wezen een gepsy-

⁵² Polak 1947, ‘De zin der vergelding. Een strafrechts-philosophisch onderzoek. Deel I’, p. XIII-XV.

⁵³ Polak 1947, ‘De zin der vergelding. Een strafrechts-philosophisch onderzoek. Deel II’, p. 317-348 en Polak 1947, ‘Verspreide geschriften. Deel II’, p. 108-113.

chologiseerde versie van Hegels meer abstracte *inbreuk op recht* theorie. De misdadiger zou een pre hebben ten opzichte van een rechtschapen burger die bij het plegen van een misdaad leed zou voelen.⁵⁴ Maar de rechtschapen burger zou nu juist afzien van crimineel gedrag, omdat hij zich niet bloot wil stellen aan dit leed. De pre laat zich alleen denken in een situatie die in zijn tegendeel verkeert. De overtuigingskracht van de gepyschologiseerde pre laat bij nader inzien te wensen over. Daarbij komt dat Polaks voornaamste punt van kritiek op Hegel grond lijkt te missen. Polak verwijt Hegel namelijk dat hij bij het bepalen van de strafhoogte zijn toevlucht heeft genomen tot de talio.⁵⁵ Daardoor zou de dader enkel op de subjectieve plaats van de individuele wederpartij gezet worden. Dat manco wilde Polak met zijn objectiveringstheorie te boven komen. Maar Hegel betoogt nu juist dat de talio tot absurde resultaten leidt.⁵⁶ Het gaat Hegel evenmin om de reactie op het subjectieve aspect van misdaad – het letsel dat aan een bepaald slachtoffer is toegebracht. Straf vormt een reactie op het objectieve aspect van misdaad – de inbreuk op recht. Zo bezien stelt Hegel zich, net als Polak, op de objectieve plaats van de gekwetste rechtsorde met betrekking tot de misdaad. Deze overwegingen leiden tot de conclusie dat Polaks theorie op hoofdlijnen overeenstemt met die van Hegel.

Polaks standpunt vertoont verwantschap met een bekende Angelsaksische retributieve stroming. Herbert Morris, Murphy en Von Hirsch betogen dat misdadigers een onrechtmatig voordeel genieten ten opzichte van burgers die zich wel aan de wet houden.⁵⁷ Dit onrechtmatige voordeel moet weggenomen worden door middel van straf. Murphy drukt dit als volgt uit.

⁵⁴ In een discussie naar aanleiding van een voordracht voor de Vereniging voor wijsbegeerte des rechts stelt Polak: “Ik bedoel dus het leed, dat een behoorlijk mensch zou hebben gehad, indien hij de daad had bedreven.” Zie Polak 1928, ‘Vergeldende gerechtigheid verbiedt de doodstraf’, p. 385. Zie ook Polak 1928, p. 356.

⁵⁵ Polak 1925, ‘Hegel’s leer der straf’ en Polak 1947, ‘De zin der vergelding. Een strafrechts-philosophisch onderzoek. Deel II’, p. 218-236.

⁵⁶ Hegel 1970, ‘Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse’, p. 192-196 betoogt dat specifieke gelijkheid onmogelijk en onwenselijk is. In Hegel 1970, p. 196 wordt in een bijschrift een uitzondering gemaakt voor de doodstraf bij moord. Dat de *innerlijke* gelijkheid die Hegel voorstond in dat geval bereikt wordt door *specifieke* gelijkheid, maakt Hegel niet gelijk tot aanhanger van de talio. Hetzelfde fenomeen doet zich voor bij het opleggen van gevangenisstraf voor vrijheidsberoving. Bovendien acht Dubber 1994, ‘Rediscovering Hegel’s theory of crime and punishment’ het waarschijnlijk dat Hegel geen voorstander was van de doodstraf. De opmerking over de doodstraf staat in een toevoeging die is geschreven door Gans op basis van aantekeningen van Hegel zelf en zijn studenten. Het is echter niet te vinden in de aantekeningen van Hegel en zijn studenten. Bovendien past de opmerking slecht in het overige betoog van Hegel. Dubber acht het denkbaar dat Hegel tegen de doodstraf was, maar dat hij hier niet publiekelijk voor uit durfde te komen uit angst voor de Pruisische autoriteiten.

⁵⁷ Zie Morris 1968, ‘Persons and punishment’; Murphy 1970, ‘Kant: the philosophy of right’, p. 140-144; Von Hirsch 1976, ‘Doing justice. The choice of punishments’, p. 45-55;

→

“It might be maintained (as it was, I believe, by both Kant and Hegel) that the retributivist claim is demanded by a general theory of political obligation which is more plausible than any alternative theory. (...) Consider a quasi-contractual model (found in Kant and John Rawls) that seeks to analyse political obligation in terms of *reciprocity*. Such a model will proceed as follows: In order to enjoy the benefits that a legal system makes possible, each man must be prepared to make an important sacrifice – namely, the sacrifice of obeying the law even when he does not desire to do so. Each man calls on others to do this, and it is only just or fair that he bear a comparable burden when his turn comes. Now if the system is to remain just, it is important to guarantee that those who disobey will not thereby gain an unfair advantage over those who obey voluntarily. Criminal punishment thus attempts to maintain the proper balance between benefit and obedience by insuring that there is no profit in criminal wrongdoing.”⁵⁸

Merk op dat de pre anders geformuleerd wordt dan bij Polak. Bij Polak gaat het om het niet-voelen van leed dat een rechtschapen burger wel zou voelen.⁵⁹ Bij Murphy gaat het om het niet-betrachten van de zelfbeheersing die een rechtschapen burger wel in acht neemt. De misdadiger heeft een pre, omdat hij geen zelfbeheersing heeft betracht. Straf zorgt ervoor dat deze pre alsnog wordt weggenomen.

Morris, Murphy en Von Hirsch hebben allen in meerdere of mindere mate afstand genomen van deze retributieve theorie.⁶⁰ Er bestaan een aantal bezwaren tegen deze theorie. De strafwaardigheid van moord of verkrachting is niet gelegen in het verkrijgen van een onrechtmatig voordeel ten opzichte van anderen. De stelling dat de verkrachter of de moordenaar een onrechtmatig voordeel heeft in vergelijking met een rechtschapen burger, lijkt namelijk te impliceren dat deze zelf bloot staat aan de verlokking te verkrachten of te moorden.⁶¹ Bovendien houden sommige mensen zich aan de wet uit angst voor straf. Ten opzichte van deze mensen heeft de misdadiger geen onrechtmatig voordeel verkregen, aangezien ze niet worden gedreven door de wens een wederzijds tot

Murphy 1979, ‘Retribution, justice, and therapy. Essays in the philosophy of law’, p. 77, 83 en 100.

⁵⁸ Murphy 1979, ‘Retribution, justice, and therapy. Essays in the philosophy of law’, p. 77.

⁵⁹ Lemos 1977, ‘A defense of retributivism’, p. 62 komt het dichtst bij de theorie van Polak: “Now what I wish to suggest is the possibility of justifying retributivism in terms of or on an analogy with remorse. Just as it is fitting that I suffer remorse if I act wrongly, so also it is fitting that I suffer punishment when I act wrongly if I suffer no remorse at all. (...) The pain of punishment thus serves, so to speak, as a surrogate for the pain of remorse when no remorse is suffered.”

⁶⁰ Zie Morris 1981, ‘A paternalistic theory of punishment’; Murphy 1985, ‘Retributivism, moral education, and the liberal state’; Von Hirsch 1985, ‘Past or future crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals’, p. 57-60.

⁶¹ Vgl. Duff 1986, ‘Trials and punishments’, p. 211-217.

voordeel strekkend systeem in stand te houden.⁶² Ten slotte biedt de theorie onvoldoende richting bij het bepalen van de hoeveelheid verdiende straf. In de eerste plaats is niet duidelijk waarom een misdaad uitgevlakt moet worden door een zware strafrechtelijke sanctie.⁶³ Waarom zou een vermaning of het compenseren van het slachtoffer niet volstaan? In de tweede plaats lijkt de hoeveelheid verdiende straf evenredig te moeten zijn aan de mate van zelfbeheersing die moet worden betracht om af te zien van een bepaalde misdaad. Moet belastingontduiking zwaarder worden gestraft dan moord als de neiging belasting te ontduiken sterker is?⁶⁴

3.2.3.5 *Vergelding als communicatie: Nozick en Duff*

In een invloedrijk essay gaat Feinberg in op de symbolische betekenis van straf.⁶⁵ Straf is de gangbare wijze waarop gevoelens van verontwaardiging en afkeuring namens maatschappij en slachtoffer worden uitgedrukt. Het opleggen van een straf brengt symbolisch tot uitdrukking dat de waarden die in de wet zijn neergelegd, serieus worden genomen. De straf drukt uit dat de staat zich publiekelijk distantieert van het gedrag van de misdadiger. Daarmee wordt bovendien duidelijk gemaakt dat anderen niet verantwoordelijk worden gehouden voor het misdrijf in kwestie.

De vraag doet zich voor waarom in de praktijk gekozen wordt voor zulke indringende communicatiemiddelen. Is het werkelijk nodig een moordenaar twintig jaar op te sluiten om duidelijk te maken dat zijn gedrag afgekeurd wordt? Feinberg kan zich voorstellen dat in een bepaalde samenleving de weerzin voor een misdadiger tot uitdrukking wordt gebracht in een louter symbolische procedure. In dat geval hoeft geen gebruikgemaakt te worden van een ingrijpend middel als gevangenisstraf. In onze maatschappij vormt het toebrengen van leed echter de gangbare wijze waarop onze afkeuring wordt uitgesproken. De hoeveelheid leed vormt een uitdrukking van de mate van afkeuring die een bepaald misdrijf met zich meebrengt.

Feinberg relateert de expressieve functie van straf aan een *aantal* centrale doelen van straf. Het ligt voor de hand de expressieve functie van straf te koppelen aan utilitaristische doelen. Straf wordt dan bijvoorbeeld gezien als een poging aan de misdadiger of de maatschappij te communiceren dat misdaad niet loont (bijzondere en generale afschrikking). Daarnaast kan straf gezien worden als een mechanisme om stoom af te blazen. Het communiceren van gevoelens van verontwaardiging doet dan recht aan de behoefte ons hart te luchten. Voor een retributivist volstaat een verwijzing naar afschrikking of behoeftebevrediging echter niet. De retributivist die het rechtvaardigend doel van straf gelegen ziet in communicatie, zal moeten uitleggen waarom er een morele

⁶² Vgl. Ten 1987, 'Crime, guilt, and punishment. A philosophical introduction', p. 52-65.

⁶³ Vgl. Galligan 1981, 'The return to retribution in penal theory'.

⁶⁴ Vgl. Burgh 1982, 'Do the guilty deserve punishment?'

⁶⁵ Feinberg 1970, 'The expressive function of punishment'.

noodzaak tot communicatie bestaat. Zowel Nozick als Duff heeft een poging ondernomen een niet-utilitaristische rechtvaardiging van straf als communicatie te geven. Hieronder ga ik kort op beide theorieën in.

Straffen, zo stelt Nozick, is een communicatieve bezigheid.⁶⁶ De boodschap wordt gebracht op een manier die niet mis te verstaan is – als een telegram met de tekst: ‘U heeft een telegram ontvangen!’ De boodschap van straf is: ‘Dit is hoezeer wij uw gedrag afkeuren!’

Een misdadiger moet gestraft worden, omdat hij de juiste waarden heeft geminacht. Door het plegen van de misdaad laat hij zien dat zijn karakter niet deugt. De misdadiger is niet (meer) gekoppeld aan de juiste waarden. Straf beoogt nu een koppeling tot stand te brengen tussen de misdadiger en de juiste waarden. Op het eerste gezicht lijkt sprake te zijn van een consequentialistische rechtvaardiging van straf. Het doel (koppeling) rechtvaardigt het opleggen van een straf. Maar dat is niet hoe Nozick het bedoelt. De koppeling tussen juiste waarden en misdadiger zit opgesloten in de straf. Door de straf wordt de misdadiger – of hij het nu wil of niet – gekoppeld aan de juiste waarden. Het tot stand brengen van de koppeling is dus geen verdergelegen doel van straf, maar is de straf eigen. Bij retributieve communicatie gaat het erom dat de gestrafte de boodschap *begrijpt*; bij utilitaristische communicatie gaat het erom dat de gestrafte de boodschap *accepteert*. Een morele transformatie van de gestrafte ziet Nozick als een waardevolle bonus, maar het is geen noodzakelijke voorwaarde voor het opleggen van straf. Ook als de kans op morele transformatie bijna nihil is, dient een koppeling tussen de juiste waarden en de misdadiger tot stand te worden gebracht. Het bewerkstelligen van een koppeling is intrinsiek waardevol, zelfs als geen morele transformatie plaatsvindt.

Straf brengt tot uitdrukking hoezeer het gedrag van de misdadiger wordt afgekeurd. Maar waarom moet de verkrachter een gevangenisstraf ondergaan en moet de moordenaar worden geëxecuteerd? Kan niet volstaan worden met het verbaliseren van onze afkeuring? Volgens Nozick is dat niet mogelijk. De koppeling tussen de juiste waarden en de misdadiger wordt alleen tot stand gebracht door straf. Het opleggen van straf zorgt ervoor dat de juiste waarden een significant effect op het leven van de gestrafte hebben. Straf moet de juiste waarden net zo'n significant effect in iemands leven geven als de mate waarin hij de juiste waarden heeft geminacht. De hoogte van de straf wordt begrensd door de formule $r * H$, waarbij ‘H’ staat voor de ernst van de (beoogde) inbreuk en ‘r’ voor de verantwoordelijkheid van de actor.⁶⁷ In twee gevallen kan straf achterwege blijven. In de eerste plaats als iemand na zijn misdaad krankzinnig geworden is, zodat hij niet meer aan de juiste waarden gekoppeld kan worden. In de tweede plaats als iemand na zijn misdaad een dusdanige mate van berouw

⁶⁶ Nozick 1981, ‘Philosophical explanations’, p. 363-397.

⁶⁷ Zie ook Nozick 1974, ‘Anarchy, state, and utopia’, p. 59-63.

tentoonspreidt dat gesteld kan worden dat hij weer gekoppeld is aan de juiste waarden.

Het strafrecht, zo stelt Duff, geeft aan welke waarden binnen een maatschappij voor juist worden gehouden.⁶⁸ Een misdadiger treedt deze waarden met voeten en brengt zo schade toe aan de maatschappij. Een maatschappij die werkelijk staat voor de waarden die zijn neergelegd in de wet, *kan* niet zwijgen als de wet wordt overtreden. De maatschappij is het verschuldigd aan zichzelf, het slachtoffer en de wetsovertreder haar afkeuring uit te spreken.

Duff ziet straffen als morele communicatie: het is een soort seculiere boetedoening. Door de misdadiger te dwingen tot boetedoening wordt gehoopt dat hij zijn misdaad zal berouwen, zich zal bekeren tot het goede en zich zal verzoenen met slachtoffer en maatschappij. Seculiere boetedoening als algemeen rechtvaardigend doel lijkt op het eerste gezicht utilitaristisch.⁶⁹ Volgens Duff bestaat er echter geen *afhankelijke*, maar een *logische* relatie tussen straf en boetedoening. Het op deze wijze trachten de misdadiger tot boetedoening te bewegen, is inherent goed. Straf tracht de misdadiger duidelijk te maken waarom zijn gedrag niet door de beugel kan. De gestrafte wordt niet gemanipuleerd, maar wordt behandeld als een volwaardig moreel wezen. Dat is niet het geval als hem een altijd werkende berouwopwekkende pil zou worden toegediend. Bij straf als communicatie blijft het aan de gestrafte of hij zich al dan niet laat overtuigen. Het opleggen van een straf kan ook gerechtvaardigd worden als we zeker weten dat de misdadiger zich niet zal laten overtuigen. In de eerste plaats, omdat maatschappij en slachtoffer duidelijk gemaakt moet worden dat de schending serieus wordt genomen. In de tweede plaats, omdat de misdadiger het verdient niet volledig afgeschreven te worden. Hij moet de kans krijgen zich te bekeren tot de juiste waarden.

Ook Duff ziet zich gesteld voor de vraag waarom de poging de misdadiger tot berouw te bewegen leed met zich mee moet brengen. Volgens Duff gaat oprechte berouw diep en gaat het noodzakelijkerwijs gepaard met pijn. Iemand die een ernstig misdrijf heeft begaan, kan zijn berouw niet tonen door te zeggen: 'Ik zat fout; het spijt me.' Berouw is een langdurig en pijnlijk proces. Straf zorgt ervoor dat de misdadiger de pijn van het berouw voelt die hij zou moeten voelen als hij nadenkt over zijn misdaad. Straf zorgt ervoor dat de aandacht voor langere tijd gericht kan worden op berouw, bekering en verzoening.

Communicatie als rechtvaardigend doel van straf brengt mee dat de juiste hoeveelheid afkeuring gecommuniceerd moet worden.⁷⁰ De hoogte van de straf

⁶⁸ Duff 1986, 'Trials and punishments', p. 233-299; Duff 1996, 'Penal communications: recent work in the philosophy of punishment'; Duff 2001, 'Punishment, communication, and community', p. 75-130.

⁶⁹ Walker 1991, 'Why punish?', p. 80 kwalificeert Duffs opvatting als "a very narrow version of the utilitarian justification."

⁷⁰ Duff 2001, 'Punishment, communication, and community', p. 131-174.

moet daarom evenredig zijn aan de ernst van het misdrijf. Het feit dat straf iets beoogt te communiceren, heeft invloed op het soort straf en de invulling daarvan. Duff ziet daarom een belangrijke rol weggelegd voor dienstverlening en strafrechtelijke bemiddeling. Gevangenisstraf dient beperkt te blijven tot de ernstigste gevallen. De doodstraf is onacceptabel, omdat de gestrafte dan de mogelijkheid tot berouw, bekering en verzoening wordt ontnomen.

3.2.4 Terugblik, de verenigingstheorie en vooruitblik

Het utilitarisme en het retributivisme bieden beide een rechtvaardiging van straf. Bij de bespreking van deze theorieën heb ik Harts raamwerk als uitgangspunt genomen.⁷¹

- 1 Wat is het algemeen rechtvaardigend doel van de praktijk van het straffen? (strafdoel)
- 2 Wie mag gestraft worden? (aansprakelijkheid)
- 3 Hoe zwaar mag gestraft worden? (strafhoogte)

In de bovenstaande bespreking stond de relatie tussen de eerste vraag (strafdoel) en derde vraag (strafhoogte) centraal. Hoe vertaalt het rechtvaardigend doel van straf zich in de strafhoogte? Deze vraag laat zich voor het utilitarisme gemakkelijk beantwoorden. De hoogte van de straf wordt gedicteerd door het nutsbeginsel. De utilitaristische strafrechtvaardiging kan met de volgende twee stellingen worden weergegeven.

- 1 Straf is gerechtvaardigd, omdat het een bijdrage levert aan de totale hoeveelheid geluk in de maatschappij.
- 2 De op te leggen straf moet de totale hoeveelheid geluk in de maatschappij maximaliseren.

Het retributivisme doet zich in verschillende gedaanten voor. De vier boven besproken theorieën bieden elk een verschillend antwoord op de vraag waarom gestraft moet worden. Kant baseert de plicht om te straffen op zijn categorische imperatief. Volgens Hegel dient de straf om de ontkenning van het recht op haar beurt weer te ontkennen. Polak meent dat gestraft moet worden om een onrechtmatige pre weg te nemen. Nozick en Duff zien straf als een poging met de gestrafte te communiceren. De kern van het retributivisme wordt gevormd door de these dat verdiende straf moet worden opgelegd. De staat heeft de plicht om te vergelden. Moore, een van de prominentste hedendaagse retributivisten, drukt dat als volgt uit.

⁷¹ Hart 1968, 'Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law', p. 1-27.

“Retributivism is a very straightforward theory of punishment: We are justified in punishing because and only because offenders deserve it. Moral culpability (‘desert’) is in such a view both a sufficient as well as a necessary condition of liability to punitive sanctions. Such justification gives society more than merely a right to punish culpable offenders. It does this, making it not unfair to punish them, but retributivism justifies more than this. For a retributivist, the moral culpability of an offender also gives society the *duty* to punish. Retributivism, in other words, is truly a theory of justice such that, if it is true, we have an obligation to set up institutions so that retribution is achieved.”⁷²

- 1 Straf is gerechtvaardigd, omdat het verdiend is.
- 2 De op te leggen straf moet – op een of andere manier – evenredig zijn aan de ernst van het feit.

Deze twee stellingen geven de kern van het retributivisme weer. Het is bijzonder lastig vast te stellen welke hoeveelheid straf in een bepaald geval verdiend is. Nozicks formule $r * H$ kan daarbij als uitgangspunt dienen.⁷³ De verantwoordelijkheid (r) heeft primair betrekking op subjectieve factoren: opzet of schuld; motief; recidive; verzachtende of verzwarende omstandigheden; etc. De ernst van de inbreuk (H) heeft primair betrekking op objectieve factoren: ernst rechtsbelang; krenking of gevaar; pleger of deelnemer; voorbereiding, poging of voltooid delict; etc. Retributivisten verschillen van mening over welke factoren een rol mogen spelen. Ik noem vier kwesties waarover geen consensus bestaat. (1) Verdienen recidivisten meer straf? (2) Zijn culpose delicten überhaupt strafwaardig? (3) Is het al dan niet intreden van een gevolg relevant voor de hoeveelheid verdiende straf (‘moral luck’)? (4) Verdient iemand die oprecht berouw heeft minder straf?

Bij het bepalen van de straffoogte kan onderscheid gemaakt worden tussen absolute en relatieve strafwaardigheid. De absolute strafwaardigheid varieert van tijd tot tijd en van plaats tot plaats. Er bestaat geen plausibele autonome maatstaf om de ernst van een feit in een concrete straf te vertalen. Bij de relatieve strafwaardigheid is het zaak bepaalde feiten op een continuüm van ernstigheid te rangschikken. Het in acht nemen van relatieve strafwaardigheid is van groot belang voor retributivisten. Doodslag moet *ceteris paribus* zwaarder gestraft worden dan dood door schuld. Mishandeling moet *ceteris paribus* zwaarder gestraft worden dan zaakbeschadiging.

⁷² Moore 1987, ‘The moral worth of retribution’, p. 181-182. Zie ook Moore 1993, ‘Justifying retributivism’; Moore 1997, ‘Placing blame. A general theory of the criminal law’, p. 84-91, 104-110 en 153-159; Moore 2002, ‘Retributivism’.

⁷³ Nozick 1974, ‘Anarchy, state, and utopia’, p. 59-63 en Nozick 1981, ‘Philosophical explanations’, p. 363-397.

De utilitaristische en de retributieve strafrechtvaardiging zijn beide omstreden. Utilitaristen beschouwen straf als een kwaad: er mag alleen gestraft worden als daarmee meer leed wordt voorkomen dan er wordt toegebracht. Retributivisten zijn van mening dat straffen een goed is: verdiende straf moet hoe dan ook opgelegd worden. Dat betekent dat ook gestraft moet worden als de straf geen enkel ander doel dient. Vanuit utilitaristisch perspectief is een dergelijke praktijk irrationeel of barbaars.⁷⁴ Retributivisten beschuldigen utilitaristen op hun beurt van immoraliteit. De utilitaristische strafrechtvaardiging laat de mogelijkheid open dat meer straf wordt opgelegd dan verdiend is. Het zwaarder straffen dan verdiend is, staat voor de retributivist gelijk aan het straffen van een onschuldige.⁷⁵ Het kantiaanse beginsel dat iemand nooit alleen als middel tot doel mag worden gebruikt, wordt dan met voeten getreden. In dat geval wordt de gestrafte niet bejegend met het respect dat hem als autonoom wezen toekomt.

De verenigingstheorie beoogt aan deze bezwaren tegemoet te komen. In de verenigingstheorie worden utilitaristische en retributieve elementen met elkaar verenigd. Het ligt daarbij voor de hand utiliteit een rol te laten spelen binnen de grenzen van de verdiende straf. Een dergelijke theorie kan gekwalificeerd worden als negatief-retributief. Een positief-retributieve theorie stelt dat verdiende straf *moet* worden opgelegd. Een negatief-retributieve theorie stelt enkel dat iemand niet zwaarder gestraft mag worden dan hij verdient.⁷⁶ Binnen de grenzen van de verdiende straf mogen andere overwegingen een rol spelen. De negatief-retributieve verenigingstheorie kan met de volgende twee stellingen worden uitgedrukt.

⁷⁴ Beccaria 1971, 'Over misdaden en straffen', p. 367 stelt: "Om aan een bepaalde sanctie haar volle uitwerking te geven is het voldoende, dat het leed, dat de straf meebrengt, groter is dan het voordeel dat het plegen van het misdrijf oplevert. (...) Alle strengheid die deze grenzen overschrijdt, is overbodig en daarom tirannie."

⁷⁵ Zie bijv. Morris 1974, 'The future of imprisonment', p. 73-77 en Murphy 1979, 'Retribution, justice, and therapy. Essays in the philosophy of law', p. 223-249.

⁷⁶ Ik heb deze terminologie ontleend aan Mackie 1985, 'Morality and the retributive emotions'. Mackie 1985, p. 207 stelt: "Within what can be broadly called a retributive theory of punishment, we should distinguish negative retributivism, the principle that one who is not guilty must not be punished, from positive retributivism, the principle that one who is guilty ought to be punished." In de literatuur zijn diverse andere benamingen in zwang. Alternatieven voor 'positive retributivism' zijn: 'retributivism', 'affirmative retributivism', 'strong retributivism', 'bold retributivism', 'mandatory retributivism', 'defining retributivism', 'pure retributivism', 'hard retributivism' en 'full retributivism'. Alternatieven voor 'negative retributivism' zijn: 'weakened retributivism', 'weak retributivism', 'permissive retributivism', 'limiting retributivism', 'side-constraint retributivism', 'side-constraint consequentialism', 'soft retributivism' en 'modified just deserts'.

- 1 Straf is gerechtvaardigd, omdat het verdiend is of omdat het een bijdrage levert aan de totale hoeveelheid geluk in de maatschappij.
- 2 De op te leggen straf wordt binnen de grenzen van hetgeen verdiend is, gedicteerd door utilitaristische en retributieve overwegingen.

Een deugdelijke verenigingstheorie dient uitsluitel te geven over de vraag welk doel in een bepaald geval de voorkeur geniet. Dat brengt mee dat de tweede stelling nader gespecificeerd moet worden. Dat is mogelijk door een rangorde tussen de doelen aan te brengen. Het is mogelijk de keuze van het strafdoel af te laten hangen van de aard van het vergrijp.⁷⁷ Zo zou men onderscheid kunnen maken tussen misdrijven en overtredingen. Bij misdrijven, die de wetgever van 1886 kwalificeerde als rechtsdelicten (*mala in se*), zou dan de voorkeur gegeven moeten worden aan het uitdelen van verdiende straf. Bij overtredingen, die de wetgever van 1886 kwalificeerde als wetsdelicten (*mala prohibita*), zou het effect van straf dan op de voorgrond moeten staan.⁷⁸ Uiteraard kan deze grens ook anders getrokken worden. Zo zou vergelding alleen gereserveerd kunnen worden voor de allerswaarste misdrijven, zoals moord en verkrachting. Bij lichtere misdrijven staat preventie dan op de voorgrond.

Alle varianten van de negatief-retributieve verenigingstheorie hebben met elkaar gemeen dat de maximale strafhoogte wordt gedicteerd door het retributivisme. Het is echter niet zonder meer duidelijk wat deze beperking inhoudt, aangezien er talloze retributieve theorieën bestaan.⁷⁹ Aanhangers van de negatief-retributieve verenigingstheorie zullen dus moeten specificeren hoe de hoeveelheid verdiende straf moet worden vastgesteld. Dat betekent dat ze positie moeten kiezen met betrekking tot controversiële retributieve kwesties als *recidive*, de strafwaardigheid van schuld en de relevantie van gevolgen ('*moral luck*').

In de meest overtuigende versie van de verenigingstheorie wordt het algemeen rechtvaardigend doel gevormd door het utilitarisme, terwijl de strafhoogte beperkt wordt door het retributivisme.⁸⁰ Het retributivisme vormt hoogstens een beperking op straf; geen rechtvaardiging van straf.

⁷⁷ Vgl. Hart 1968, 'Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law', p. 233-237 en Walker 1978, 'Punishing, denouncing or reducing crime?'

⁷⁸ Deze opvatting veronderstelt dat het straffen voor wetsdelicten op zichzelf beschouwd in overeenstemming is met het retributivisme. In paragraaf 3.4.6 blijkt dat abstracte gevaarzettingsdelicten en ordeningswetgeving retributivisten voor problemen stellen.

⁷⁹ Cottingham 1979, 'Varieties of retribution' onderscheidt maar liefst negen retributieve theorieën.

⁸⁰ Zie ook Von Hirsch 1976, 'Doing justice. The choice of punishments', p. 45-55; Moore 1997, 'Placing blame. A general theory of the criminal law', p. 92-94; De Keijser 2000, 'Punishment and purpose. From moral theory to punishment in action', p. 25-28. Deze auteurs bespreken een versie van de verenigingstheorie, waarbij het algemeen rechtvaardigend doel wordt gevormd door het retributivisme, terwijl de strafhoogte beperkt wordt door het utilitarisme. Beide versies van de verenigingstheorie – retributie beperkt door

- 1 Straf is gerechtvaardigd, omdat het een bijdrage levert aan de totale hoeveelheid geluk in de maatschappij.
- 2 De op te leggen straf wordt binnen de grenzen van hetgeen verdiend is, gedictieerd door utilitaristische overwegingen.

Deze variant van de verenigingstheorie biedt een antwoord op de voornaamste bezwaren tegen het utilitarisme en het retributivisme. Enerzijds wordt nooit doelbewust zwaarder gestraft dan verdiend is.⁸¹ Anderzijds wordt nooit doelbewust gestraft als het niet utilitair is.⁸²

Norval Morris is een van de belangrijkste pleitbezorgers van de negatief-retributieve verenigingstheorie.⁸³ Het retributivisme dicteert in alle gevallen de bovengrens van straf. In sommige gevallen wordt echter ook de ondergrens van straf bepaald door het retributivisme.⁸⁴ De ernst van een vergrijp mag niet gebagatelliseerd worden door een te lage straf. Volgens Morris kunnen deze buitengrenzen alleen bij benadering worden vastgesteld. Men kan hoogstens stellen dat een bepaalde straf niet-onverdiend is. Binnen de ruime marges van niet-onverdiende straf spelen utilitaristische overwegingen een rol. Daarbij moet gestreefd worden naar de minst ingrijpende sanctie.

Positieve retributivisten – men zou ook kunnen spreken van echte retributivisten – zijn kritisch over het negatieve retributivisme. Moore betwijfelt of de kwalificatie ‘retributief’ wel van toepassing is.⁸⁵ Volgens hem is de verplichting te straffen een onmisbaar onderdeel van het retributivisme. Deze kritiek is niet zonder grond. De overtuigingskracht van retributieve theorieën berust in belangrijke mate op het verplichtende aspect. De theorieën verliezen hun overtuigingskracht als onrecht ontkend *mag* worden, een onrechtmatige *pre mag* worden weggenomen of afkeuring *mag* worden gecommuniceerd.

utiliteit en utiliteit beperkt door retributie – leiden in de praktijk tot dezelfde strafhoogte. In beide gevallen bepalen utilitaristische overwegingen de strafhoogte binnen de grenzen van hetgeen verdiend is. In dat geval is mijns inziens moeilijk vol te houden dat retributie als algemeen rechtvaardigend doel van de strafpraktijk geldt.

⁸¹ De kwalificatie ‘doelbewust’ is nodig, omdat in een feilbaar stelsel fouten worden gemaakt. Zie paragraaf 3.4.4.

⁸² De kwalificatie ‘doelbewust’ is nodig, omdat de utiliteit niet feilloos ingeschat kan worden.

⁸³ Zie Morris 1974, ‘The future of imprisonment’; Morris 1982, ‘Madness and the criminal law’; Morris & Tonry 1990, ‘Between prison and probation. Intermediate punishments in a rational sentencing system’. Frase 2004, ‘Limiting retributivism’ geeft een goede weergave van Morris’ theorie.

⁸⁴ Dat betekent dat Morris het retributivisme ook als rechtvaardigend doel van straf ziet. In sommige gevallen moet gestraft worden, hoewel het niet utilitair is.

⁸⁵ Moore 1997, ‘Placing blame. A general theory of the criminal law’, p. 83-103 en Moore 2002, ‘Retributivism’.

Duff betoogt dat het negatieve retributivisme burgers niet als verantwoordelijke, autonome morele wezens bejegt.⁸⁶ Het negatieve retributivisme laat toe dat gestraft wordt om misdaad in de toekomst te voorkomen. Het enkele feit dat de straf binnen de grenzen van de verdiende straf valt, maakt het echter niet acceptabel. De gestrafte wordt niet met voldoende respect bejegend, omdat wegens de verkeerde reden wordt gestraft. Hij wordt, om met Hegel te spreken, behandeld als een hond. Het om utilitaristische redenen afzien van straf stuit eveneens op bezwaren. De misdadiger, het slachtoffer en de maatschappij hebben er recht op dat de juiste hoeveelheid afkeuring wordt gecommuniceerd.

Von Hirsch, wellicht de invloedrijkste Amerikaanse retributivist, is zeer kritisch over Morris' negatief-retributieve theorie.⁸⁷ Von Hirsch hecht veel waarde aan het realiseren van relatieve strafwaardigheid. Straffen beogen afkeuring te communiceren. Het is daarom van belang dat de mate van afkeuring tot uitdrukking komt in de strafhoogte. Dat betekent dat personen die evenveel straf verdienen een vergelijkbare straf opgelegd dienen te krijgen.⁸⁸ Morris' negatief-retributieve theorie laat echter ruimte voor substantiële ongelijkheden.⁸⁹ Morris bespreekt een voorbeeld met betrekking tot zes belastingontduikende dokters. Is het nodig bij alle zes dokters een gevangenisstraf op te leggen? Morris meent van niet. Als het straffen van twee dokters een afdoende algemeen preventief effect heeft, dan is het onnodig de andere vier eveneens te straffen. Deze consequenties van het negatieve retributivisme zijn onaanvaardbaar voor meer positief georiënteerde retributivisten, zoals Von Hirsch.⁹⁰ Echte retributi-

⁸⁶ Zie Duff 1996, 'Penal communications: recent work in the philosophy of punishment'; Duff 2000, 'In defence of one type of retributivism: a reply to Bagaric and Amarasekara'; Duff 2001, 'Punishment, communication, and community', p. 11-14 en 75-130.

⁸⁷ Zie Von Hirsch 1984, 'Equality, 'anisonomy,' and justice: a review of 'Madness and the criminal law'; Von Hirsch 1985, 'Past or future crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals', p. 38-46; Von Hirsch 1992, 'Selective incapacitation: some doubts'; Von Hirsch 1993, 'Censure and sanctions', p. 47-70.

⁸⁸ Von Hirsch 1985, 'Past or future crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals', p. 40 stelt: "Persons whose criminal conduct is equally serious should be punished equally. (...) [This precludes] the resolution of questions of comparative punishment on grounds other than the blameworthiness of the offender's conduct. (...) To disregard these ordinal proportionality requirements, and treat desert as providing only limits in the manner Morris proposes, would ignore the censuring implications of punishment."

⁸⁹ Zie Morris 1976, 'Punishment, desert and rehabilitation'; Morris 1982, 'Madness and the criminal law', p. 155-160 en 179-209; Morris & Tonry 1990, 'Between prison and probation. Intermediate punishments in a rational sentencing system', p. 82-108. Frase 1997, 'Sentencing principles in theory and practice' bespreekt de discussie tussen Morris en Von Hirsch. Morris 1982, p. 181 stelt: "[Quite] often, within limits, like cases *ought* to be treated differently. (...) [Justice] does not require identity or equality of punishment of the equally undeserving; it requires only that they be punished within a just range of punishments fitted to their desert."

⁹⁰ Von Hirsch is niet in alle opzichten te beschouwen als een positieve retributivist. Preventie speelt een rol bij de rechtvaardiging van het strafrechtelijk stelsel. Bij het bepalen van

visten hebben het gelijkheidsbeginsel hoog in het vaandel staan. Personen die evenveel straf verdienen, dienen even zwaar gestraft te worden.⁹¹

De verschillende straftheorieën zijn tot nu toe uitgewerkt aan de hand van de relatie tussen Harts eerste vraag (strafdoel) en derde vraag (strafhoogte). De tweede vraag in Harts raamwerk heeft betrekking op de aansprakelijkheid: wie mag gestraft worden? In een strafrechtelijk stelsel wordt de aansprakelijkheid aangetast door verschoningsgronden. Psychische overmacht, ontoerekeningsvatbaarheid of het ontbreken van opzet staan in de weg aan een veroordeling wegens doodslag. De verschoningsgronden kunnen eveneens in de sleutel van de strafdoelen worden geplaatst.

In een puur utilitaristisch stelsel worden het algemeen rechtvaardigend doel, de strafhoogte en de verschoningsgronden alle beheerst door het utilitarisme. Een utilitaristische verklaring van verschoningsgronden behelst dat niet gestraft wordt, omdat straf in die gevallen niet utilitair is. Deze verklaring vormt een antwoord op het verwijt dat het utilitarisme het toelaat onschuldigen te straffen. Een stelsel waarin het schuldbeginsel erkend wordt, leidt tot meer geluk dan een stelsel waarin dat niet het geval is. In paragraaf 3.3 bespreek ik de validiteit van de utilitaristische verklaring van verschoningsgronden.

In een puur retributief stelsel worden het algemeen rechtvaardigend doel, de strafhoogte en de verschoningsgronden alle beheerst door het retributivisme. In een negatief-retributief stelsel worden alleen de maximale strafhoogte en de verschoningsgronden beheerst door het retributivisme. Verschoningsgronden spelen een centrale rol in retributief georiënteerde stelsels. Verschoningsgronden zorgen ervoor dat alleen personen strafrechtelijk aansprakelijk worden gehouden die het verdienen voor dat delict gestraft te worden. Men zou kunnen spreken van retributie in distributie: straf mag pas toebedeeld worden als een bepaalde retributieve drempel overschreden is. In paragraaf 3.6 bespreek ik de verhouding tussen het retributivisme en de interpretatie van schuld en avas.

De negatief-retributieve verenigingstheorie beoogt tegemoet te komen aan de bezwaren die verbonden zijn aan het utilitarisme. Het nastreven van utilitaristische doelen wordt beperkt door een retributieve rechtvaardigheidsopvatting. Het is echter denkbaar dat de bezwaren tegen het utilitarisme weggenomen kunnen worden door niet-retributieve rechtvaardigheidsbeginselen. In paragraaf 3.4 onderzoek ik deze mogelijkheid. In deze paragraaf beproef ik een Rawlsiaanse theorie van verschoningsgronden en straf. Ik betoog dat deze the-

de strafhoogte in individuele gevallen dienen echter alleen retributieve overwegingen te worden betrokken. Zie Von Hirsch 1985, 'Past or future crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals', p. 57-60.

⁹¹ Zie ook McCloskey 1967, 'Utilitarian and retributive punishment'; Duff 1996, 'Penal communications: recent work in the philosophy of punishment'; Moore 1997, 'Placing blame. A general theory of the criminal law', p. 92-102. In paragraaf 3.4.9 bespreek ik de verhouding tussen het gelijkheidsbeginsel en de strafhoogte.

orie de voorkeur verdient boven de negatief-retributieve verenigingstheorie. De Rawlsiaanse ratio van verschoningsgronden wordt gevormd door het controle-principe. Verschoningsgronden geven burgers controle over het al dan niet in aanraking komen met het strafrecht. In paragraaf 3.6 bespreek ik de verhouding tussen het controleprincipe en de interpretatie van schuld en avas.

3.3 HET UTILITARISME EN HET STRAFFEN VAN ONSCHULDIGEN

3.3.1 Een utilitaristische en rechtseconomische verklaring van verschoningsgronden

Het utilitarisme streeft ernaar de hoeveelheid geluk in de maatschappij te maximaliseren. Het strafrecht wordt gezien als een middel om dat doel te bereiken. Straf leidt echter niet alleen tot geluk (preventie misdaad), maar ook tot ongeluk (leed gestrafte). Aangezien het utilitarisme iedereen even liefheeft, stelt het straffeel de utilitarist voor problemen.⁹² Het nutsbeginsel brengt mee dat alleen gestraft mag worden als daarmee meer leed wordt voorkomen dan er wordt toegebracht. Bentham bespreekt een aantal gevallen waarbij het opleggen van straf niet op zijn plaats is.⁹³ Volgens Bentham vormen verschoningsgronden een indicatie van de zinloosheid van straf.

“I call those punishments *inefficacious* which have no power to produce an effect upon the will, and which, in consequence, have no tendency towards the prevention of like acts. Punishments are inefficacious when directed against individuals who could not know the law, who have acted without intention, who have done the evil innocently, under an erroneous supposition, or by irresistible constraint. Children, imbeciles, idiots, though they may be influenced, to a certain extent, by rewards and threats, have not a sufficient idea of futurity to be restrained by punishments.”⁹⁴

Bentham meent dat niet gestraft moet worden als de straf geen doel kan treffen. Als sprake is van geestelijke stoornis, intoxicatie of jeugdigheid, dan sorteert een strafbedreiging onvoldoende effect. Hetzelfde geldt bij dwaling, bewusteloosheid of afwezigheid van opzet. Wie niet weet dat hij op het punt staat de

⁹² Mill 1979, ‘Utilitarianism’, p. 319 schrijft de volgende uitspraak aan Bentham toe: “everybody to count for one, nobody for more than one”. Hoewel dit principe op zichzelf beschouwd niet utilitaristisch is, verschaft het coherentie aan het utilitarisme. Zie Sidgwick 1981, ‘The methods of ethics’, p. 379-390.

⁹³ Bentham 1950, ‘The theory of legislation’, p. 322-324; Bentham 1962, ‘The works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of his executor, John Bowring. Volume one’, p. 397-398; Bentham 1970, ‘An introduction to the principles of morals and legislation’, p. 158-164.

⁹⁴ Bentham 1950, ‘The theory of legislation’, p. 322-323.

wet te overtreden, kan zich niet door de strafbedreiging laten weerhouden. Bovendien acht Bentham het zinloos iemand te straffen als sprake is van psychische overmacht. De strafbedreiging kan in dat geval geen effect sorteren, aangezien de actor groter gevaar ziet in het niet-overtreden van de strafbepaling. Ten slotte wijst Bentham op absolute overmacht. In dat geval is de actor fysiek niet in staat zich aan de wet te houden.

Bentham kan gezien worden als een vroege voorloper van de invloedrijke rechtseconomische beweging.⁹⁵ Deze beweging past economische theorieën en methodes toe op het recht. In 1968 publiceerde Nobelprijswinnaar Becker een baanbrekend artikel dat aan de wieg stond van de economische analyse van het strafrecht.⁹⁶ Uitgangspunt is dat personen zullen afzien van misdaad als de verwachte kosten (straf) hoger zijn dan de verwachte opbrengsten van een strafbaar feit. Belangrijke rechtseconomische thema's zijn de verhouding tussen pakkans en strafhoogte, de efficiëntie van de strafrechtelijke procedure en de preventieve werking van straf. Posner meent dat de voornaamste strafrechtelijke leerstukken verklaard kunnen worden aan de hand van het streven efficiëntie te bevorderen. Het strafrecht dient primair om het omzeilen van de markt te voorkomen.

“The major function of criminal law in a capitalist society is to prevent people from bypassing the system of voluntary, compensated exchange – the ‘market,’ explicit or implicit – in situations where, because transaction costs are low, the market is a more efficient method of allocating resources than forced exchange. Market bypassing in such situations is inefficient – in the sense in which economists equate efficiency with wealth maximization – no matter how much utility it may confer on the offender.”⁹⁷

Posner past deze rechtseconomische benadering toe op diverse verschoningsgronden. Volgens Posner laten de verschoningsgronden zich goed in economi-

⁹⁵ Vgl. Hart 1982, ‘Introduction’, p. lx-lxvi en Mackaay 2000, ‘History of law and economics’.

⁹⁶ Becker 1968, ‘Crime and punishment: an economic approach’.

⁹⁷ Posner 1985, ‘An economic theory of the criminal law’, p. 1195. Posners these lijkt op het eerste gezicht alleen van toepassing op economische delicten, zoals diefstal of afpersing. Posner meent echter dat de economische theorie ook van toepassing is op geweldsdelicten en seksuele delicten. Posner 1985, p. 1197-1198 stelt: “Someone who gets his satisfactions in life from beating up other people, without compensating them, rather than from engaging in trade with them is thus bypassing explicit markets. (...) To sum up, one who spends his time brawling rather than working is bypassing an explicit market; if he spent his time raping rather than dating women he would be bypassing an implicit market.” Posner 1992, ‘Economic analysis of law’, p. 218 stelt: “Rape bypasses the market in sexual relations (marital and otherwise) in the same way that theft bypasses markets in ordinary goods and services, and therefore should be forbidden.”

sche termen verklaren.⁹⁸ De verschillende subjectieve bestanddelen hangen samen met slagingskans en pakkans. Voorbedachte raad, opzet en schuld zijn positief gecorreleerd met slagingskans en negatief gecorreleerd met pakkans. Wie handelt met voorbedachte raad heeft de grootste kans het misdrijf te voltooien en de kleinste kans gepakt te worden. Het ligt daarom voor de hand voorbedachte raad met de hoogste straf te bedreigen. Daarnaast hangen de verschillende subjectieve bestanddelen samen met de kosten die burgers moeten maken om uit de greep van het strafrecht te blijven. Burgers kunnen gemakkelijk afzien van opzettelijke gedragingen. Het strafbaar stellen van niet-opzettelijke diefstal of vernieling zou ervoor zorgen dat burgers veel kosten moeten maken om te voorkomen dat ze gestraft worden. Aangezien dat niet tot een noemenswaardige daling van schade zou leiden, is het vaak niet efficiënt om geen opzet te eisen (overdeterrence). Posner biedt ook een economische verklaring voor ontoerekeningsvatbaarheid. Hij betoogt dat het straffen van geestesgestoorden niet efficiënt is, omdat ze niet afgeschrikt kunnen worden. De onbeduidende baten die behaald kunnen worden met het straffen wegen niet op tegen de hoge kosten die ermee gemoeid zijn.

3.3.2 Kritiek op de utilitaristische verklaring

De utilitaristische en economische verklaring van verschoningsgronden is gericht op de toekomst. Verschoningsgronden tasten de aansprakelijkheid aan, omdat het in die gevallen niet nuttig of efficiënt is om te straffen. Deze consequentialistische verklaring van verschoningsgronden is niet onbestreden gebleven. Hart laat zich bijzonder kritisch uit over Bentham's verklaring van verschoningsgronden.⁹⁹

“Bentham’s argument is in fact a spectacular *non sequitur*. He sets out to prove that to *punish* the mad, the infant child or those who break the law unintentionally or under duress or even under ‘necessity’ must be inefficacious; but all that he proves (at the most) is the quite different proposition that the *threat* of punishment will be ineffective so far as the class of persons who suffer from these conditions is concerned. Plainly it is possible that though (as Bentham says) the *threat* of punishment could not have operated on them, the actual *infliction* of punishment on those persons, may secure a higher measure

⁹⁸ Posner 1985, ‘An economic theory of the criminal law’ en Posner 1992, ‘Economic analysis of law’, p. 217-249. Zie ook Becker 1968, ‘Crime and punishment: an economic approach’; Shavell 1985, ‘Criminal law and the optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent’; Dau-Schmidt 1990, ‘An economic analysis of the criminal law as a preference-shaping policy’; Parker 1993, ‘The economics of mens rea’.

⁹⁹ Hart 1968, ‘Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law’ besteedt in vier van de opgenomen essays aandacht aan deze kwestie. Zie Hart 1968, p. 17-24, 40-50, 125-135 en 152-157. Zie voor specifieke kritiek op de economische verklaring: Finkelstein 2000, ‘The inefficiency of mens rea’ en Coleman 2000, ‘Crimes and transactions’.

of conformity to law on the part of normal persons than is secured by the admission of excusing conditions. If this is so and if Utilitarian principles only were at stake, we should, without any sense that we were sacrificing any principle of value or were choosing the lesser of two evils, drop from the law the restriction on punishment entailed by the admission of excuses: unless, of course, we believed that the terror or insecurity or misery produced by the operation of laws so Draconic was worse than the lower measure of obedience to law secured by the law which admits excuses.

This objection to Bentham's rationale of excuses is not merely a fanciful one. Any increase in the number of conditions required to establish criminal liability increases the opportunity for deceiving courts or juries by the pretence that some condition is not satisfied. When the condition is a psychological factor the chances of such pretence succeeding are considerable.¹⁰⁰

Harts bezwaren zijn even simpel als doeltreffend. Als een straf of strafbedreiging geen effect kan hebben op een bepaalde categorie mensen, dan betekent dat nog niet dat het opleggen van een straf geen effect kan hebben op andere mensen. Bovendien bieden verschoningsgronden mensen de gelegenheid zich hier valselijk op te beroepen om zo een straf te ontlopen. Hart betoogt aldus dat Bentham's verklaring van verschoningsgronden niet overtuigt. Het is niet ondenkbaar dat verschoningsgronden in strijd zijn met het nutsbeginsel. Carritt en McCloskey gaan nog een stap verder. Zij stellen ronduit dat het utilitarisme er soms toe noopt onschuldigen te bestraffen.¹⁰¹ Carritt geeft het volgende voorbeeld.

“But if some kind of very cruel crime becomes common, and none of the criminals can be caught, it might be highly expedient, as an example, to hang an innocent man, if a charge against him could be so framed that he were universally thought guilty; indeed this would only fail to be an ideal instance of utilitarian ‘punishment’ because the victim himself would not have been so likely as a real felon to commit such a crime in the future; in all other respects it would be perfectly deterrent and therefore felicitous.”¹⁰²

Dergelijke voorbeelden dienen om de ondeugdelijkheid van de utilitaristische strafrechtvaardiging te illustreren. Het straffen van onschuldigen wordt algemeen afgekeurd. Een theorie die tot moreel verwerpelijke uitkomsten leidt – zo luidt de redenering – dient verworpen te worden.

¹⁰⁰ Hart 1968, ‘Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law’, p. 19.

¹⁰¹ Carritt 1947, ‘Ethical and political thinking’, p. 58-76; McCloskey 1957, ‘An examination of restricted utilitarianism’; McCloskey 1965, ‘A non-utilitarian approach to punishment’; McCloskey 1967, ‘Utilitarian and retributive punishment’.

¹⁰² Carritt 1947, ‘Ethical and political thinking’, p. 65.

De vraag of het utilitarisme het straffen van onschuldigen toelaat, kan niet op taalkundige gronden beslecht worden door te stellen dat straffen vergelden impliceert.¹⁰³ Deze strategie veronderstelt wat beantwoord moet worden. Hart spreekt in dit verband van een ‘definitional stop’.¹⁰⁴ Deze strategie heeft tot gevolg dat de consequenties van een geheel utilitaristisch stelsel niet doordacht kunnen worden.

3.3.3 Het utilitaristische weerwoord: bestraffing van onschuldigen is disutilitair

Carritt suggereert dat het utilitair is een onschuldige tot de strop te veroordelen. Het is echter de vraag of dit het geval is. Rawls trekt de utiliteit van Carritts voorbeeld in twijfel door onderscheid te maken tussen de rechtvaardiging van een stelsel en de rechtvaardiging van een handeling binnen het stelsel.

“One must describe more carefully what the *institution* is which his example suggests, and then ask oneself whether or not it is likely that having this institution would be for the benefit of society in the long run. One must not content oneself with the vague thought that, when it’s a question of *this* case, it would be a good thing if *somebody* did something even if an innocent person were to suffer.

Try to imagine, then, an institution (which we may call ‘telishment’) which is such that the officials set up by it have authority to arrange a trial for the condemnation of an innocent man whenever they are of the opinion that doing so would be in the best interests of society. The discretion of officials is limited, however, by the rule that they may not condemn an innocent man to undergo such an ordeal unless there is, at the time, a wave of offenses similar to that with which they charge him and telish him for. We may imagine that the officials having the discretionary authority are the judges of the

¹⁰³ Veel definities van straf bevatten een retributief element. Zie bijv. Benn 1958, ‘An approach to the problems of punishment’, p. 331; Keijzer 1987, ‘Enkele opmerkingen omtrent de praesumptio innocentiae in strafzaken’, p. 252; Knigge 1988, ‘Het irrationele van de straf’, p. 8; Jonkers 1999, ‘De strafrechtelijke straf: inhoud, grondslag, doeleinden’, p. 165-166. Het verdient opmerking dat de Hoge Raad ook van straf spreekt als een disproportionele sanctie wordt opgelegd. In HR 24 juli 1967, NJ 1969, 63 overwoog de Hoge Raad “dat de aan het middel ten grondslag liggende stelling, dat geen straf mag worden opgelegd die zwaarder is dan door de schuld van de dader wordt gerechtvaardigd in geen rechtsregel steun vindt, en het aan het Hof vrijstond bij de bepaling van de aan rekw. op te leggen straf niet uitsluitend op de schuld van rekw. te letten (...)” Retributivisten stellen een dergelijke straf gelijk aan het straffen van een onschuldige. Zie bijv. Morris 1974, ‘The future of imprisonment’, p. 73-77 en Murphy 1979, ‘Retribution, justice, and therapy. Essays in the philosophy of law’, p. 223-249.

¹⁰⁴ Hart 1968, ‘Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law’, p. 4-6. Het straffen van onschuldigen wordt door Hart 1968, p. 5 bestempeld als een ‘sub-standard case of punishment’: “Punishment of persons (...) who neither are in fact nor supposed to be offenders.”

higher courts in consultation with the chief of police, the minister of justice, and a committee of the legislature.

Once one realizes that one is involved in setting up an *institution*, one sees that the hazards are very great. For example, what check is there on the officials? How is one to tell whether or not their actions are authorized? How is one to limit the risks involved in allowing such systematic deception? How is one to avoid giving anything short of complete discretion to the authorities to telish anyone they like? In addition to these considerations, it is obvious that people will come to have a very different attitude towards their penal system when telishment is adjoined to it. They will be uncertain as to whether a convicted man has been punished or telished. They will wonder whether or not they should feel sorry for him. They will wonder whether the same fate won't at any time fall on them. If one pictures how such an institution would actually work, and the enormous risks involved in it, it seems clear that it would serve no useful purpose. A utilitarian justification for this institution is most unlikely.¹⁰⁵

Rawls verschuift het perspectief van de concrete handeling naar het strafrechtelijk stelsel. Een strafrechtelijk stelsel impliceert het bestaan van bepaalde regels met betrekking tot de distributie van straf. De utilitaristische strafrechtvaardiging heeft betrekking op deze regels. Zijn de regels die de strafrechtelijke aansprakelijkheid omlijnen *over het geheel genomen* utilitair? Dit perspectief brengt mee dat niet iedere handeling binnen het stelsel op zichzelf beschouwd utilitair hoeft te zijn.¹⁰⁶ Het gaat om de utiliteit van het stelsel als zodanig.

Brandt geeft een regelutilitaristische theorie van verschoningsgronden.¹⁰⁷ Handelingsutilitarisme (act-utilitarianism) beoordeelt iedere handeling afzonderlijk. Het verwachte gevolg van de handeling maakt de handeling goed of slecht. Regelutilitarisme (rule-utilitarianism) beoordeelt een groep handelingen van hetzelfde type als de handeling in kwestie. Het verwachte gevolg van de groep handelingen maakt de handeling in kwestie goed of slecht. Volgens Brandt leidt het regelutilitarisme tot een plausibele theorie van verschoningsgronden.

“The essence of it is the thesis that the rightness or wrongness of an action is fixed by the utility of the currency of a *moral code* which prescribes or proscribes the action. We might say its thesis is this: ‘An action is right if and only if it is not proscribed by a moral code, the currency of which in the society of the agent would produce at least as much good per person as the currency of any other moral code, in

¹⁰⁵ Rawls 1955, ‘Two concepts of rules’, p. 11-12.

¹⁰⁶ Vgl. Nowell-Smith 1970, ‘On sanctioning excuses’; Griffiths 1970, ‘The limits of criminal law scholarship’, p. 1451-1453; Griffiths 1973, ‘Book review’, p. 818-819 (voetnoot 5).

¹⁰⁷ Brandt 1959, ‘Ethical theory. The problems of normative and critical ethics’, p. 480-505 en Brandt 1969, ‘A utilitarian theory of excuses’.

view of the situations which may be expected to arise in the society.’
(...)

So if a rule-utilitarian affirms that an act is objectively right if it would be permitted by the moral code which will have the best consequences, then, since the best moral system will also contain a system of excuses, the utilitarian will presumably say that behavior in some way out of line *should be excused* if its excuse would be provided for in the total moral system which would have the best consequences.
(...)

In making the calculations, the utilitarian will take into account how the utility of the system is affected if certain defenses (such as insanity) are allowed and if certain circumstances are regarded as mitigating (different degrees of homicide recognized). Whether such defenses or mitigations are allowed will make a great deal of difference to the utility of the system as a whole. Obviously, if every homicide were a capital offense, and no defenses of mistake or accident or insanity were admitted, the total effect would be intolerable; anyone who drove a motorcar would be continuously under the shadow of a threat to life which no voluntary act of his could remove. (...)

[It] seems clear that the utilitarian will conclude that the best system of criminal law will combine a fairly heavy penalty for homicide with a system of exculpations and mitigations for certain circumstances. This system will yield a high degree of deterrence combined with lower social costs, as compared with any system which had no provision for excuses.”¹⁰⁸

Het verwijt dat het utilitarisme noopt tot het straffen van onschuldigen verliest aan kracht als alleen acht geslagen wordt op de rechtvaardiging van het strafrechtelijk stelsel als zodanig. Rawls stelt dat het incidenteel straffen van onschuldigen alleen denkbaar is in een stelsel. Vervolgens betoogt hij dat een dergelijk stelsel disutilitair is. Brandt wijst op de utiliteit van verschoningsgronden. Hij meent dat een stelsel zonder verschoningsgronden minder utilitair is dan een stelsel met verschoningsgronden.

De stelling dat het utilitarisme noopt tot het straffen van onschuldigen wordt op diverse gronden bestreden. In de eerste plaats wordt gewezen op de weezin en onrust die gepaard zouden gaan met het straffen van onschuldigen.¹⁰⁹ Hoewel het straffen van onschuldigen de generale preventie ten goede zou komen, weegt dit niet op tegen de beroering die dat zou opleveren. In de tweede plaats wordt gewezen op de sociale en economische kosten die het ge-

¹⁰⁸ Brandt 1969, ‘A utilitarian theory of excuses’, p. 346-351.

¹⁰⁹ Zie Thompson 1966, ‘Retribution and the distribution of punishment’; Lyons 1974, ‘Deterrent theory and punishment of the innocent’; Martin 1987, ‘The legal philosophy of H.L.A. Hart. A critical appraisal’, p. 147-174. Bentham 1970, ‘An introduction to the principles of morals and legislation’, p. 164 wijst erop dat ongenoegen bij de bevolking een reden kan zijn af te zien van straf: “The displeasure of the *people* (...) in cases where (...) they happen to conceive, that the offence or the offender ought not to be punished at all, or at least ought not to be punished in the way in question.”

volg zouden zijn van het straffen van onschuldigen.¹¹⁰ Burgers zouden zo veel moeite moeten doen uit de greep van het strafrecht te blijven dat het sociale en economische leven praktisch tot stilstand zou komen. In de derde plaats wordt betoogd dat het straffen van een onschuldige leidt tot meer leed bij de bestrafte en zijn dierbaren dan het straffen van een schuldige.¹¹¹ Dat betekent dat de utilitaristische kosten (leed bestrafte en dierbaren) in dat geval minder snel zullen opwegen tegen de baten (preventie). Ten slotte wordt gesteld dat de preventieve werking van het strafrecht voor een aanzienlijk deel gebaseerd is op de legitimiteit van het strafrecht.¹¹² Als ook onschuldigen gestraft zouden worden, dan gaat dat ten koste van de preventieve werking van straf.

3.3.4 Straf zonder schuld: Bentham, Holmes en Peters

Ik meen dat de boven opgevoerde argumenten door de bank genomen zullen slagen. Het straffen van onschuldigen is in de regel disutilitair. Dat neemt niet weg dat zich omstandigheden kunnen voordoen waarin de utilitarist wel gehouden is onschuldigen te straffen. Het utilitarisme heeft geen principiële bezwaren tegen het straffen van onschuldigen. Ter illustratie bespreek ik de opvattingen van Bentham, Holmes en Peters.

Bentham sluit het straffen van onschuldigen niet principieel uit. Bij het definiëren van straf maakt hij onderscheid tussen het straffen van iemand die het feit gepleegd heeft (*in propriam personam*) en iemand die het feit niet gepleegd heeft (*in alienam personam*).¹¹³ Bentham meent dat het nutsbeginsel kan dicteren dat onschuldigen bestraft worden.¹¹⁴ Als het straffen van een onschuldige meer leed voorkomt dan het veroorzaakt, dan moet gestraft worden: niet-straffen staat gelijk aan een *contradictio in terminis*. Maar, zo overweegt Bentham, maakt het straffen van onschuldigen dan geen inbreuk op een fundamenteel en algemeen erkend beginsel van rechtvaardigheid?

“The answer is: This being one of those principles which in substance are continually alluded to, but which in truth are not any where to be found, cannot with propriety be employed in the character of an ob-

¹¹⁰ Zie Nowell-Smith 1970, ‘On sanctioning excuses’ en Posner 1985, ‘An economic theory of the criminal law’.

¹¹¹ Zie Sprigge 1965, ‘A utilitarian reply to dr. McCloskey’.

¹¹² Zie Nowell-Smith 1970, ‘On sanctioning excuses’; Ezorsky 1974, ‘Punishment and excuses’; Robinson 1996, ‘The criminal-civil distinction and the utility of desert’; Robinson & Darley 1997, ‘The utility of desert’. Robinson & Darley 1997 verdedigen de opvatting dat straffen die haaks staan op in de maatschappij levende opvattingen op termijn disutilitair zijn. Zie paragraaf 3.4.7 met betrekking tot proportionaliteit.

¹¹³ Bentham 1962, ‘The works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of his executor, John Bowring. Volume one’, p. 391.

¹¹⁴ Bentham 1962, ‘The works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of his executor, John Bowring. Volume one’, p. 475-477.

jection to any rule which, standing expressed in a determinate form of words, is seen to be unexceptionable.

To inflict punishment when, without introducing preponderant inconvenience, the infliction of such punishment is avoidable, is, in the case of the innocent, contrary to the principle of utility. Admitted: – and so is it in the case of the guilty likewise.

To punish where, without introducing preponderant inconvenience, such punishment is unavoidable, is not in either case contrary to the principle of utility; – not in the case of the guilty: no, nor yet in the case of the innocent.”¹¹⁵

Bentham meent dat rechtvaardigheidsbeginselen niet in de weg staan aan het straffen van onschuldigen. Schuld en onschuld vormen *op zichzelf beschouwd* geen factor in de afweging of gestraft moet worden. Het nutsbeginsel is de maat aller dingen. Als het straffen van een onschuldige utilitair is, dan moet gestraft worden. Bentham wijst in dit verband op het straffen van een collectief.¹¹⁶ Als niet vastgesteld kan worden wie schuldig of onschuldig is, dan kan de groep als geheel gestraft worden.¹¹⁷

De befaamde Amerikaanse jurist Oliver Wendell Holmes stelt dat generale preventie het belangrijkste doel van het strafrecht is.¹¹⁸ Holmes meent dat de staat het recht heeft individuen op te offeren om het algemeen belang te bevorderen.¹¹⁹ Preventie als het universele doel van straf brengt mee dat strafrechtelijke aansprakelijkheid moet worden vastgesteld aan de hand van objectieve criteria. Dat betekent dat geen rekening gehouden hoeft te worden met subjectieve factoren.

¹¹⁵ Bentham 1962, ‘The works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of his executor, John Bowring. Volume one’, p. 476.

¹¹⁶ Bentham 1962, ‘The works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of his executor, John Bowring. Volume one’, p. 483-489.

¹¹⁷ De bespreking van Bentham is alleen bedoeld om te illustreren dat hij het straffen van onschuldigen niet principieel uitsluit. Bentham was zich terdege bewust van de negatieve effecten die daarmee gepaard gaan. In het algemeen kan gesteld worden dat het doelbewust straffen van onschuldigen zich slecht verdraagt met Benthams uitwerking van het utilitarisme. Vgl. Rosen 1997, ‘Utilitarianism and the punishment of the innocent: the origins of a false doctrine’ en Binder & Smith 2000, ‘Framed: utilitarianism and punishment of the innocent’.

¹¹⁸ Holmes 1881, ‘The common law’, p. 39-76.

¹¹⁹ Holmes 1881, ‘The common law’, p. 43-44 stelt: “No society has ever admitted that it could not sacrifice individual welfare to its own existence. If conscripts are necessary for its army, it seizes them, and marches them, with bayonets in their rear, to death. (...) But it seems to me clear (...) that at the bottom of all private relations, however tempered by sympathy and all the social feelings, is a justifiable self-preference. If a man is on a plank in the deep sea which will only float one, and a stranger lays hold of it, he will thrust him off if he can. When the state finds itself in a similar position, it does the same thing. (...) If a man lives in society, he is liable to find himself so treated.”

“[Theory] and fact agree in frequently punishing those who have been guilty of no moral wrong, and who could not be condemned by any standard that did not avowedly disregard the personal peculiarities of the individuals concerned.”¹²⁰

“Considering this purely external purpose of the law together with the fact that it is ready to sacrifice the individual so far as necessary in order to accomplish that purpose, we can see more readily than before that the actual degree of personal guilt involved in any particular transgression cannot be the only element, if it is an element at all, in the liability incurred.”¹²¹

“[The] law establishes certain minima of social conduct that a man must conform to at his peril. (...) If I were having a philosophical talk with a man I was going to have hanged (or electrocuted) I should say, I don't doubt that your act was inevitable for you but to make it more avoidable by others we propose to sacrifice you to the common good. You may regard yourself as a soldier dying for your country if you like. But the law must keep its promises.”¹²²

De belangrijkste Nederlandse pleitbezorger van het utilitarisme in het strafrecht is Peters.¹²³ Hij ruimt in zijn proefschrift een belangrijke plaats in voor generale en speciale preventie. Peters meent dat de rechter schuld aanneemt omdat hij daarmee een opvolgende actie – het opleggen en executeren van straf – wil rechtvaardigen.¹²⁴ Schuld is niets meer en niets minder dan de crimineel-politieke rechtvaardiging van de toe te passen sanctie in het concrete geval. Het delict in kwestie determineert of generale preventie of speciale preventie op de voorgrond staat.

Bij overtredingen komt volgens Peters het primaat toe aan generale preventie. Peters herleidt het begrip schuld bij overtredingen tot de noodzaak van generale preventie. Deze retorische manoeuvre vormt de opmaat tot de stelling dat het straffen van iemand die het niet kon helpen, geen schending oplevert van het schuldbeginsel.

“Ik wil stellen, dat er bij overtredingen in feite niet wordt gestraft zonder schuld. Dat betekent, dat er ook in geval van overtredingen, begaan door mensen ‘die dat niet konden helpen’, schuld is. Deze schuld betekent hetzelfde als wat schuld in elke schuldopvatting moet betekenen, namelijk grondslag voor het toerekenen, voor de straf. Omdat straf bij geringe delicten (overtredingen) generale preventie

¹²⁰ Holmes 1881, ‘The common law’, p. 44-45.

¹²¹ Holmes 1881, ‘The common law’, p. 49.

¹²² Deze passage is afkomstig uit een brief van Holmes aan Laski. Zie DeWolfe Howe 1953, ‘Holmes-Laski letters. The correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski 1916-1935’, p. 806.

¹²³ In paragraaf 4.3.2 bespreek ik Peters’ normatieve opzettheorie.

¹²⁴ Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’, p. 226-231.

ten doel heeft, *kan* schuld, bij deze delicten, *niets anders* uitdrukken dan een noodzaak van generale preventie.”¹²⁵

Peters meent dat bij ernstige delicten de nadruk ligt op speciale preventie.¹²⁶ Culpose delicten hebben volgens hem geen generaal preventieve functie. Bij culpose delicten bestaat het enige doel van toerekenen in speciale preventie. Peters herleidt de schuld bij culpose delicten nu tot de noodzaak van speciale preventie. Het veroorzaakte gevolg vormt een aanleiding onderzoek in te stellen naar de ‘accident-proneness’ van de actor. De culpose delictsomschrijving heeft geen betrekking op gevaarlijke daden, maar op gevaarlijke daders. Een actor heeft schuld als een speciaal preventief effect verwacht mag worden.

Peters’ theorie laat zich goed plaatsen in Harts raamwerk. De vraag wie aansprakelijk mag worden gehouden (tweede vraag) wordt rechtstreeks afgeleid uit het utilitaristische algemeen rechtvaardigend doel (eerste vraag). Het enkele feit dat iemand geen controle had met betrekking tot het al dan niet plegen van het feit, staat niet aan het opleggen van straf in de weg. Peters stelt de interpretatie van schuld afhankelijk van toekomstige factoren: er is sprake van schuld als het opleggen van een sanctie utilitair is. De Jong & Knigge en Vellinga’s visie met betrekking tot onbewuste schuld kan in dezelfde sleutel geplaatst worden.¹²⁷ De Jong & Knigge achten de rechtvaardiging van de bestraffing van onbewuste schuld problematisch.¹²⁸ Dit vormt echter geen reden voor straffeloosheid. In de eerste plaats kan van de bedreiging een prikkel uitgaan tot oplettend gedrag. In de tweede plaats heeft de straffeloosheid van onbewuste schuld tot gevolg dat men dan zou moeten bewijzen dat iemand bewustzijn had. Dit bewijs is bij een ontkennende verdachte moeilijk te leveren. Vellinga meent eveneens dat geen overtuigende basis voor de bestraffing van onbewuste schuld bestaat.¹²⁹ Hij noemt twee redenen om toch straf op te leggen. Vellinga wijst in de eerste plaats op de normdemonstratie voor de rechtsgenoten. Daarnaast kan de straf een zekere genoegdoening betekenen voor het slachtoffer of zijn nabestaanden.

De opvattingen van Bentham, Holmes en Peters weerspiegelen wat veel mensen verwerpelijk vinden aan de utilitaristische straftheorie. Utilitaristen kennen geen principiële waarde toe aan het schuldbeginsel. Als het straffen van onschuldigen meer leed voorkomt dan het veroorzaakt, dan moet gestraft worden. Deze consequentie staat haaks op de morele intuïtie van veel mensen. Is dat

¹²⁵ Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’, p. 230.

¹²⁶ Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’, p. 266-270.

¹²⁷ Zie ook paragraaf 3.6.2.6.

¹²⁸ De Jong & Knigge 2003, ‘Ons strafrecht deel 1. Het materiële strafrecht’, p. 134-135.

¹²⁹ Vellinga 1979, ‘Gevaar en schuld op de weg. De artt. 25 en 36 Wegenverkeerswet onderzocht’, p. 195-197.

een reden het utilitarisme af te wijzen? Smart meent van niet.¹⁵⁰ Volgens Smart is het onmiskenbaar waar dat we soms beschikken over anti-utilitaristische gevoelens. Hij suggereert dat deze gevoelens mogelijk te wijten zijn aan morele conditionering in de kindertijd. Smart wijst erop dat de anti-utilitaristische opvatting eveneens leidt tot onwenselijke gevolgen.

“Surely if it is shown that, in certain circumstances (which we may hope will never in fact occur) a utilitarian ought, on his own principles, to commit a serious injustice, such as punishing an innocent man, then it seems that this *does* and *should* weaken the appeal of utilitarianism. And yet one can be made to vacillate back again. We also reflect that the serious injustice would *ex hypothesi* be the only possible alternative to an even greater total misery than would be caused by the injustice.”¹⁵¹

Smart kaatst de bal terug naar de tegenstanders van het utilitarisme. Het niet-straffen van een onschuldige behelst een keuze voor meer ongeluk. Tegenstanders van het utilitarisme moeten uitleggen waarom ze nochtans de voorkeur geven aan deze keuze. Waarom gaat rechtvaardigheid boven utiliteit? Bagaric stelt dat de these dat het soms moreel aanvaardbaar is onschuldigen te straffen, in lijn is met andere beslissingen die we in extreme omstandigheden nemen.¹⁵² Churchill besloot in 1940 de burgers van Coventry niet te waarschuwen voor een naderend bombardement om de Duitsers niet te laten weten dat ze de code hadden gekraakt. Veel mensen achten het juist deze levens op te offeren om in de toekomst meer levens te kunnen redden. Waarom zou niet hetzelfde gelden met betrekking tot het straffen van onschuldigen?

Daarbij komt dat ook retributivisten soms bereid zijn onschuldigen te straffen. Vrijwel niemand meent dat martelen, doden of straffen van onschuldigen onder alle omstandigheden moet worden afgewezen. Zelfs Moore, een van de meest uitgesproken tegenstanders van de utilitaristische straftheorie, lijkt deze mening toegedaan.¹⁵³ Als de gevolgen maar erg genoeg zijn, dan geven conse-

¹⁵⁰ Smart 1965, ‘The methods of ethics and the methods of science’ en Smart 1973, ‘An outline of a system of utilitarian ethics’. Smart reageert op het verwijt van McCloskey. Zie m.n. McCloskey 1957, ‘An examination of restricted utilitarianism’ en McCloskey 1965, ‘A non-utilitarian approach to punishment’.

¹⁵¹ Smart 1965, ‘The methods of ethics and the methods of science’, p. 347.

¹⁵² Bagaric 1999, ‘In defence of a utilitarian theory of punishment: punishing the innocent and the compatibility of utilitarianism and rights’.

¹⁵³ Zie Moore 1997, ‘Placing blame. A general theory of the criminal law’, p. 153-159 en 719-724. Moore 1997, p. 719 stelt: “Despite my non-consequentialist views on morality, I cannot accept the Kantian line. It just is not true that one should allow a nuclear war rather than killing or torturing an innocent person. It is not even true that one should allow the destruction of a sizable city by a terrorist nuclear device rather than kill or torture an innocent person. To prevent such extraordinary harms extreme actions seem to me to be justified.” Zie ook McCloskey 1965, ‘A non-utilitarian approach to punishment’, p. 251: “It is conceivable that such unjust punishments may, in extreme circumstances, be-

→

quentialistische argumenten de doorslag. Bagaric meent dat een dergelijke concessie de validiteit van niet-utilitaristische theorieën ondergraaft.¹³⁴

Ten slotte wordt gesteld dat ook in een retributief stelsel onschuldigen gestraft zullen worden.¹³⁵ Het is onmogelijk met zekerheid vast te stellen of iemand schuldig is. Het straffen van schuldigen gaat daarom noodzakelijkerwijs gepaard met het straffen van onschuldigen. Retributivisten pareren dit verwijt door erop te wijzen dat ze onschuldigen nimmer *doelbewust* straffen. In paragraaf 3.4.4 ga ik nader in op deze kwestie.

3.3.5 Gaat rechtvaardigheid boven utiliteit?

De meeste filosofen en juristen zijn niet overtuigd door de utilitaristische argumenten. Het feit dat het utilitarisme het doelbewust straffen van onschuldigen niet principieel uitsluit, wordt beschouwd als een fataal gebrek van de utilitaristische straftheorie.¹³⁶ In het vorige hoofdstuk heb ik betoogd dat controle een belangrijk aspect van de strafrechtelijke aansprakelijkheid vormt. Het stelsel van verschoningsgronden biedt burgers controle met betrekking tot het in aanraking komen met het strafrecht. Tegenstanders van het utilitarisme menen dat rechtvaardigheid dicteert dat burgers controle wordt geboden. Husak koppelt rechtvaardigheid aan individuele rechten.¹³⁷ Hij stelt dat het onrechtvaardig is iemand aansprakelijk te houden voor iets waar hij geen controle over heeft. Dat brengt mee dat mensen een recht hebben om in dat geval niet gestraft te worden.¹³⁸ Utilitaristische overwegingen kunnen in beginsel geen inbreuk maken op dit fundamentele beginsel van rechtvaardigheid. Ook Hart

come permissible, but this would only be so if a grave evil has to be perpetrated to achieve a very considerable good.”

¹³⁴ Bagaric 1999, ‘In defence of a utilitarian theory of punishment: punishing the innocent and the compatibility of utilitarianism and rights’. Zie ook Kaplow & Shavell 2002, ‘Fairness versus welfare’, p. 343 (voetnoot 105).

¹³⁵ Zie m.n. Dolinko 1992, ‘Three mistakes of retributivism’; Kaplow & Shavell 2002, ‘Fairness versus welfare’, p. 336-352; Christopher 2002, ‘Deterring retributivism: the injustice of ‘just’ punishment’.

¹³⁶ Zie bijv. McCloskey 1963, ‘A note on utilitarian punishment’; Hart 1968, ‘Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law’, p. 71-83; Morris 1974, ‘The future of imprisonment’, p. 73-80; Von Hirsch 1976, ‘Doing justice. The choice of punishments’, p. 45-55; Fletcher 1978, ‘Rethinking criminal law’, p. 506-511; Murphy 1979, ‘Retribution, justice, and therapy. Essays in the philosophy of law’, p. 93-115; Nozick 1981, ‘Philosophical explanations’, p. 380-382; Duff 1986, ‘Trials and punishments’, p. 151-164; Husak 1987, ‘Philosophy of criminal law’, p. 50-53; Walker 1991, ‘Why punish?’, p. 88-95; Moore 1997, ‘Placing blame. A general theory of the criminal law’, p. 94-97; Ashworth 2003, ‘Principles of criminal law’, p. 157-203.

¹³⁷ Husak 1987, ‘Philosophy of criminal law’, p. 30-43.

¹³⁸ Husak 1987, ‘Philosophy of criminal law’, p. 98 stelt: “Simply expressed, the control principle states that criminal liability is unjust if imposed for a state of affairs over which a person lacks control. We have a prima facie moral right not to be held criminally liable in violation of this requirement.”

meent dat een verband bestaat tussen rechtvaardigheid en verschoningsgronden.

“It is clear that like all principles of Justice it is concerned with the adjustment of claims between a multiplicity of persons. It incorporates the idea that each individual person is to be protected against the claim of the rest for the highest possible measure of security, happiness or welfare which could be got at his expense by condemning him for a breach of the rules and punishing him. For this a moral licence is required in the form of proof that the person punished broke the law by an action which was the outcome of his free choice, and the recognition of excuses is the most we can do to ensure that the terms of the licence are observed. (...) Perhaps we (or I) ought simply to say that it is a requirement of Justice, and Justice simply consists of principles to be observed in adjusting the competing claims of human beings which (i) treat all alike as persons by attaching special significance to human voluntary action and (ii) forbid the use of one human being for the benefit of others except in return for his voluntary actions against them.”¹³⁹ “The individual according to this outlook, which is surely neither esoteric nor confused, has a right not to be used in this way unless he could have avoided doing what he did.”¹⁴⁰

Hart acht het eveneens rechtvaardig dat strafrechtelijke aansprakelijkheid scharniert om controle. Strafrechtelijke aansprakelijkheid vereist een morele licentie. Een individu mag alleen gebruikt worden om utilitaristische doeleinden te verwezenlijken als hij aansprakelijkheid had kunnen voorkomen. Harts uitgangspunt is in overeenstemming met Kants opvatting dat een mens nooit *alleen* als middel gebruikt mag worden.¹⁴¹

Hart en Husak menen aldus dat het schuldbeginsel een fundamentele morele waarde vertegenwoordigt. Uitgangspunt is dat mensen die geen schuld hebben niet gestraft mogen worden. Dit uitgangspunt is in overeenstemming met de morele intuïtie van veel mensen.¹⁴² De Hoge Raad overwoog in het Melk en waterarrest dat strafbaarheid zonder schuld indruist tegen het rechtsgevoel.¹⁴³ Strafbaarheid zonder schuld kon volgens de Hoge Raad alleen aanvaard worden als de wetgever dat uitdrukkelijk zou bepalen.

Het is de vraag welke waarde moet worden toegekend aan dit sterk ontwikkelde rechtsgevoel. Gaat rechtvaardigheid inderdaad boven utiliteit? Moet worden vastgehouden aan het schuldbeginsel als zou blijken dat het disutilitair

¹³⁹ Hart 1968, ‘Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law’, p. 21-22.

¹⁴⁰ Hart 1968, ‘Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law’, p. 207.

¹⁴¹ Vgl. Hart 1968, ‘Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law’, p. 242-244. Zie paragraaf 3.2.3.2 over Kant.

¹⁴² Zie over de morele intuïtie van burgers: Robinson & Darley 1995, ‘Justice, liability, and blame. Community views and the criminal law’ en Finkel 1995, ‘Commonsense justice. Jurors’ notions of the law’, p. 79-96.

¹⁴³ HR 14 februari 1916, NJ 1916, p. 681.

is? Ik moet bekennen dat ik enigszins ambivalent tegenover deze kwestie sta. Enerzijds komt het mij voor dat het schuldbeginselfinderdaad een fundamentele morele waarde vertegenwoordigt. Straffen zonder schuld behelst een ernstige onrechtvaardigheid. Anderzijds geldt dat het prefereren van het schuldbeginself boven het nutsbeginself leidt tot meer ongeluk dan anders het geval zou zijn. Het verdedigen van deze positie vereist naar mijn mening goede argumenten.

In de volgende paragraaf onderzoek ik of deze goede argumenten ontleend kunnen worden aan Rawls' bekende rechtvaardigheidstheorie.¹⁴⁴ Rawls' theorie beoogt een alternatief te bieden voor het utilitarisme. Uitgangspunt van zijn theorie is dat personen in de originele toestand een beslissing moeten nemen over de inrichting van de maatschappij. De personen in de originele toestand zijn gehuld in een sluier van onwetendheid. Volgens Rawls zullen deze personen daarom kiezen voor rechtvaardige beginselen. Het is nu de vraag of het schuldbeginself in deze sleutel kan worden geplaatst.

3.4 EEN RAWLSIAANSE THEORIE VAN VERSCHONINGSGRONDEN EN STRAF

3.4.1 Inleiding

In deze paragraaf pas ik Rawls' theorie van rechtvaardigheid toe op het strafrecht. In 'A theory of justice' bouwt Rawls voort op de door Locke, Rousseau en Kant uitgewerkte idee van het sociale contract.¹⁴⁵ Het bijzondere van Rawls is de wijze waarop hij dat sociale contract vormgeeft. Hij biedt een methode om een rechtvaardige samenleving te ontwikkelen. Personen in een originele toestand dienen, achter een sluier van onwetendheid, beslissingen te nemen over de inrichting van de maatschappij. De sluier van onwetendheid voorkomt dat personen zullen kiezen voor beginselen die primair hunzelf ten goede komen. De billijke aanvangssituatie zorgt ervoor dat de contractanten rechtvaardige beginselen aan de maatschappij ten grondslag zullen leggen.

Rawls merkt op dat de moraalfilosofie lang gedomineerd is door het utilitarisme. Grote utilitaristische schrijvers als Bentham en Mill hebben de grondslag gelegd voor een veelomvattende en systematische theorie. Critici hebben erop gewezen dat het utilitarisme leidt tot uitkomsten die haaks staan op onze morele intuïtie. Ze zijn er echter niet in geslaagd een systematisch alternatief te bie-

¹⁴⁴ Rawls 1973, 'A theory of justice'.

¹⁴⁵ Rawls 1973, 'A theory of justice'; Rawls 1999, 'A theory of justice. Revised edition'; Rawls 2006, 'Een theorie van rechtvaardigheid'. Het is belangrijk op te merken dat ik niet teruggrijp op Rawls 1955, 'Two concepts of rules' (zie paragraaf 3.3.3). In die publicatie verdedigt Rawls het utilitarisme tegen de stelling dat het het straffen van onschuldigen toelaat. De onderhavige paragraaf staat echter in het teken van een niet-utilitaristische fundering van verschoningsgronden en straf. Dat brengt mee dat de argumenten uit Rawls 1955 irrelevant zijn.

den. Het gevolg is dat men uiteindelijk uitkomt op een min of meer utilitaristische theorie die, ietwat ad hoc, wordt beperkt door intuïtionistische randvoorwaarden. Rawls neemt hier geen genoegen mee. Hij beoogt met zijn theorie een systematisch, bovenintuïtief alternatief te bieden voor het utilitarisme.

Rawls meent dat het utilitarisme het onderscheid tussen personen niet serieus neemt. Het utilitarisme is alleen geïnteresseerd in de hoeveelheid nut. Het is niet direct van belang hoe de hoeveelheid nut over personen verdeeld is. Het utilitarisme laat toe dat het verlies van vrijheid voor sommigen wordt gecompenseerd door een grotere hoeveelheid geluk voor anderen. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan slavernij. Het leed van de slaven kan gecompenseerd worden door het geluk van anderen. Volgens Rawls staat de rechtvaardigheid in de weg aan dergelijke inbreuken op vrijheid. Rawls' theorie beoogt inzichtelijk te maken waarom dit het geval is.

Deze paragraaf is als volgt opgebouwd. Ik begin met het bespreken van Rawls' theorie van rechtvaardigheid. Vervolgens pas ik deze theorie toe op het strafrecht. Dat behelst een gedachte-experiment, waarbij Rawlsiaanse contractanten beslissingen moeten nemen over het strafrecht. Deze beslissingen hebben betrekking op het schuldbeginsel, het strafprocesrecht en de beginselen die de strafhoogte determineren. Daarbij wordt aandacht besteed aan de vraag hoe de gekozen beginselen zich verhouden tot het utilitarisme en het retributivisme. Ten slotte wordt geconcludeerd dat de ratio van verschoningsgronden wordt gevormd door het controleprincipe. Verschoningsgronden geven burgers controle over het al dan niet in aanraking komen met het strafrecht. Het controleprincipe wordt vervolgens gerelateerd aan de opvatting van Hart.

3.4.2 Rawls' theorie van rechtvaardigheid

Rawls' uitgangspunt is de zogenaamde originele toestand (original position). Dit is een hypothetische toestand waarin rationele personen besluiten welke universele beginselen moeten gelden in een samenleving. De personen in de originele toestand bevinden zich achter een sluier van onwetendheid (veil of ignorance). Dat wil zeggen dat ze geen informatie hebben over hun eigen situatie. Ze weten niet of ze man of vrouw, slim of dom, rijk of arm, gezond of ongezond, gelovig of ongelovig, etc. zijn. Dit zorgt ervoor dat ze niet op voorhand weten hoe de gekozen beginselen voor hen zullen uitpakken. Volgens Rawls zullen de contractanten daarom opteren voor rechtvaardige beginselen. De sluier van onwetendheid voorkomt dat personen zullen kiezen voor beginselen die primair hunzelf ten goede komen. Rawls spreekt in dit verband van rechtvaardigheid als billijkheid (justice as fairness). De beginselen van rechtvaardigheid worden overeengekomen in een billijke aanvangssituatie.

Daarnaast stelt Rawls nog enige andere belangrijke randvoorwaarden op. In de eerste plaats gaat hij ervan uit dat een zekere schaarste van goederen bestaat. In de tweede plaats veronderstelt hij dat personen in de originele toestand primair hun eigenbelang nastreven (wederzijdse desinteresse). In de derde plaats wordt aangenomen dat de contractanten rationeel zijn. Ze weten dat

ze een rationeel levensplan hebben, maar zijn niet op de hoogte van de details en doeleinden van dit plan. Ten slotte geldt dat de personen in de originele toestand niet geheel onwetend zijn. Ze hebben geen kennis over hun eigen positie, maar beschikken wel degelijk over politieke, psychologische en economische kennis. Dat wil zeggen dat ze in staat zijn de gevolgen van hun beslissingen te overzien.

De personen in de originele toestand moeten nu onderhandelen over het verdelen van primaire sociale goederen als rechten, vrijheden, macht, sociaal-economische goederen en gronden voor zelfrespect. Welke beginselen zullen de contractanten kiezen als grondslag voor de inrichting van de maatschappij? Zullen ze kiezen voor het utilitaristische beginsel van (gemiddelde) nutsmaximalisering? Een belangrijk kenmerk van dit intuïtief plausibele beginsel is dat het ongeluk van de een gecompenseerd kan worden door het geluk van de ander. Rawls betoogt dat de contractanten niet zullen opteren voor nutsmaximalisering. De sluier van onwetendheid – partijen zijn onwetend over hun eigen positie – leidt volgens Rawls tot een risicovermijdende strategie. De contractanten zullen willen voorkomen dat zij de dupe worden van het streven naar nutsmaximalisering. Ze zullen daarom bijzondere aandacht hebben voor de positie van de minstbedeelden. Dit vertaalt zich in een maximinstrategie: het maximaal bedelen van de minstbedeelden.¹⁴⁶

Rawls meent dat de contractanten overeenstemming zullen bereiken over twee rechtvaardigheidsbeginselen. Het eerste beginsel heeft betrekking op de politiek-juridische inrichting van de maatschappij; het tweede beginsel is meer sociaal-economisch van aard.¹⁴⁷ (1) Elke persoon heeft een gelijk recht op een volledig adequaat stelsel van gelijke fundamentele rechten en vrijheden voor zover dat zich verdraagt met een vergelijkbaar stelsel voor anderen. (2) Sociaal-economische ongelijkheden zijn alleen gelegitimeerd als: (a) ze verbonden zijn aan ambten en posities die voor iedereen gelijkelijk en onder billijke voorwaarden toegankelijk zijn; en (b) ze de minstbedeelden het meest tot voordeel strekken.

De onder 2b genoemde regel kan aangeduid worden met de term verschilbeginsel (difference principle). Het verschilbeginsel stimuleert getalenteerde mensen hun talenten aan te wenden. Dit komt niet alleen hun, maar ook de minstbedeelden ten goede. Rawls brengt een strikte hiërarchie aan tussen de

¹⁴⁶ Rawls' these dat de contractanten het beginsel van gemiddelde nutsmaximalisering zouden verwerpen, is niet onbestreden gebleven. De kritiek spitst zich primair toe op de vraag of het rationeel is een risicovermijdende strategie te volgen. Scheffler 2003, 'Rawls and utilitarianism' geeft een overzicht van deze discussie. Hij concludeert dat de contractanten het utilitarisme zouden verwerpen.

¹⁴⁷ Rawls 1973, 'A theory of justice', p. 298-303 bevat de oorspronkelijke formulering van de beginselen. In een later werk komt Rawls tegemoet aan kritiek van Hart. Zie Hart 1975, 'Rawls on liberty and its priority' en Rawls 1993, 'Political liberalism', p. 4-11 en 289-371. Dit heeft geleid tot aanpassing van het eerste beginsel (zie Rawls 1993, p. 5-6 en 291). Ik volg de nieuwe formulering.

twee rechtvaardigheidsbeginselen. Het eerste beginsel heeft voorrang op het tweede beginsel. Dat brengt mee dat toepassing van het tweede beginsel niet ten koste mag gaan van de door het eerste beginsel gegarandeerde fundamentele vrijheden. Inperking van vrijheid is alleen geoorloofd omwille van vrijheid. Uitwisselingen tussen vrijheid en utiliteit zijn uitgesloten.

Het ontwikkelen van een rechtvaardige maatschappij vindt plaats met inachtneming van de twee rechtvaardigheidsbeginselen. Het gaat achtereenvolgens om het ontwikkelen van de grondwet, het maken van wetten en het toepassen van regels in individuele gevallen. Met het afnemen van het abstractieniveau wordt de sluier van onwetendheid dunner en dunner. De contractanten krijgen steeds meer informatie over de gevolgen van hun besluiten. Dit proces heeft als doel te komen tot een rechtvaardige rechtsstaat. Een rechtsstaat is een dwingend systeem van regels om gedrag te reguleren en een raamwerk voor samenwerking te bieden.

Rawls noemt een aantal kenmerken waaraan een rechtsstaat moet voldoen.¹⁴⁸ (1) Eerlijke rechtsgang. Openbare rechtszittingen, onafhankelijke en onpartijdig rechters, procesgangregels, bewijsregels, streven naar waarheidsvinding, etc. (2) Gelijkheidsbeginsel. Gelijke gevallen moeten gelijk behandeld worden. Dat noopt tot inperking van discretionaire bevoegdheid en een consistente interpretatie van de wet. (3) Legaliteitsbeginsel. Wetten gelden voor iedereen, zijn kenbaar, zijn duidelijk en gelden niet retroactief in het nadeel van burgers. (4) Behoren impliceert kunnen. Wetten moeten in beginsel nageleefd kunnen worden. Het verweer dat iemand niet anders kon handelen, dient erkend te worden.

Deze beginselen van de rechtsstaat houden verband met het eerste rechtvaardigheidsbeginsel: ze garanderen de fundamentele vrijheden van burgers. Schending van de beginselen van de rechtsstaat leidt tot onzekerheid. Burgers worden aangetast in hun vrijheid, omdat ze niet weten waar ze aan toe zijn.

3.4.3 Het schuldbeginsel

Rawls' algemene opmerkingen met betrekking tot het strafrecht gaan uit van een ideale theorie.¹⁴⁹ Deze ideale theorie veronderstelt dat mensen de wet strikt naleven. Deze vooronderstelling is in de praktijk niet houdbaar. In onze huidige samenleving is sprake van een situatie van gedeeltelijke naleving. Dat betekent dat niet iedereen bereid is een bijdrage te leveren aan het instandhouden van een rechtvaardige samenleving. Bij het toepassen van Rawls' theorie op het strafrecht dient rekening te worden gehouden met deze situatie van gedeeltelijke naleving.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Rawls 1973, 'A theory of justice', p. 235-243.

¹⁴⁹ Zie Rawls 1973, 'A theory of justice', p. 7-11 en 235-243.

¹⁵⁰ Vgl. Sterba 1981, 'Social contract theory and ordinary justice' en Dolovich 2004, 'Legitimate punishment in liberal democracy'.

Het toepassen van Rawls' theorie op het strafrecht vereist een gedachte-experiment. We moeten ons voorstellen dat de contractanten een beslissing nemen over het strafrecht. Dient de maatschappij een strafrechtelijk stelsel te bevatten? Zo ja, welke doelen en beginselen moeten aan dit stelsel ten grondslag liggen? De sluier van onwetendheid biedt de garantie dat de gekozen beginselen rechtvaardig zijn. De contractanten weten immers niet welke positie zij in de maatschappij zullen innemen.

Het is van belang iets meer te zeggen over de randvoorwaarden van de originele toestand. De contractanten moeten een beslissing nemen over het strafrecht. In dat verband is relevant dat ze niet weten of ze (1) al dan niet geneigd zijn tot misdaad; (2) al dan niet het slachtoffer zullen zijn van misdaad; en (3) al dan niet gestraft zullen worden door de overheid. De sluier van onwetendheid zorgt ervoor dat alle posities in overweging moeten worden genomen. Misdaad én straf maken inbreuk op de vrijheden van burgers. Daaruit volgt dat er twee relevante nadelige posities zijn: misdaadslachtoffer en gestrafte.

De eerste vraag die de contractanten moeten beantwoorden is of überhaupt behoefte bestaat aan een strafrechtelijk stelsel. Ik denk dat deze vraag positief beantwoord zal worden. De contractanten beschikken over kennis over het functioneren van de maatschappij. Ze weten dat mensen bij het nastreven van hun doelen regelmatig inbreuk maken op de vrijheid van anderen. Een systeem van wetten en sancties lijkt de meest aangewezen weg om deze inbreuken tot een aanvaardbaar niveau beperkt te houden.¹⁵¹ Het gaat om een afweging tussen de tegengestelde belangen van potentiële slachtoffers en gestraften. De ene vrijheidsbeperking (straf) wordt gerechtvaardigd door het vermijden van een andere vrijheidsbeperking (misdaadslachtoffer).

Als we veronderstellen dat behoefte bestaat aan een strafrechtelijk stelsel, dan is vervolgens de vraag hoe dit stelsel ingericht moet worden. De tweede en derde vraag uit Harts raamwerk hebben betrekking op de vraag hoe straf toebedeeld dient te worden. De tweede vraag behelst de aansprakelijkheid: wie

¹⁵¹ Vgl. Andenaes 1966, 'The general preventive effects of punishment'; Walker 1985, 'Sentencing. Theory, law and practice', p. 74-104; Bagaric 2001, 'Punishment and sentencing: a rational approach', p. 143-147. Daarmee is niet gezegd dat dit stelsel zo wijdvertakt dient te zijn als ons strafrechtelijk stelsel. Het op niet-strafrechtelijke wijze tegengaan van misdaad heeft de voorkeur. Vgl. Sayre-McCord 2001, 'Criminal justice and legal reparations as an alternative to punishment' en Hanna 2008, 'The justifiability of punishment'. Het is echter de vraag in hoeverre dat haalbaar is. Andenaes 1966, p. 972 stelt: "There may be fields where a sufficient degree of conformity could be reached without any sanction, by appealing to the citizens and making it easy for them to conform. But it does not seem probable that such techniques will be widely applicable. (...) It seems fairly safe to predict that no society will experiment in these matters to the extent of abolishing the basic penal provisions protecting life, bodily safety or property. The involuntary experiments created by police strikes or similar conditions support the notion that a highly urbanized industrial society can scarcely exist without police and criminal courts or a state power apparatus with similar functions. However, outside the basic areas protected by the criminal law the direction is much less certain."

mag gestraft worden? De derde vraag behelst de strafhoogte: hoe zwaar moet gestraft worden? Ik begin met de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Ik vat strafrechtelijke aansprakelijkheid zo op dat de overheid in dat geval een prima facie recht heeft straf op te leggen. De vraag aan de contractanten is aldus in welke gevallen de overheid dit recht moet worden toegekend. Het gaat dan in het bijzonder om de vraag of het schuldbeginsel aanvaard zou worden.

Laten we ons voorstellen dat de contractanten de keus geboden wordt tussen twee verschillende strafrechtelijke stelsels, die in één opzicht van elkaar verschillen. (1) Een billijk stelsel S, waarin het schuldbeginsel volledig wordt erkend. (2) Een stelsel N, waarin alleen het nutsbeginsel geldt. De keuze voor het utilitaristische stelsel N genereert de grootste hoeveelheid geluk. Toch zullen de contractanten niet voor dit stelsel kiezen. De sluier van onwetendheid leidt namelijk tot een risicovermijdende strategie. Dat brengt mee dat de contractanten willen voorkomen dat zij de dupe worden van het streven naar nutsmaximalisering. De keuze voor het billijke stelsel S komt tegemoet aan deze wens.

Dit kan inzichtelijk gemaakt worden door de nadelige positie van gestrafte nader te beschouwen. Straf maakt een ernstige inbreuk op de vrijheid van de gestrafte. Deze positie is op zichzelf beschouwd niet te benijden. Erkenning van het schuldbeginsel zorgt er echter voor dat deze nadelige positie zo goed als verdwijnt.¹⁵² De Rawlsiaanse contractant is niet geïnteresseerd in nadeel *sec*, maar in nadeel waar hij geen controle over heeft. Het schuldbeginsel biedt burgers controle met betrekking tot het al dan niet in aanraking komen met het strafrecht. Dat betekent dat het nadeel in het billijke stelsel S betrekkelijk is. Er is sprake van vermijdbaar nadeel.

Het utilitaristische stelsel N biedt deze garanties niet. Het is denkbaar dat straffen zonder schuld in dat stelsel utilitair geacht zal worden. Als dat het geval is, dan zal dat tot uiting komen in de inrichting van het stelsel. De keuze voor het utilitaristische stelsel N brengt mee dat de contractanten zelf schuldeloos gestraft zouden kunnen worden. De risicovermijdende strategie brengt mee dat de contractanten erkenning van het schuldbeginsel niet afhankelijk wensen te maken van onzekere en speculatieve utiliteitsinschattingen. Alleen de keuze voor het billijke stelsel S biedt redelijke zekerheid dat ze niet huns ondanks gestraft worden om de hoeveelheid geluk in de maatschappij te maximaliseren. In dit stelsel geldt het schuldbeginsel ook als het disutilitair wordt geacht.

De Rawlsiaanse fundering van het schuldbeginsel is niet retributief van aard. De retributieve fundering behelst dat pas gestraft mag worden als straf – volgens een bepaalde retributieve theorie – verdiend is. Dat betekent dat de actor blijk heeft gegeven van een laakbare gezindheid. De Rawlsiaanse funde-

¹⁵² Vgl. Sterba 1977, 'Retributive justice'; Sterba 1984, 'Is there a rationale for punishment?'; Sterba 1990, 'A rational choice theory of punishment'; Walker 1991, 'Why punish?', p. 92-95.

ring van het schuldbeginnel is niet gegrond op retributieve laakbaarheid of enige andere morele theorie. Het schuldbeginnel garandeert simpelweg de vrijheid van burgers uit de greep van het strafrecht te blijven. Deze vrijheid is dermate belangrijk dat het niet uitgewisseld kan worden tegen utiliteit.

3.4.4 Het schuldbeginnel in een feilbaar strafrechtelijk stelsel: retributivisme, utilitarisme en Rawlsiaanse rechtvaardigheid

Het is de vraag hoe de keuze voor het schuldbeginnel zich verhoudt tot het utilitarisme en het retributivisme. Utilitaristen hechten geen principiële waarde aan het schuldbeginnel. Als het straffen zonder schuld de utiliteit ten goede komt, dan moet gestraft worden. Retributivisten hechten absolute waarde aan het schuldbeginnel. Het positieve retributivisme dicteert zowel dat iemand die schuld heeft gestraft moet worden als dat iemand die geen schuld heeft niet gestraft mag worden.¹⁵³ Het negatieve retributivisme dicteert alleen dat iemand die geen schuld heeft niet gestraft mag worden. De Rawlsiaanse contractanten lijken – evenals retributivisten – absolute waarde toe te kennen aan het schuldbeginnel.¹⁵⁴ Het is echter de vraag of de retributieve verabsolutering van het schuldbeginnel houdbaar is. De achilleshiel van het retributivisme – en ook van het Rawlsiaanse stelsel – wordt gevormd door de onmogelijkheid schuld en onschuld met zekerheid vast te stellen.

In navolging van Kant werpen retributivisten utilitaristen tegen dat het utilitarisme het toelaat mensen alleen als middel tot doel te gebruiken. Het is in theorie mogelijk dat onschuldigen gestraft worden om de hoeveelheid geluk te maximaliseren. Deze theoretische consequentie zou de ondeugdelijkheid van het utilitarisme afdoende illustreren. Men kan zich echter afvragen of de pot de ketel verwijt. Diverse auteurs wijzen erop dat in een feilbaar retributief stelsel ook onschuldigen gestraft worden.¹⁵⁵ Worden deze mensen niet eveneens als middel tot doel gebruikt? Dolinko verwoordt dit tu quoque-argument als volgt.

¹⁵³ Zie paragraaf 3.2.4 over het positieve en negatieve retributivisme.

¹⁵⁴ De term 'absoluut' beoogt alleen uit te drukken dat schuld niet simpelweg herleid kan worden tot nut. Dat wil zeggen dat schuld een fundamentele waarde vertegenwoordigt. Dat betekent niet dat het retributivisme of Rawlsiaanse rechtvaardigheidsbeginselen het straffen van onschuldigen onder geen enkele omstandigheid zouden billijken. Zie McCloskey 1965, 'A non-utilitarian approach to punishment' en Moore 1997, 'Placing blame. A general theory of the criminal law', p. 153-159 en 719-724 met betrekking tot het retributivisme. Zie Rawls 1973, 'A theory of justice', p. 235-243 over de bijzondere omstandigheden waarin straffen zonder schuld wordt gerechtvaardigd door de bescherming van vrijheid.

¹⁵⁵ Zie Schedler 1980, 'Can retributivists support legal punishment?'; Lempert 1981, 'Desert and deterrence: an assessment of the moral bases of the case for capital punishment'; Philips 1985, 'The inevitability of punishing the innocent'; Reiman & Van den Haag 1990, 'On the common saying that it is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer: *pro* and *con*'; Dolinko 1992, 'Three mistakes of retributivism'; Dolinko 1997, 'Retributivism, consequentialism, and the intrinsic goodness of punishment'; Baga-

“[Since] any actual criminal justice system is inherently fallible, any such system will inevitably inflict punishment on some people who are actually innocent and thus do not deserve it. Unless the retributivist rejects all possible systems of legal punishment, therefore, she is endorsing a system that she knows will condemn and punish innocent people. Presumably, she believes that the unjustified punishment of these innocents must be accepted to avoid the far greater injustice that leaving all of the guilty unpunished would produce. But isn't the retributivist then 'using' those actually innocent persons who end up wrongly condemned? To be sure, she is ignorant of exactly who these unfortunate persons are. Yet this seems irrelevant: the terrorists who blew up Pan Am Flight 103 over Lockerbie, Scotland in 1988 were 'using' the hapless passengers to score a political point even if (as is likely) they were unaware of the passengers' identities. The retributivist remains «willing to trade the welfare of the innocents who are punished by mistake for the greater good of the punishment of the guilty» and thus, it would seem, committed to sacrificing – 'using' – the mistakenly convicted for the benefit of society in general.”¹⁵⁶

Het is de vraag wat retributivisten aan moeten vangen met dit tu quoque-argument. Moet een retributivist die niet bereid is af te zien van een strafrechtelijk stelsel niet onder ogen zien dat ook een retributief stelsel onrechtvaardig is? Retributivisten menen van niet. Het verwijt van onrechtvaardigheid wordt gepareerd door het inroepen van de 'Doctrine of Double Effect' (DDE).¹⁵⁷ In het hoofdstuk over opzet sta ik uitgebreid stil bij de DDE.¹⁵⁸ De DDE berust op de these dat een intrinsiek moreel verschil bestaat tussen doelopzet (direct intention; purposely) en zekerheidsopzet (oblique intention; knowingly). De DDE leert dat een handeling die een goed én een slecht gevolg heeft, soms toelaatbaar is als de actor doelopzet heeft op het goede gevolg en niet op het slechte gevolg, hoewel het intreden van het slechte gevolg wordt voorzien. Het toedienen van morfine om pijn te verlichten in de wetenschap dat het sterven van de patiënt wordt bespoedigd, is in overeenstemming met de DDE. Het is echter

ric 1999, 'In defence of a utilitarian theory of punishment: punishing the innocent and the compatibility of utilitarianism and rights'; Binder & Smith 2000, 'Framed: utilitarianism and punishment of the innocent'; Bagaric & Amarasekara 2000, 'The errors of retributivism'; Clarke, Lambert & Whitt 2000, 'Executing the innocent: the next step in the Marshall hypotheses'; Kaplow & Shavell 2002, 'Fairness versus welfare', p. 336-352; Christopher 2002, 'Deterring retributivism: the injustice of 'just' punishment'.

¹⁵⁶ Dolinko 1992, 'Three mistakes of retributivism', p. 1632-1633. De tussen Franse aanhalingstekens geplaatste passage betreft een citaat van Dolinko uit: Schedler 1980, 'Can retributivists support legal punishment?', p. 189.

¹⁵⁷ Zie Alexander 1983, 'Retributivism and the inadvertent punishment of the innocent'; Duff 1986, 'Trials and punishments', p. 158-164; Moore 1993, 'Justifying retributivism'; Moore 1997, 'Placing blame. A general theory of the criminal law', p. 153-188; Duff 2000, 'In defence of one type of retributivism: a reply to Bagaric and Amarasekara'.

¹⁵⁸ Zie paragraaf 4.4.2.

absoluut ontoelaatbaar het sterven van een patiënt met morfine te bespoedigen om zo verder lijden te voorkomen. In dat geval heeft men namelijk doelopzet op het slechte gevolg (de dood).

De DDE kan als volgt op een retributief stelsel worden toegepast.¹⁵⁹ De praktijk van het straffen heeft zowel goede gevolgen (straffen schuldigen) als slechte gevolgen (straffen onschuldigen). Er bestaat doelopzet op het goede gevolg en niet op het slechte gevolg. Het straffen van onschuldigen is geen middel om het doel – het straffen van schuldigen – te realiseren. Het enkele feit dat zekerheidsopzet bestaat met betrekking tot het straffen van onschuldigen, maakt de praktijk niet ontoelaatbaar. Retributivisten menen aldus dat het verwijt dat ook het retributivisme mensen als middel tot doel gebruikt, geen hout snijdt. ‘Gebruiken’ impliceert doelopzet en geen zekerheidsopzet.

Er bestaat grote verdeeldheid over de geldigheid van de DDE. Voorstanders betogen dat een intrinsiek moreel verschil bestaat tussen doelopzet en zekerheidsopzet. Tegenstanders van de DDE bestrijden dit. Zij menen dat de toelaatbaarheid van handelingen scharniert om de veroorzaakte gevolgen en niet om het type opzet. Ik meen dat de tegenstanders van de DDE de beste argumenten hebben.¹⁶⁰ Dat brengt mee dat het inroepen van de DDE om het tu quoque-argument te pareren niet volstaat.¹⁶¹

Het enkele feit dat een retributief stelsel in overeenstemming is met de DDE, ontslaat retributivisten echter niet van de plicht rekenschap af te leggen met betrekking tot onschuldige bestraffen. Ook de retributivist moet een afweging maken tussen de positieve gevolgen (straffen schuldigen) en de negatieve gevolgen (straffen onschuldigen).¹⁶² Het gaat dan in het bijzonder om de vraag welke eisen gesteld moeten worden aan de strafrechtelijke procedure. Welke verhouding tussen schuldige en onschuldige bestraffen is acceptabel? Geldt het adagium dat het beter is dat tien schuldigen vrijuit gaan dan dat één onschuldige bestraft wordt?¹⁶³

¹⁵⁹ De DDE stelt de volgende voorwaarden. (1) De handeling is op zichzelf beschouwd (afgezien van de gevolgen) toelaatbaar. (2) De actor heeft doelopzet op het goede gevolg en niet op het slechte gevolg. (3) Het slechte gevolg is geen middel om het goede gevolg te realiseren. (4) Het goede gevolg weegt zwaarder dan het slechte gevolg.

¹⁶⁰ Zie paragraaf 4.4.2.3 en 4.4.3.2.

¹⁶¹ Vgl. m.n. Christopher 2002, ‘Deterring retributivism: the injustice of ‘just’ punishment’. Vgl. ook Schedler 1980, ‘Can retributivists support legal punishment?’; Lempert 1981, ‘Desert and deterrence: an assessment of the moral bases of the case for capital punishment’; Dolinko 1992, ‘Three mistakes of retributivism’; Dolinko 1997, ‘Retributivism, consequentialism, and the intrinsic goodness of punishment’; Kaplow & Shavell 2002, ‘Fairness versus welfare’, p. 336-352 (voetnoot 106).

¹⁶² Zie paragraaf 4.4.2.1. De vierde voorwaarde van de DDE behelst een consequentialistische afweging: het goede gevolg moet zwaarder wegen dan het slechte gevolg.

¹⁶³ Het gaat hier niet om de getalsmatige verhouding, maar om de waarde die het adagium vertegenwoordigt. In continentale stelsels komt deze waarde tot uitdrukking in het in dubio pro reo-beginsel; in het Angelsaksische recht vervult de bewijsstandaard ‘beyond a reasonable doubt’ deze functie. Vgl. Fletcher 1968, ‘Two kinds of legal rules: a compar-

In een feilbare wereld heeft de positieve retributivist twee met elkaar onverenigbare plichten. (1) De plicht schuldigen te straffen. (2) De plicht onschuldigen niet te straffen. Het retributivisme biedt geen antwoord op de vraag welke plicht voorrang heeft.¹⁶⁴ Ik bespreek drie mogelijke antwoorden. (1) Als de plicht onschuldigen niet te straffen belangrijker is dan de plicht schuldigen te straffen, dan geldt: bij twijfel vrijspraak.¹⁶⁵ (2) Als beide plichten even belangrijk zijn, dan ligt een civielrechtelijk bewijscriterium voor de hand.¹⁶⁶ Dat betekent dat veroordeeld wordt zodra schuld waarschijnlijker wordt geacht dan onschuld. (3) Als de plicht schuldigen te straffen belangrijker is dan de plicht onschuldigen niet te straffen, dan geldt: bij twijfel veroordeling.¹⁶⁷ Uit het bovenstaande volgt dat het retributivisme dus niet noodzakelijkerwijs leidt tot een stelsel waarin de belangen van onschuldigen beschermd worden door een solide strafprocesrecht. Het feit dat positieve waarde wordt toegekend aan het opleggen van straf, keert zich in de praktijk tegen de onschuldige.¹⁶⁸

tive study of burden-of-persuasion practices in criminal cases' en Reiman & Van den Haag 1990, 'On the common saying that it is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer: *pro* and *con*'. Reiman & Van den Haag 1990, p. 227 spreken van de 'punishment constraint': "Shorn of rhetoric, the punishment constraint asserts that *it is morally worse to punish innocent people than to acquit guilty ones.*" Groenhuijsen & Knigge 1999, 'Theoretisch kader', p. 19 stellen: "Er wordt terecht vanuit gegaan dat de verdachte het voordeel van de twijfel dient te krijgen (...). Liever een werkelijk schuldige die vrijuit gaat dan een onschuldige die ten onrechte wordt veroordeeld."

¹⁶⁴ Vgl. Van den Haag in: Reiman & Van den Haag 1990, 'On the common saying that it is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer: *pro* and *con*', p. 241-244; Moore 1993, 'Justifying retributivism'; Christopher 2002, 'Deterring retributivism: the injustice of 'just' punishment'.

¹⁶⁵ Moore 1993, 'Justifying retributivism', p. 19 stelt: "[The] retributivist might share the common view (that the second is a greater evil than the first) and design punishment institutions so that 'ten guilty persons go unpunished in order that one innocent not be punished'." Ik vermoed dat de meeste retributivisten zich hier achter zouden stellen. Zie bijv. Morris 1968, 'Persons and punishment'; Reiman in: Reiman & Van den Haag 1990, 'On the common saying that it is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer: *pro* and *con*', p. 230-234; Lillquist 2005, 'Absolute certainty and the death penalty'.

¹⁶⁶ Moore 1993, 'Justifying retributivism', p. 19 stelt: "The retributivist might adopt a principle of symmetry here – the guilty going unpunished is exactly the same magnitude of evil as the innocent being punished – and design his institutions accordingly."

¹⁶⁷ Christopher 2002, 'Deterring retributivism: the injustice of 'just' punishment', p. 913 stelt: "To satisfy the second duty that all guilty defendants be punished, we might choose what I will term the 'presumption of guilt standard.' Under that standard, guilt would be presumed unless evidence of absolute innocence was established."

¹⁶⁸ Christopher 2002, 'Deterring retributivism: the injustice of 'just' punishment', p. 904-924 wijst op een aantal kwetsieuze gevolgen die het toepassen van de DDE op het retributivisme met zich mee kan brengen. Christopher 2002, p. 923-924 concludeert: "Even if DDE is valid and if its conditions can be satisfied, however, it causes as many difficulties as it solves. Via DDE, retributivism justifies the punishment of defendants without due regard to fault or culpability (a criticism which retributivists have directed at consequentialist theories). By its reliance on DDE, retributivism justifies the adoption of, and pun-

→

In het bovenstaande stond de vraag centraal welke bewijsrechtelijke standaard vanuit retributief perspectief de voorkeur verdient. Bij de vergelijking tussen een utilitaristisch en een retributief stelsel kan ook gelet worden op het absolute aantal onschuldige veroordeelden gegeven een bepaalde bewijsrechtelijke standaard. Uitgangspunt is dat een bepaald percentage van de veroordeelden onschuldig is. De rechtseconomen Kaplow & Shavell komen met een intrigerend argument.¹⁶⁹ Een stelsel waarin alleen verdiende straf wordt opgelegd, gaat gepaard met meer misdaad dan een stelsel waarin alleen nuttige straf wordt opgelegd. Daaruit volgt dat in het retributieve stelsel meer misdadigers zijn die gestraft moeten worden. Dat betekent niet alleen dat meer schuldigen veroordeeld worden. Het betekent ook dat meer onschuldigen veroordeeld worden. Het absolute aantal onschuldige veroordeelden zal in het retributieve stelsel daarom groter zijn.¹⁷⁰

De conclusie is dat de retributieve verabsolutering van het schuldbeginsel alleen geldt tegen de achtergrond van de DDE. Het retributivisme kent alleen een absoluut verbod op het *doelbewust* straffen van onschuldigen. In een feilbare wereld worden de belangen van onschuldigen niet noodzakelijkerwijs het

ishment under, standards of (i) strict liability, even for serious offenses, (ii) an extreme form of absolute liability, (iii) a presumption of guilt standard of proof, and (iv) non-majority jury verdicts. Retributivism is compatible with justifying punishment under such extreme standards because even though it would be foreseen that virtually every innocent defendant would be convicted and punished, no particular, identifiable innocent would be intentionally punished. While the good effect of punishing the guilty is intended, the bad side effect of punishing the innocent is unintended. Moreover, just as retributivists have claimed that consequentialist theories cannot explain why intentional punishment of the innocent is wrong, so too retributivism (because of DDE) cannot explain why justifying punishment under extreme standards of liability and procedure in which all or virtually all innocent defendants would be convicted and punished is wrong. By avoiding intentional punishment of particular, identifiable innocents, retributivism is subject to its own criticism of justifying punishment without due regard to fault or culpability.”

¹⁶⁹ Kaplow & Shavell 2002, ‘Fairness versus welfare’, p. 336-352.

¹⁷⁰ Kaplow & Shavell 2002, ‘Fairness versus welfare’, p. 337 stellen naar aanleiding van rekenvoorbeelden met betrekking tot een retributief (fair) en een utilitaristisch (welfare-maximizing) stelsel: “Consider, as we do in subsection 1, how the two different levels of punishment affect different groups of people. First, under the fair punishment, there is more crime and thus there are more victims: 1,000 harmful acts as opposed to zero. Second, under the fair punishment, there are more erroneously punished people than under the punishment of 400: 25 innocent people are mistakenly sanctioned instead of none. Third, there is more punishment meted out, and thus greater social costs incurred, when the punishment is fair: 275 people are punished rather than none. It would be peculiar to maintain that the situation is more just under the fair punishment – which, as we have just stated, results in more harm, more punishment of the innocent, and more punishment overall – than under the welfare-maximizing punishment of 400. And it would be especially peculiar to suggest that the retributive conception of fairness should be favored out of a special concern to avoid punishment of the innocent when insisting on the level of punishment deemed to be fair under retributive theory is precisely the cause of many innocent people being punished.”

best beschermd door het retributivisme. In een retributief stelsel is straffen een plicht, terwijl het in een utilitaristisch stelsel een noodzakelijk kwaad is. Het is derhalve goed denkbaar dat onschuldigen in een utilitaristisch stelsel uiteindelijk beter af zijn.

Ik keer terug naar de Rawlsiaanse theorie van rechtvaardigheid. In de voorgaande paragraaf bleek dat de contractanten de voorkeur geven aan het billijke stelsel S, waarin het schuldbeginsel volledig wordt erkend. De keuze voor het schuldbeginsel berust op het feit dat een van de twee nadelige posities – de gestrafte – verdwijnt. Het schuldbeginsel geeft burgers de vrijheid zelf te bepalen of hun vrijheid beperkt wordt door straf. In een feilbaar strafrechtelijk stelsel leidt erkenning van het schuldbeginsel echter niet tot volledige negatie van de nadelige positie van gestrafte. Het materiële recht kan immers onjuist toegepast worden. De slechtst denkbare positie in een stelsel waarin het schuldbeginsel geldt, is de ten onrechte bestrafte onschuldige. Daaruit volgt dat de contractanten niet alleen rekening moeten houden met misdaadslachtoffers, maar ook met onschuldige gestraften. In beide gevallen is sprake van een willekeurige vrijheidsinbreuk.

De afweging tussen de tegengestelde belangen van onschuldige gestraften en misdaadslachtoffers (preventie) komt tot uitdrukking in het strafprocesrecht. De contractanten zullen opteren voor een stelsel dat gericht is op strafprocessuele realisering van het schuldbeginsel.¹⁷¹ Belangrijke garanties worden in dat verband geboden door *nemo tenetur, ne bis in idem*, onafhankelijke en onpartijdige rechters, meervoudige instanties, het instituut van herziening en de onschuldpresumptie.¹⁷² Een slecht procesrecht maakt de door het schuldbeginsel verschaftte vrijheid denkbeeldig. Procedures om schuld vast te stellen moeten in ieder geval zo ingericht worden dat de kans onschuldig veroordeeld te worden klein is. De vraag hoe klein deze kans is, scharniert om een afweging tussen de belangen van onschuldige gestraften en preventie. Als te hoge eisen worden gesteld aan het strafprocesrecht, dan bezwijkt het strafrecht onder zijn eigen gewicht. In dat geval wordt geen recht gedaan aan het belang om geen slachtoffer van misdaad te worden.

Het schuldbeginsel brengt dus niet mee dat burgers recht hebben op het best denkbare strafprocessuele stelsel. Burgers hebben recht op het best denkbare strafprocessuele stelsel voor zover zich dat verdraagt met de belangen van preventie. Deze afweging tussen het belang van onschuldige gestraften en pre-

¹⁷¹ Vgl. Sterba 1977, 'Retributive justice'; Hoekema 1980, 'The right to punish and the right to be punished'; Dolovich 2004, 'Legitimate punishment in liberal democracy'.

¹⁷² Keijzer 1987, 'Enkele opmerkingen omtrent de praesumptio innocentiae in strafzaken' onderscheidt drie aspecten van de onschuldpresumptie: (1) geen veroordeling bij redelijke twijfel; (2) de verdachte heeft recht op behandeling als onschuldige; en (3) de verdachte hoeft zijn onschuld niet te bewijzen.

ventie is in overeenstemming met Rawls' eerste rechtvaardigheidsbeginsel.¹⁷³ Vrijheid wordt ingeperkt omwille van vrijheid. Iedere burger heeft in beginsel evenveel kans onschuldig veroordeeld te worden. Daar staat tegenover dat iedereen in beginsel profiteert van de gerealiseerde preventie.¹⁷⁴

3.4.5 Strafhoogte I: het subsidiariteitsbeginsel

De contractanten hebben tot nu toe overeenstemming bereikt over de tweede vraag uit Harts raamwerk: wie mag gestraft worden? Er mag alleen gestraft worden als sprake is van schuld. Dat betekent in ieder geval dat de actor strafrechtelijke aansprakelijkheid had kunnen voorkomen. De contractanten moeten nu overeenstemming bereiken over Harts derde vraag: hoe zwaar moet gestraft worden? Het retributivisme en het utilitarisme bieden beide een antwoord op deze vraag. Het retributivisme is gericht op het verleden: straf moet verdiend zijn. Het utilitarisme is gericht op de toekomst: straf moet nuttig zijn. Hieronder bespreek ik of de contractanten de strafhoogte laten dicteren door retributieve, utilitaristische of andere beginselen.

Retributivisten vinden dat de opgelegde straf evenredig moet zijn aan de ernst van het feit. Zo stelt Nozick dat de strafhoogte wordt begrensd door de formule $r * H$, waarbij 'H' staat voor de ernst van de (beoogde) inbreuk en 'r' voor de verantwoordelijkheid van de actor.¹⁷⁵ Andere uitgangspunten zijn de talio (Kant), de inbreuk op recht (Hegel) en de onrechtmatige pre (Polak).¹⁷⁶ Het is nu de vraag of de contractanten de strafhoogte zouden laten dicteren door retributieve beginselen. Ik denk dat dat niet het geval is. Het opleggen van straf – in het bijzonder gevangenisstraf – betekent een ernstige inbreuk op de vrijheid. De sluier van onwetendheid zorgt ervoor dat de contractanten niet weten of ze zelf in deze positie terecht zullen komen. Ze zullen daarom niet instemmen met het opleggen van straf *enkel en alleen* omdat dit verdiend zou zijn.¹⁷⁷ Dat betekent dat de contractanten het positieve retributivisme – ver-

¹⁷³ Elke persoon heeft een gelijk recht op een volledig adequaat stelsel van gelijke fundamentele rechten en vrijheden voor zover dat zich verdraagt met een vergelijkbaar stelsel voor anderen.

¹⁷⁴ Dworkin 1981, 'Principle, policy, procedure', p. 206-207 stelt: "Under certain circumstances (...) a decision to adopt a particular rule of evidence in criminal trials treats citizens as equals, because each citizen is antecedently equally likely to be drawn into the criminal process though innocent, and equally likely to benefit from the savings gained by choosing that rule of evidence rather than a socially more expensive rule."

¹⁷⁵ Nozick 1974, 'Anarchy, state, and utopia', p. 59-63 en Nozick 1981, 'Philosophical explanations', p. 363-397.

¹⁷⁶ Zie paragraaf 3.2.3.

¹⁷⁷ Vgl. Narveson 1974, 'Three *Analysis* retributivists'; Murphy 1985, 'Retributivism, moral education, and the liberal state'; Donnelly 1990, 'The goals of criminal punishment: a Rawlsian theory (ultimately grounded in multiple views concerned with human dignity)'; Murphy 1990, 'Getting even: the role of the victim'; Dolovich 2004, 'Idealism, disproportionality, and democracy: a reply to Chambers and Garvey'. Murphy staat zowel positief

diende straf moet opgelegd worden – verwerpen.¹⁷⁸ De contractanten zullen alleen opteren voor het opleggen van straf als dit leidt tot minder misdaad. In dat geval wordt de ene vrijheidsbeperking (straf) gerechtvaardigd door het voorkomen van een andere vrijheidsbeperking (slachtoffer van misdaad).

Het algemeen rechtvaardigend doel van het Rawlsiaanse stelsel wordt gevormd door preventie. Er wordt gestraft om aantasting van vrijheid door middel van misdaad te voorkomen. Dat roept de vraag op of de strafhoogte wordt gedictieerd door utilitaristische beginselen. Dient de op te leggen straf de totale hoeveelheid geluk in de maatschappij te maximaliseren? Dat is niet het geval. Erkenning van het schuldbeginsel heeft tot gevolg dat de afweging tussen straf en preventie niet utilitaristisch is. Het utilitarisme heeft iedereen even lief: “everybody to count for one, nobody for more than one”.¹⁷⁹ Daaruit volgt dat straf alleen gerechtvaardigd is als daarmee meer leed wordt voorkomen dan er wordt toegebracht. Het belang van de gestrafte weegt even zwaar als het belang van preventie. De Rawlsiaanse contractant maakt echter een andere afweging.¹⁸⁰ Het schuldbeginsel en de strafprocessuele garanties brengen mee dat het nadeel van de gestrafte van een andere orde is. De nadelige positie van gestrafte betreft vermijdbaar nadeel. De nadelige positie van misdaadslachtoffer betreft een willekeurige inbreuk op vrijheid. De contractanten zullen de belangen van slachtoffers daarom zwaarder wegen dan de belangen van misdadigers. Stel dat het opleggen van straf resulteert in nadeel 10 (leed gestrafte) en voordeel 5 (preventie). De utilitarist zou dan moeten afzien van het opleggen van straf. In een Rawlsiaans stelsel is dat niet noodzakelijkerwijs het geval. Dat betekent dat zwaarder gestraft kan worden dan vanuit utilitaristisch oogpunt gerechtvaardigd is. Het leed van de gestrafte misdadiger speelt een minder belangrijke rol.

tegenover het retributivisme als morele theorie (zie paragraaf 3.2.3.1 en 3.2.3.4) als het contractisme als politieke filosofie. Hij stelt de vraag of een liberale staat retributieve doelen mag nastreven. Murphy acht het onwaarschijnlijk dat de contractanten zouden opteren voor het retributivisme. Murphy 1985, p. 9 stelt: “When moral accounts of punishment are brought together with issues in social and political philosophy (including the philosophy of constitutional law), we may not be able to retain everything that appeals to us in one neat conceptual package, in one coherent system. Some fundamental theoretical choices may be required.” De onverenigbaarheid van het positieve retributivisme en Rawls’ theorie van rechtvaardigheid noopt aldus tot een keuze. Murphy neigt naar het verwerpen van het positieve retributivisme. Moore 1997, ‘Placing blame. A general theory of the criminal law’, p. 150 (voetnoot 82) en Garvey 2004, ‘Lifting the veil on punishment’ stellen dat het verwerpen van het retributivisme illustreert dat Rawls’ theorie er niet in slaagt adequate rechtvaardigheidsbeginselen te genereren.

¹⁷⁸ In paragraaf 3.4.8 betoog ik dat de contractanten het negatieve retributivisme eveneens zullen verwerpen.

¹⁷⁹ Mill 1979, ‘Utilitarianism’, p. 319 schrijft deze uitspraak toe aan Bentham.

¹⁸⁰ Vgl. Sterba 1977, ‘Retributive justice’ en Sterba 1984, ‘Is there a rationale for punishment?’

Er bestaat nog een verschil tussen de utilitaristische en Rawlsiaanse bepaling van de strafhoogte. Voor de utilitarist bestaan de positieve gevolgen van straf niet alleen uit preventie, maar ook uit genoegdoening.¹⁸¹ Het opleggen van straf kan recht doen aan in de maatschappij levende wraakgevoelens. In het Rawlsiaanse stelsel vormt het bevredigen van wraakgevoelens geen reden om straf op te leggen. In dat geval zou vrijheid uitgewisseld worden tegen utiliteit. Dit verschil kan geïllustreerd worden aan de hand van de opgelegde straf bij de moordenaar van Fortuyn. Vele duizenden mensen waren misnoegd, omdat de straf onvoldoende zwaar was. Bij het bepalen van de strafhoogte dient de utilitarist het strafleed van één persoon af te wegen tegen het gezamenlijk leed van alle misnoegde individuen. Vanuit het Rawlsiaanse perspectief vormt het vermijden van dit gezamenlijk leed geen reden om een extra zware straf op te leggen. Alleen de noodzaak van preventie kan nopen tot een hogere straf.

De contractanten leggen aldus de nadruk op het utilitaristische subdoel preventie. Dat betekent niet dat het belang van de gestrafte geheel uit het oog wordt verloren. De contractanten zouden immers ook in deze positie terecht kunnen komen. Het beperken van vrijheid (straf) wordt alleen getolereerd omwille van vrijheid (preventie). Een straf die geen bijdrage levert aan preventie, behelst een onaanvaardbare verslechtering van de nadelige positie van gestrafte. Een belangrijke beperking op de strafhoogte wordt daarom gevormd door het redelijkerwijs te verwachten preventieve effect. Er mag geen zwaardere straf opgelegd worden dan vanuit preventief oogpunt vereist is.¹⁸² Ik duid deze beperking op de strafhoogte aan met de term subsidiariteitsbeginsel.¹⁸³ De parallel met noodweer ligt voor de hand. Een persoon die zich mag verdedigen, moet de minst ingrijpende wijze van verdedigen kiezen. Hetzelfde geldt voor de staat die preventie nastreeft. Dit uitgangspunt noopt tot het opleggen van de lichtst denkbare straf die vanuit preventief oogpunt vereist is.

Het subsidiariteitsbeginsel heeft een matigende invloed op de strafhoogte. In veel gevallen zal lager gestraft moeten worden dan het positieve retributivisme dicteert. Verdienste straf hoeft immers niet opgelegd te worden. Er wordt alleen gestraft als dit preventie ten goede komt. Dat neemt niet weg dat het subsidiariteitsbeginsel op zichzelf beschouwd niet in de weg staat aan een disproportionele straf. Een disproportionele straf is een straf die zwaarder is dan vanuit retributief perspectief geoorloofd is. Het laat zich denken dat preventie noopt

¹⁸¹ Vgl. Bentham 1950, 'The theory of legislation', p. 280-321. Zie deze studie, p. 106.

¹⁸² Vgl. Narveson 1974, 'Three *Analysis* retributivists'; Sterba 1977, 'Retributive justice'; Donnelly 1990, 'The goals of criminal punishment: a Rawlsian theory (ultimately grounded in multiple views concerned with human dignity)'; Dolovich 2004, 'Legitimate punishment in liberal democracy'.

¹⁸³ Het subsidiariteitsbeginsel speelt een belangrijke rol in het werk van de negatieve retributivist Morris. Morris 1974, 'The future of imprisonment', p. 59 definieert 'the principle of parsimony' als volgt: "The least restrictive (punitive) sanction necessary to achieve defined social purposes should be imposed."

tot het opleggen van een disproportionele straf. Pogge oppert dat de Rawlsiaanse contractant zou kunnen opteren voor de doodstraf voor rijden onder invloed.¹⁸⁴

“In the U.S., drunk driving causes at least ten thousand premature deaths per year. A practice pursuant to which some two hundred of the worst offenders are executed annually would presumably have a tremendous deterrent effect and thus would greatly reduce the frequency of the offense. No one knows how great this reduction would be. Still, I am quite confident that it would vastly exceed 2 percent and that the total number of premature deaths would decline. Here we have, then, a draconian proposal that looks quite mad and yet would seem entirely plausible under institutional viewing.”¹⁸⁵

Pogge meent dat het stellen van de doodstraf op dronken rijden uiteindelijk resulteert in minder doden. Aangezien de contractanten niet geïnteresseerd zijn in de wijze waarop hun vrijheid wordt gegarandeerd, zouden zij een dergelijk draconisch voorstel kunnen ondersteunen. Pogges voorbeeld dient om de ondeugdelijkheid van Rawls' theorie te illustreren. Het executeren van dronken rijders wordt immers algemeen als onrechtvaardig beschouwd. De Rawlsiaanse theorie lijdt aldus aan hetzelfde euvel als het utilitarisme. De belangen van individuen worden opgeofferd in naam van het algemeen belang.

Ik bespreek later in hoeverre dit verwijt doel treft. Het lijkt zinvol eerst de traditionele opvattingen met betrekking tot proportionaliteit uiteen te zetten. Proportionaliteit is een retributief begrip. Het is aldus de vraag wat retributivisten beschouwen als verdiende straf. Vervolgens is de vraag in welke gevallen het nutsbeginsel noopt tot een disproportionele straf. Het utilitaristische en Rawlsiaanse perspectief hechten beide veel waarde aan het realiseren van preventie. Bij de Rawlsiaanse visie op strafhoogte spelen utilitaristische inzichten daarom een belangrijke rol. Bij de bespreking van de verschillende perspectieven neem ik het delict rijden onder invloed als uitgangspunt. Het laat zien dat de verschillende theorieën in de praktijk tot andere uitkomsten kunnen leiden.

3.4.6 Strafhoogte II: proportionaliteit en het retributivisme

Proportionaliteit is een onmisbaar element van retributieve theorieën. De positief-retributieve theorie stelt dat verdiende straf *moet* worden opgelegd.¹⁸⁶ De op te leggen straf moet evenredig zijn aan de ernst van het feit. De negatief-retributieve theorie stelt enkel dat iemand niet zwaarder gestraft mag worden

¹⁸⁴ Pogge 1995, 'Three problems with contractarian-consequentialist ways of assessing social institutions' en Pogge 2004, 'Equal liberty for all?'

¹⁸⁵ Pogge 1995, 'Three problems with contractarian-consequentialist ways of assessing social institutions', p. 261-262.

¹⁸⁶ Zie deze studie, p. 106 e.v. voor het onderscheid tussen positief-retributief en negatief-retributief.

dan hij verdient. Binnen deze grens mogen andere overwegingen ook een rol spelen. Vanuit het retributieve perspectief staat het zwaarder straffen dan verdiend is gelijk aan het straffen van een onschuldige.¹⁸⁷ Voor zover de gestrafte te zwaar wordt gestraft, wordt hij alleen gebruikt als middel tot doel.

Retributivisten zullen hoe dan ook criteria aan moeten dragen om te bepalen welke straf verdiend is. Nozicks formule $r * H$ kan daarbij als uitgangspunt dienen.¹⁸⁸ 'H' staat voor de ernst van de (beoogde) inbreuk en 'r' voor de verantwoordelijkheid van de actor. De verantwoordelijkheid (r) heeft primair betrekking op subjectieve factoren: opzet of schuld; motief; recidive; verzachtende of verzwarende omstandigheden; etc.¹⁸⁹ De ernst van de inbreuk (H) heeft primair betrekking op objectieve factoren: ernst rechtsbelang; krenking of gevaar; pleger of deelnemer; voorbereiding, poging of voltooid delict; etc.

Het vaststellen van verdiende straf is bijzonder moeilijk. De eerste moeilijkheid is om gepleegde feiten op een continuüm van ernstigheid te rangschikken (relatieve strafwaardigheid). Hoe verhouden dood door schuld, poging tot doodslag en mishandeling zich tot elkaar? De tweede moeilijkheid is de ernst van het feit te vertalen in een passende straf (absolute strafwaardigheid). Dat de talio niet voldoet, spreekt voor zich. Retributivisten zijn er echter niet in geslaagd een andere, overtuigende autonome maatstaf te ontwikkelen. Knigges circulaire definitie is in dat verband exemplarisch: verdiende straf is de straf die in vergelijkbare gevallen wordt opgelegd.¹⁹⁰

De evidente moeilijkheden nemen niet weg dat het in beginsel mogelijk is rationele, op het verleden gerichte criteria te ontwikkelen. Andrew von Hirsch heeft in dit opzicht een belangrijke bijdrage geleverd.¹⁹¹ De retributieve criteria hebben met name betrekking op de relatieve strafwaardigheid. De absolute strafwaardigheid varieert van tijd tot tijd en van plaats tot plaats. Het is in elk geval niet mogelijk precies aan te geven welke straffen te zwaar zijn vanuit retributief oogpunt. Ik ga er echter van uit dat in onze maatschappij tot op zekere

¹⁸⁷ Zie bijv. Morris 1974, 'The future of imprisonment', p. 73-77 en Murphy 1979, 'Retribution, justice, and therapy. Essays in the philosophy of law', p. 223-249.

¹⁸⁸ Nozick 1974, 'Anarchy, state, and utopia', p. 59-63.

¹⁸⁹ Recidive is de controversieelste factor, omdat dit niet alleen betrekking heeft op het delict in kwestie. Von Hirsch 1981, 'Desert and previous convictions in sentencing' betoogt dat iemand die voor het eerst veroordeeld wordt, minder straf verdient dan een recidivist. Hij krijgt een straffkorting, omdat zijn daad niet representatief is voor zijn gedrag. Deze retributieve ratio verschilt van de utilitaristische ratio. Recidivisten worden zwaarder gestraft, omdat recidive een goede voorspeller is van toekomstig crimineel gedrag. Bovendien komt het de afschrikking ten goede. Vgl. Polinsky & Shavell 1998, 'On offense history and the theory of deterrence'.

¹⁹⁰ Knigge 1988, 'Het irrationele van de straf', p. 16-17.

¹⁹¹ Zie Von Hirsch 1985, 'Past or future crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals'; Von Hirsch 1976, 'Doing justice. The choice of punishments'; Von Hirsch 1990, 'Proportionality in the philosophy of punishment: from 'why punish?' to 'how much?'; Von Hirsch & Jareborg 1991, 'Gauging criminal harm: a living-standard analysis'; Von Hirsch 1993, 'Censure and sanctions'.

hoogte consensus bereikt kan worden over de strafwaardigheid van bepaalde feiten.¹⁹² In het navolgende gebruik ik de term proportionaliteit in retributief opzicht. Een straf is disproportioneel als zij zwaarder is dan vanuit retributief opzicht geoorloofd wordt geacht. Voor mijn doeleinden is van ondergeschikt belang dat niet exact is vast te stellen wanneer dat het geval is.

Het spreekt voor zich dat het door Pogge gesuggereerde scenario – het opleggen van de doodstraf voor dronken rijden – vanuit retributief perspectief ongeoorloofd is. Het is de vraag welke straf wél gerechtvaardigd is. Husak geeft een retributieve analyse van het delict rijden onder invloed. Hij concludeert dat dronken rijden over het algemeen geen ernstig delict oplevert.¹⁹³ Husaks belangrijkste argument is dat het risico dat gepaard gaat met dronken rijden marginaal is. Dronken rijden is gevaarlijker dan nuchter rijden, maar de risico's blijven uiterst gering. De hoge maatschappelijke kosten die verbonden zijn aan dronken rijden, zijn het gevolg van gecumuleerde risico's. Gecumuleerde risico's zijn echter irrelevant vanuit retributief oogpunt: het gaat om het gevaar dat de actor zelf veroorzaakt.¹⁹⁴ Von Hirsch & Jareborg stellen in dit verband:

“Many crimes only create a threat or risk to a given interest. Their harm-rating should depend not only on the importance of the interest but the degree to which it is risked. The more remote the risk, the lower that rating, ie, the greater should be the discount.”¹⁹⁵

Des te kleiner het risico, des te minder straf verdiend is. Hoeveel straf verdient een automobilist met een promillage van 0,9 als we aan zouden nemen dat dit gepaard gaat met een kans op de dood van 1/25.000.000 per kilometer?¹⁹⁶ De

¹⁹² Daarmee wil ik niet suggereren dat dit gebaseerd zou moeten worden op empirisch onderzoek onder de bevolking. Het voornaamste bezwaar is dat deze oordelen gebaseerd kunnen zijn op onjuiste informatie. Dat neemt niet weg dat empirisch onderzoek met betrekking tot de strafwaardigheid in aanmerking kan worden genomen bij het vaststellen van retributieve criteria. Zie bijv. Robinson & Darley 1995, 'Justice, liability, and blame. Community views and the criminal law', p. 157-199.

¹⁹³ Zie m.n. Husak 1994, 'Is drunk driving a serious offense?' en Husak 1998, 'Reasonable risk creation and overinclusive legislation'. Zie ook Ross 1982, 'Deterring the drinking driver. Legal policy and social control', p. 111-115 en Stuart 1989, 'Deterrence, desert, and drunk driving'.

¹⁹⁴ Vgl. Von Hirsch 1982, 'Desert and white-collar criminality: a response to dr. Braithwaite'; Von Hirsch & Jareborg 1991, 'Gauging criminal harm: a living-standard analysis'; Von Hirsch 1996, 'Extending the harm principle: 'remote' harms and fair imputation'; Dressler 2001, 'Understanding criminal law', p. 54-55.

¹⁹⁵ Von Hirsch & Jareborg 1991, 'Gauging criminal harm: a living-standard analysis', p. 30.

¹⁹⁶ Ik ga ervan uit dat het ongevalsrisico bij een promillage van 0,9 vier maal zo groot is als het basisrisico. Zie Borkenstein e.a. 1974, 'The role of the drinking driver in traffic accidents (the Grand Rapids study)', p. 101 en Hurst, Harte & Frith 1994, 'The Grand Rapids dip revisited', p. 652. In 2000 werd in Nederland ongeveer 100 miljard kilometer gereden door personenauto's. Er vielen circa 1000 verkeersdoden. Dat betekent dat de kans op een dodelijk verkeersongeval in elk geval kleiner is dan 1/100.000.000 per kilometer.

→

retributivist zal in ieder geval acht moeten slaan op het feit dat talloze even risicovolle gedragingen in het geheel niet strafbaar zijn. Husak concludeert daarom dat een dergelijk klein risico onmogelijk aanleiding kan geven tot een ernstige retributieve reactie.¹⁹⁷

De bovenstaande analyse gaat uit van de vooronderstelling dat iemand met een te hoog bloedalcoholgehalte een groter dan gemiddeld risico neemt. Husak wijst er echter terecht op dat de correlatie tussen bloedalcoholgehalte en gevaar niet zonder meer geëxtrapoleerd kan worden naar het individuele geval. Het is goed mogelijk dat een persoon met een te hoog bloedalcoholgehalte geen groter dan gemiddeld gevaar veroorzaakt. Daarbij kan gedacht worden aan personen die goed kunnen rijden, goed tegen drank kunnen of rekening houden met hun intoxicatie.¹⁹⁸ Husak concludeert dat het onjuist is iemand die geen gevaar veroorzaakt – een redelijke dronken rijder – strafrechtelijk aansprakelijk te houden.¹⁹⁹

Deze conclusie is uiteraard niet beperkt tot het delict rijden onder invloed. In het algemeen kan gesteld worden dat abstracte gevaarzettingsdelicten en or-

Het basisrisico is in werkelijkheid kleiner. (1) Niet alle verkeersdoden zijn te wijten aan personenauto's. (2) Het gaat eigenlijk om de kans dat een *nuchtere* automobilist de dood van *een ander* veroorzaakt. Het hier als uitgangspunt genomen basisrisico omvat ook gevallen waarbij de actor dronken is en/of zijn eigen dood veroorzaakt.

¹⁹⁷ Zie ook Husak 1992, 'Drugs and rights', p. 145-208 en Husak 1998, 'Desert, proportionality, and the seriousness of drug offences'. Husak 1998, p. 203 stelt: "Although the total injury caused by millions of drug users committing billions of acts of drug use may be substantial, the quantum of injury per offence probably qualifies as trivial. The injury caused by particular acts of drug use is perhaps so minuscule that one wonders why it does not fall under the legal principle of *de minimis*."

¹⁹⁸ Zie Hurst, Harte & Frith 1994, 'The Grand Rapids dip revisited', p. 649 (figuur 2). Er bestaat een negatieve correlatie tussen frequentie van drankgebruik en ongevalsrisico. Frequente drinkers met een promillage van 0,9 lopen minder kans op een ongeval dan nuchtere automobilisten. Daaruit volgt enkel en alleen dat andere factoren dan alcohol een belangrijke rol spelen.

¹⁹⁹ Husak 1998, 'Reasonable risk creation and overinclusive legislation', p. 615 stelt: "Sam, the hypothetical reasonable drunk driver, could have abstained from drinking and driving. The legitimate claims of other persons, however, give him no reason to do so. Criminal liability is unjust when imposed on persons who need not have honored the terms of cooperation that are demanded, even though they were capable of conforming to these standards." Husak 1995, 'The nature and justifiability of nonconsummate offenses', p. 177 stelt: "The justification for punishing such a person seems suspiciously utilitarian; his welfare is sacrificed for the greater good achieved by the creation and enforcement of the nonconsummate offense. In order for punishment to be justified in terms of the desert of the particular offender, he should be afforded the opportunity to show that his act-token did not increase the risk that the consummate harm would occur." Blekxtoon 2003, 'Straftoemeting: onmetelijk moeilijk' wijst erop dat automobilisten met een te hoog bloedalcoholgehalte vroeger de gelegenheid kregen aan te tonen dat ze tot behoorlijk besturen in staat waren.

deningswetgeving retributivisten voor problemen stellen.²⁰⁰ Daarbij kan gedacht worden aan delicten uit de Opiumwet, Wet wapens en munitie of Wet op de economische delicten. Het opleggen van straf is problematisch als de actor in kwestie weinig of geen gevaar heeft veroorzaakt. In dat geval kan men de actor alleen verwijten dat hij de wet overtreedt.²⁰¹ Hem wordt verweten dat hij weigert mee te werken aan een wederkerig tot voordeel strekkend stelsel van gedragsregels. Het retributief geformuleerde verwijt wordt op die manier herleid tot een utilitaristische ratio, die ten grondslag ligt aan de wet. Het komt mij voor dat de strafwaardigheid van enkele non-conformiteit niet bijzonder hoog is.²⁰²

²⁰⁰ Zie Arenella 1990, 'Character, choice and moral agency: the relevance of character to our moral culpability judgments'; Von Hirsch & Jareborg 1991, 'Gauging criminal harm: a living-standard analysis'; Moore 1993, 'Justifying retributivism'; Husak 1995, 'The nature and justifiability of nonconsummate offenses'; Von Hirsch 1996, 'Extending the harm principle: 'remote' harms and fair imputation'; Moore 1997, 'Placing blame. A general theory of the criminal law', p. 68-73 en 184-187; Husak 1998, 'Reasonable risk creation and overinclusive legislation'; Osler 2004, 'Indirect harms and proportionality: the upside-down world of federal sentencing'; Husak 2004, 'Crimes outside the core'; Duff 2005, 'Criminalizing endangerment'; Husak 2005, '*Malum prohibitum* and retributivism'. Moore 1997, p. 185-186 stelt: "Retributivism justifies punishment only when people deserve it, and desert requires both wrongdoing and culpability. In a legal regime whose criminal statutes criminalize morally neutral or even virtuous acts, retributivism cannot justify punishment (...). Retributivism presupposes a regime in which the legislature has followed what is variously called a 'legal moralist', 'perfectionist', or 'natural law' theory of criminal legislation." Husak 2005, p. 70 stelt: "Retributivist theories of crime and punishment are at best embarrassed and at worst refuted by the existence of *mala prohibita* offenses."

²⁰¹ Hart 1968, 'Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law', p 35-40 stelt dat in dergelijke gevallen gestraft wordt hoewel de actor niet moreel verwerpelijk heeft gehandeld. Dworkin werpt Hart tegen dat de laakbaarheid van de actor op twee gronden kan rusten. Een feit kan verwerpelijk zijn, omdat het feit zelf verwerpelijk is óf omdat de wet het verbiedt. In het tweede geval schendt de actor de morele plicht zich aan de wet te houden. Zie Dworkin 1969, 'Morality and the law' en Dworkin 1978, 'Taking rights seriously. New impression with a reply to critics', p. 1-13.

²⁰² Dit wordt onderschreven door twee van de belangrijkste retributivisten. Von Hirsch 1996, 'Extending the harm principle: 'remote' harms and fair imputation', p. 270 stelt: "Citizens' prima facie obligation to obey the law cannot, obviously, supply the imputation grounds. The legislature needs good reasons (including those relating to fair imputation) for prohibiting conduct. It cannot provide those reasons, bootstrap-style, merely by prohibiting the conduct – and then pointing to citizens' duty of obedience as the justification." Moore 1997, 'Placing blame. A general theory of the criminal law', p. 72-73 stelt: "Citizens have no moral obligation to obey a law just because it is a law. (...) [The] passage of a law prohibiting certain conduct adds nothing to our antecedent moral obligations with respect to that conduct: if the conduct was morally wrong, our obligation not to do it is not strengthened by it becoming illegal, and if the conduct was morally permissible, we have no moral obligation not to do it just because the law prohibits it." Vgl. ook Smith 1973, 'Is there a prima facie obligation to obey the law?'

3.4.7 Strafhoogte III: proportionaliteit en het utilitarisme

Utilitaristen hebben geen principiële bezwaren tegen disproportionele straffen. Als een disproportionele straf nuttig is, dan moet deze opgelegd worden. Pogge lijkt te menen dat het stellen van de doodstraf op dronken rijden in overeenstemming is met het nutsbeginsel. Het executeren van enkele dronken rijders leidt tot een aanzienlijke daling van het aantal slachtoffers van dronken rijders. De achterliggende gedachte is simpel: minder doden betekent meer geluk. Het is de vraag of deze gedachtegang houdbaar is. Er bestaan legitieme utilitaristische bezwaren tegen disproportionaliteit.

De voornaamste utilitaristische bezwaren tegen disproportionaliteit zijn uiteengezet door Bentham en Beccaria.²⁰⁵ Het utilitarisme neemt zowel het te veroorzaken als het te voorkomen leed in aanmerking. Daaruit volgt in de eerste plaats dat een zwaarder vergrijp noopt tot het inzetten van een zwaarder middel. Bentham stelt: “The greater an offence is, the greater reason there is to hazard a severe punishment for the chance of preventing it.”²⁰⁴ Een tweede vereiste is dat gekozen moet worden voor de lichtst denkbare straf die vanuit preventief oogpunt vereist is. Bentham stelt: “[Punishments] should have only that degree of severity absolutely necessary to answer their end.”²⁰⁵ Deze twee eisen vormen een belangrijke barrière tegen disproportionaliteit.

Bij het bepalen van strafbedreigingen moet de wetgever de verhouding tussen de verschillende delicten in overweging nemen. Bentham stelt in dat verband: “Where two offences come in competition, the punishment for the greater offence must be sufficient to induce a man to prefer the less.”²⁰⁶ Dit thema is verder uitgewerkt door de rechtseconomische beweging. Het gaat om het realiseren van marginale afschrikking: het verschil in verwachte straf tussen het lichte en zware vergrijp moet de actor afschrikken het zware vergrijp te plegen.²⁰⁷ Het stellen van een zware straf op een licht vergrijp kan leiden tot negatieve effecten. Welk effect heeft het stellen van de doodstraf op dronken

²⁰⁵ Zie m.n. Bentham 1950, ‘The theory of legislation’, p. 324-327; Bentham 1970, ‘An introduction to the principles of morals and legislation’, p. 165-186; Beccaria 1971, ‘Over misdaden en straffen’, p. 365-370 en 406-412.

²⁰⁴ Bentham 1950, ‘The theory of legislation’, p. 326.

²⁰⁵ Bentham 1950, ‘The theory of legislation’, p. 338. Beccaria 1971, ‘Over misdaden en straffen’, p. 367 stelt: “Om aan een bepaalde sanctie haar volle uitwerking te geven is het voldoende, dat het leed, dat de straf meebrengt, groter is dan het voordeel dat het plegen van het misdrijf oplevert. (...) Alle strengheid die deze grenzen overschrijdt, is overbodig en daarom tirannie.”

²⁰⁶ Bentham 1970, ‘An introduction to the principles of morals and legislation’, p. 168.

²⁰⁷ Zie Stigler 1970, ‘The optimum enforcement of laws’; Shavell 1992, ‘A note on marginal deterrence’; Friedman & Sjostrom 1993, ‘Hanged for a sheep – the economics of marginal deterrence’. Het leerstuk van de vrijwillige terugtred en het verschil in strafbedreiging tussen poging en voltooid delict kan eveneens in deze sleutel geplaatst worden. Zie Posner 1985, ‘An economic theory of the criminal law’ en Shavell 1990, ‘Deterrence and the punishment of attempts’.

rijden op het gedrag van dronken rijders die politie ontwaren? Het ligt voor de hand dat ze zich niet als een lam naar de slachtbank zullen laten voeren. Brengt dat mee dat eveneens de doodstraf gesteld moet worden op het negeren van een stopbevel, het niet-meewerken aan een blaastest en het verwonden van een politieagent?

Bentham ging ervan uit dat normconform gedrag primair te wijten is aan afschrikking. Mensen houden zich aan de wet, omdat de voordelen niet opwegen tegen de nadelen. De psycholoog Tyler zet dit instrumentele perspectief af tegen een normatief perspectief.²⁰⁸ Het instrumentele perspectief focust op eigenbelang: normconform gedrag is het gevolg van een kosten-batenanalyse. Het normatieve perspectief scharniert om wat mensen als rechtvaardig beschouwen: de strafbedreiging speelt een ondergeschikte rol bij normconform gedrag. Tyler onderscheidt twee, elkaar aanvullende, motieven voor normconform gedrag. (1) Personen houden de wet voor juist (moraliteit). (2) Personen achten het legitiem dat de overheid wetten stelt (legitimiteit). Tyler concludeert op basis van empirisch onderzoek dat beide motieven een verklaring bieden voor normconform gedrag. Vanuit het normatieve perspectief is de legitimiteit van de overheid van groot belang. Een overheid zonder legitimiteit kampt met dezelfde problemen als een bezetter in oorlogstijd: medewerking moet afgedwongen worden.²⁰⁹ Een overheid die het vertrouwen van de bevolking geniet, kan daarentegen in veel gevallen rekenen op vrijwillige medewerking.

Robinson & Darley passen dit normatieve perspectief toe op de distributie van straf.²¹⁰ Op de keper beschouwd bieden de auteurs een utilitaristische rechtvaardiging van het retributivisme. Vergelding is nuttig: een min of meer retributieve distributie van straf is de meest efficiënte wijze om preventie te bewerkstelligen. De stelling dat het opleggen van verdiende straf de utiliteit ten goede komt, wordt ook wel door andere auteurs verdedigd.²¹¹ Robinson & Dar-

²⁰⁸ Tyler 1990, 'Why people obey the law'; Tyler 1998, 'Public mistrust of the law: a political perspective'; Tyler & Darley 2000, 'Building a law-abiding society: taking public views about morality and the legitimacy of legal authorities into account when formulating substantive law'; Tyler 2001, 'Trust and law abidingness: a proactive model of social regulation'; Tyler & Huo 2002, 'Trust in the law. Encouraging public cooperation with the police and courts'; Tyler 2006, 'Psychological perspectives on legitimacy and legitimation'.

²⁰⁹ Vgl. Andenaes 1974, 'Punishment and deterrence', p. 113-122.

²¹⁰ Zie m.n. Robinson & Darley 1997, 'The utility of desert'. Zie ook Robinson & Darley 1995, 'Justice, liability, and blame. Community views and the criminal law', p. 201-215; Robinson & Darley 2003, 'The role of deterrence in the formulation of criminal law rules: at its worst when doing its best'; Darley 2005, 'On the unlikely prospect of reducing crime rates by increasing the severity of prison sentences'.

²¹¹ Zie Andenaes 1970, 'The morality of deterrence'; Andenaes 1971, 'The moral or educative influence of criminal law'; Hart 1968, 'Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law', p. 24-27; Roxin 1979, 'Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht'; Seidman 1984, 'Soldiers, martyrs, and criminals: utilitarian theory and the problem of crime control'; Shavell 2002, 'Law versus mo-

→

ley onderscheiden zich echter van deze auteurs, omdat ze hun opvatting onderbouwen met empirisch onderzoek. Robinson & Darley beginnen met een kritische bespreking van de traditionele utilitaristische subdoelen afschrikking, resocialisatie en onschadelijkmaking. Vervolgens concluderen ze dat disproportionaliteit gepaard gaat met disutiliteit.²¹² Hoewel een niet-retributieve distributie van straf lijkt te kunnen leiden tot een daling van misdaad, is dat op termijn niet het geval. Disproportionele straffen wijken af van de morele opvattingen in de maatschappij.²¹³ Dergelijke straffen verkeren in hun eigen tegendeel, omdat de legitimiteit van het gezag wordt aangetast.

Zowel de op afschrikking als de op gepercipieerde rechtvaardigheid gebaseerde argumenten werpen een dam op tegen disproportionele straffen. Bentham wijst echter nog op een aantal gevallen waarbij afschrikking wel degelijk gebaat is bij relatief hoge straffen. De belangrijkste factoren zijn snelheid van berechting, persoon van de dader en bestraffingskans. (1) "Punishment must be further increased in point of magnitude, in proportion as it falls short in point of proximity."²¹⁴ (2) "Where the act is conclusively indicative of a habit, such an encrease must be given to the punishment as may enable it to outweigh the profit not only of the individual offence, but of such other like offences as are likely to have been committed with impunity by the same offender."²¹⁵ (3) "To

rality as regulators of conduct'; Alschuler 2003, 'The changing purposes of criminal punishment: a retrospective on the past century and some thoughts about the next'.

²¹² Ter illustratie volgt de conclusie met betrekking tot onschadelijkmaking. Robinson & Darley 1997, 'The utility of desert', p. 467-468 stellen: "To us, the most severe criticism of an incapacitation-based sentencing system is that it requires a distribution of liability very different from what the community regards as just punishment for the offense committed. First, it assigns sentences of very different lengths to two individuals who have committed exactly the same crime, where one is predicted to be a repeat offender and the other is not. Further, the predicted repeat offender is being punished for an action that he has not yet done, or perhaps even thought of: the future offense. If he is one of the 47% of those predicted from the current best predictor system to commit another offense who would not, the 'false positives,' he is being punished for an offense that he never would have committed. Finally, an incapacitation strategy assigns liabilities based on considerations that do not figure into the community's perceptions of the appropriate sentences for the crime committed, such as the strong predictors of race, gender, and age. This brings us to what will become our familiar argument: an incapacitation-based sentencing system undercuts the moral credibility of the criminal law and thus the system's ability to produce voluntary compliance with its mandates."

²¹³ Zie Finkel 1995, 'Commonsense justice. Jurors' notions of the law', p. 132-153; Finkel e.a. 1996, 'Recidivism, proportionalism, and individualized punishment'; Tyler & Boeckmann 1997, 'Three strikes and you are out, but why? The psychology of public support for punishing rulebreakers'; Darley, Carlsmith & Robinson 2000, 'Incapacitation and just deserts as motives for punishment'; Carlsmith, Darley & Robinson 2002, 'Why do we punish? Deterrence and just deserts as motives for punishment'.

²¹⁴ Bentham 1970, 'An introduction to the principles of morals and legislation', p. 170. Cursivering verwijderd.

²¹⁵ Bentham 1970, 'An introduction to the principles of morals and legislation', p. 170. Cursivering verwijderd.

enable the value of the punishment to outweigh that of the profit of the offence, it must be increased, in point of magnitude, in proportion as it falls short in point of certainty.”²¹⁶ Het determineren van de juiste verhouding tussen bestraffingskans en strafhoogte is een speerpunt van de rechtseconomische beweging. Uitgangspunt is dat personen worden afgeschrikt als de verwachte kosten (straf) hoger zijn dan de verwachte opbrengsten van een strafbaar feit. De verwachte straf is een functie van bestraffingskans en strafhoogte. Aangezien het opsporen en straffen van overtreders gepaard gaat met kosten, kan het efficiënt zijn de bestraffingskans te verkleinen en de strafhoogte te vergroten.²¹⁷ Het afschrikkend effect blijft gelijk, terwijl de kosten dalen.

De belangrijkste utilitaristische pro- en contra-argumenten zijn de revue gepasseerd. Het is nu de vraag welke straf op dronken rijden vanuit utilitaristisch perspectief gerechtvaardigd kan worden. Dronken rijden is een retributief bagatel. De genomen risico's zijn over het algemeen minimaal. Bovendien is niet gezegd dat de actor in kwestie gevaar veroorzaakt heeft. De utilitarist bekijkt dit vraagstuk met een andere bril. Uitgangspunt is dat de gecumuleerde risico's van dronken rijden groot zijn, terwijl de pakkans klein is. Het hoeft geen betoog dat het stellen van de doodstraf op dronken rijden disutilitair is. Het opleggen van een gevangenisstraf van om en nabij zes maanden lijkt echter niet op overwegende bezwaren te stuiten.²¹⁸ Robinson & Darley's these hoeft hier niet aan in de weg te staan. Hun utilitaristische verdediging van het retributivisme verschilt in één opzicht van het echte retributivisme. Het retributivisme

²¹⁶ Bentham 1970, 'An introduction to the principles of morals and legislation', p. 170. Cursering verwijderd.

²¹⁷ Zie over de voorwaarden waarbij dit het geval is: Becker 1968, 'Crime and punishment: an economic approach'; Polinsky & Shavell 1979, 'The optimal tradeoff between the probability and magnitude of fines'; Posner 1992, 'Economic analysis of law', p. 223-231; Polinsky & Shavell 1999, 'On the disutility and discounting of imprisonment and the theory of deterrence'. Posner 1992, p. 230 stelt: "[There] is an argument – subject to caveats that should be familiar by now to the reader, based on risk aversion, overinclusion, avoidance and error costs, and (possibly) marginal deterrence – for combining heavy prison terms for convicted criminals with low probabilities of apprehension and conviction. Consider the choice between combining a .1 probability of apprehension and conviction with a 10 year prison term and a .2 probability of apprehension and conviction with a 5 year term. Under the second approach, twice as many individuals are imprisoned but for only half as long; so the total costs of imprisonment are similar under the two approaches, but the costs of police, court officials, etc. are less under the first. Isn't a system under which probabilities of punishment are low unfair, however, because it creates ex post inequality among offenders? Many go scot-free; others serve longer prison sentences than they would if more offenders were caught. To object to this result, however, is like saying that all lotteries are unfair because, ex post, they create wealth differences among the players."

²¹⁸ In 1950 werden in Finland ongeveer zeventig gevangenisstraffen van zes maanden of meer opgelegd per 10.000 geregistreerde voertuigen. Zie Ross 1976, 'The neutralization of severe penalties: some traffic law studies'.

streeft naar een *rechtvaardige* distributie van straf. Robinson & Darley's these berust uiteindelijk op *gepercipieerde rechtvaardigheid*. Het is goed mogelijk dat in de maatschappij levende opvattingen niet overeenstemmen met de uitkomsten van een retributieve analyse. Als de publieke opinie dronken rijders ziet als moordenaars in spe, dan leidt het opleggen van hoge straffen niet tot publieke weerstand.²¹⁹ Bovendien is denkbaar dat een goed geïnformeerd publiek zich achter de utilitaristische doelstelling van de overheid schaart. Ook in dat geval leidt een disproportionele straf niet tot weerstand in de maatschappij.

Het gaat mij er niet om de vraag te beantwoorden welke straf het best op dronken rijden gesteld kan worden.²²⁰ Het punt is dat utilitaristen geen principiële bezwaren tegen disproportionaliteit hebben. De utilitaristische bezwaren tegen disproportionaliteit zijn empirisch van aard: het gaat om de inschatting van toekomstige effecten. Het zal duidelijk zijn dat de kennis over de effecten van straf op veel fronten tekortschiet. Tegen deze achtergrond biedt het utilitarisme in elk geval voldoende aanknopingspunten voor incidentele disproportionaliteit. Het opleggen van een disproportionele straf is reeds gerechtvaardigd als redelijkerwijs verwacht mag worden dat het positieve effecten heeft. Het lijkt onwaarschijnlijk dat het in aanmerking nemen van gecumuleerde risico's, pakkans of recidivegevaar nooit zou nopen tot disproportionaliteit.

3.4.8 Strafhoogte IV: het vermijdbaarheidsbeginsel

In de bovenstaande paragrafen heb ik de traditionele visies met betrekking tot proportionaliteit uiteengezet. Proportionaliteit is een onmisbaar element van retributieve theorieën. Zowel het positieve als het negatieve retributivisme dic-

²¹⁹ Gusfield 1985, 'Social and cultural contexts of the drinking-driving event' wijst op de 'malevolence assumption': als een betrokkene bij een ongeval alcohol genuttigd heeft, dan gaat men ervan uit dat het ongeval door de drank veroorzaakt is. Gusfield 1985, p. 75 stelt: "For many in American culture, people who drink and then drive take chances with other people's lives in a manner more criminal than do others who, while sober, manufacture dangerously designed autos, who drive when too old or too young, who drive too fast for the conditions of the road, who drive defective autos, who drive when fatigued or who drive without using seat belts. While the contribution of any of these conditions to the aggregate of auto accidents may be greater or lesser than the use of alcohol, they do not create the same moral drama; they do not elicit the same concern for moral justice." Uit empirisch onderzoek blijkt dat 95 procent van de Nederlandse bevolking meent dat de straffen voor dronken rijden flink verhoogd moeten worden. Zie SARTRE 2004, 'European drivers and road risk. Part 1. Report on principal analyses', p. 40, 158-160 en 227-228.

²²⁰ In een aantal onderzoeken bleek dat zwaarder straffen of het dreigen daarmee niet het gewenste preventieve effect had. Zie Robertson, Rich & Ross 1973, 'Jail sentences for driving while intoxicated in Chicago: a judicial policy that failed'; Ross 1975, 'The Scandinavian myth: the effectiveness of drinking-and-driving legislation in Sweden and Norway'; Misner & Ward 1975, 'Severe penalties for driving offenses: a deterrence analysis'; Mathijssen 1994, 'Rijden onder invloed in Nederland, 1992-1993. Ontwikkeling van het alcoholgebruik van automobilisten in weekendnachten', p. 28-30.

teert dat iemand niet zwaarder gestraft mag worden dan hij verdient. Het zwaarder straffen dan verdiend is, staat gelijk aan het straffen van een onschuldige. Het utilitarisme heeft geen principiële bezwaren tegen disproportionele straffen. Als een disproportionele straf nuttig is, dan moet deze opgelegd worden. In de praktijk leidt het utilitarisme echter veelal tot straffen die niet-onverdiend zijn.

In deze paragraaf staat de Rawlsiaanse visie op proportionaliteit centraal. De contractanten hebben tot nu toe overeenstemming bereikt over drie belangrijke punten. (1) Er wordt niet gestraft zonder schuld (erkenning schuldbegin-sel). (2) Het enkele feit dat het retributivisme noopt tot het opleggen van straf, vormt onvoldoende reden te straffen (verwerping positieve retributivisme). (3) Er wordt niet zwaarder gestraft dan vanuit preventief oogpunt vereist is (subsidiariteitsbeginsel). Het is nu de vraag of de contractanten andere beperkingen op de strafhoogte zullen aanvaarden.

De verwerping van het positieve retributivisme laat de mogelijkheid open dat de contractanten zullen opteren voor het negatieve retributivisme. De negatief-retributieve theorie dicteert dat iemand niet zwaarder mag worden gestraft dan hij verdient. Dat betekent dat de maximale strafhoogte gedetermineerd wordt door een bepaalde retributieve theorie. In paragraaf 3.2.3 bleek dat er talloze retributieve theorieën bestaan. Deze theorieën bieden verschillende antwoorden op de vraag welke straf verdiend is. Ik meen dat de contractanten de strafhoogte niet zullen laten beperken door een van deze theorieën. De sluier van onwetendheid brengt namelijk mee dat de contractanten hun concepties van het goede niet kennen.²²¹ Ze weten niet of ze tot de aanhangers van een van deze retributieve theorieën zullen behoren. Het aanvaarden van de negatief-retributieve theorie behelst een keuze voor een maatschappij met meer misdaad dan anders het geval is. In sommige gevallen mag immers niet gestraft worden, hoewel een preventief effect verwacht wordt. Het verslechteren van de nadelige positie van misdaadslachtoffer vereist betere argumenten dan het retributivisme. De contractanten zijn geïnteresseerd in het realiseren van fundamentele rechten en vrijheden. Beperkingen op de strafhoogte dienen hier betrekking op te hebben. Het realiseren van een retributief rechtvaardigheidsideaal levert de in hun eigenbelang geïnteresseerde contractanten geen voordeel op.

De contractanten zijn geïnteresseerd in het vermijden van twee nadelige posities: misdaadslachtoffer en gestrafte. Eerder heb ik betoogd dat erkenning van het schuldbegin-sel tot gevolg heeft dat de nadelige positie van gestrafte zo goed als verdwijnt. Schuld impliceert controle met betrekking tot het al dan niet plaatsvinden van het strafbare feit. Het schuldbegin-sel geeft burgers de vrijheid zelf te bepalen of hun vrijheid beperkt wordt door straf. De gestrafte heeft de

²²¹ Zie Rawls 1973, 'A theory of justice', p. 136-142.

straf over zichzelf afgeroepen. De stelling dat de nadelige positie van gestrafte verdwijnt, verdient echter nuancering als de strafhoogte in aanmerking wordt genomen. Het is de vraag of alleen het schuldbeginsel burgers voldoende controle geeft om het opleggen van een zware straf te rechtvaardigen. Ter illustratie bespreek ik de delicten doodslag en dood door schuld. Beide delicten worden gekenmerkt door het feit dat de actor het gevolg had kunnen voorkomen. Er is echter ook een belangrijk verschil. De opzetsdader heeft ceteris paribus meer controle over het al dan niet intreden van het gevolg. De wetenschap dat het gevolg kan intreden, biedt hem een ideale gelegenheid af te zien van de gedraging. In dat geval is de these dat de actor de straf over zichzelf afroept het meest overtuigend. De these overtuigt het minst bij de niet-doleuze schuld, omdat geen sprake is van een anterieur bewustheidsmoment.²²² De actor bevindt zich in een minder goede positie om het gewraakte gevolg te vermijden. Dat brengt mee dat een zware straf bij een lichte schuldgraad wel degelijk beschouwd kan worden als een relevante nadelige positie. Er is meer voor nodig deze nadelige positie te doen verdwijnen. Het schuldbeginsel alleen biedt onvoldoende controle.

Ik stel mij voor dat de contractanten overeenstemming zouden kunnen bereiken over een beginsel dat verder gaat dan het schuldbeginsel. Dit beginsel, dat ik aanduid met de term vermijdbaarheidsbeginsel, dicteert dat een zware straf gemakkelijk te vermijden moet zijn. De achterliggende gedachte is dat een zware straf geen relevant nadeel behelst als het gemakkelijk te voorkomen is. Het vermijdbaarheidsbeginsel minimaliseert de nadelige positie van zwaar gestrafte. Ik bespreek drie factoren die betrekking hebben op de vermijdbaarheid.

(1) *Voorzienbaarheid straf*. Het moet redelijkerwijs te voorzien zijn dat het vergrijp in kwestie zwaar kan worden bestraft. De in de delictsomschrijving vermelde maximumstraf speelt daarbij slechts een ondergeschikte rol. Zo is het opleggen van een gevangenisstraf van vier jaar voor het stelen van een reep chocola, niet redelijkerwijs te voorzien. Een belangrijke toetssteen wordt gevormd door straffen die in vergelijkbare gevallen plegen te worden opgelegd. (2) *Opzet*. Iemand die opzet op het plegen van een feit heeft, kan in beginsel gemakkelijk afzien van dat feit. Opzet vormt daarom een belangrijke indicator voor de vermijdbaarheid van straf. Ik noem vier wijzen waarop opzet zich kan manifesteren. (a) Voorbedachte raad (moord). (b) Opzet op het feit (doodslag). (c) Opzet op een verwant feit (mishandeling de dood ten gevolge hebbend). (d) Opzet op een gevaarlijke gedraging (doleuze schuld). (3) *Schuldmitigerende factoren*. Als zich een schulduitsluitingsgrond voordoet, dan ontbeert de actor een redelijke gelegenheid het feit te voorkomen. Het alleen rekening houden met schulduitsluitingsgronden is echter onvoldoende. Talloze andere factoren kunnen het oordeel rechtvaardigen dat de actor het feit minder goed kon voorkomen (provocatie; bijna-noodweer; verminderde toerekeningsvatbaar-

²²² Zie paragraaf 2.4.4.4 over de niet-doleuze schuld.

heid; etc.). Hoewel deze factoren de aansprakelijkheid niet aantasten, kunnen ze wel in de weg staan aan het opleggen van een zware straf.

Ik maak de balans op. Staan Rawlsiaanse rechtvaardigheidsbeginselen in de weg aan het opleggen van een disproportionele straf? De verwerping van het negatieve retributivisme impliceert dat dit niet het geval is. Het is in beginsel mogelijk een zwaardere straf op te leggen dan vanuit retributief opzicht geoorloofd is. In het Rawlsiaanse stelsel wordt de strafhoogte alleen in toom gehouden door het schuldbeginsel, het vermijdbaarheidsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel. Deze beginselen brengen mee dat straffen over het algemeen niet disproportioneel zullen zijn. Het subsidiariteitsbeginsel omvat alle boven besproken utilitaristische argumenten tegen disproportionaliteit. Preventie noopt slechts bij uitzondering tot het opleggen van een disproportionele straf. Dat geldt in het bijzonder als Robinson & Darley's these wordt aanvaard.

Ik keer terug naar het door Pogge aangedragen voorbeeld. Pogge meent dat de Rawlsiaanse contractanten zouden kunnen opteren voor het stellen van de doodstraf op dronken rijden. Pogges voorbeeld beoogt de ondeugdelijkheid van Rawls' theorie te illustreren. Het executeren van dronken rijders wordt algemeen als onrechtvaardig beschouwd. Een theorie die tot dergelijke onrechtvaardigheden leidt, zo luidt de redenering, dient verworpen te worden. Op deze redenering valt wel iets af te dingen. Het voorbeeld is namelijk dermate onrealistisch dat onze morele intuïtie geen betrouwbare graadmeter vormt.²²³ We kunnen ons simpelweg niet voorstellen dat het executeren van dronken rijders, zoals Pogge impliceert, de beste manier is om onze vrijheid te garanderen. Het enkele feit dat dit in een wereld die radicaal verschilt van de onze wel het geval zou kunnen zijn, volstaat niet om de Rawlsiaanse straftheorie te verwerpen.

Dat neemt niet weg dat minder ernstige vormen van disproportionaliteit wel degelijk gerechtvaardigd kunnen worden. Dronken rijden is een retributief bagatel: het enkele feit dat iemand dronken rijdt, kan nooit een ernstige sanctie rechtvaardigen. De Rawlsiaanse contractant aanvaardt deze retributieve beperking niet. Het opleggen van een gevangenisstraf voor dronken rijden stuit niet op principiële bezwaren. Een regime waarbij recidiverende dronken rijders worden veroordeeld tot gevangenisstraf, lijkt in overeenstemming met het vermijdbaarheidsbeginsel. In dat geval worden potentiële overtreders voldoende mogelijkheden geboden de straf te voorkomen.

De uitkomst van deze analyse geldt uiteraard ook voor andere delicten. In paragraaf 3.4.6 bleek dat abstracte gevaarzettingsdelicten en ordeningswetgeving moeilijk vanuit retributief perspectief gerechtvaardigd kunnen worden.²²⁴

²²³ Vgl. Sprigge 1965, 'A utilitarian reply to dr. McCloskey'.

²²⁴ Zie voor voorbeelden van delicten: Von Hirsch & Jareborg 1991, 'Gauging criminal harm: a living-standard analysis'; Husak 1995, 'The nature and justifiability of nonconsummate offenses'; Von Hirsch 1996, 'Extending the harm principle: 'remote' harms and fair imputation'; Husak 1998, 'Reasonable risk creation and overinclusive legislation'; Osler 2004,

→

De strafbaarstelling van het voorhanden hebben van wapens vormt een voorbeeld. Het voorhanden hebben van wapens is op zichzelf beschouwd niet gevaarlijk. Er ontstaat in de regel pas gevaar als de actor de beslissing neemt het wapen te gebruiken.²²⁵ Het opleggen van een (zware) straf voor wapenbezit staat daarom op gespannen voet met het retributivisme. Vanuit utilitaristisch of Rawlsiaans perspectief zijn hoge straffen niet moeilijk te rechtvaardigen. Wapens worden frequent gebruikt om misdaden mee te plegen. Het strafbaar stellen van een niet-gevaarlijke toestand kan een preventief effect hebben.

Ten slotte kan gedacht worden aan de in art. 38m Sr opgenomen maatregel tot plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders. Het is mogelijk veelplegers naar aanleiding van één misdrijf voor twee jaar in een inrichting te plaatsen. Het opleggen van een dergelijke sanctie stuit al gauw op retributieve bezwaren.²²⁶ Vanuit Rawlsiaans perspectief is deze maatregel te rechtvaardigen. Het opleggen van deze sanctie veronderstelt dat iemand reeds driemaal eerder veroordeeld is. Daaruit volgt dat de sanctie in beginsel goed te vermijden is.²²⁷

3.4.9 Strafhoogte V: het gelijkheidsbeginsel

In deze paragraaf bespreek ik de vraag of gelijke gevallen gelijk behandeld dienen te worden. De term ‘gelijk’ heeft in dit geval betrekking op retributieve gelijkheid. Er is sprake van gelijkheid als personen evenveel straf verdienen. Dat doet zich bijvoorbeeld voor als alle subjectieve en objectieve factoren volstrekt gelijk zijn. Het gelijkheidsbeginsel – gelijke gevallen dienen gelijk behandeld te worden – noopt ertoe een gelijke straf op te leggen.

Het subsidiariteitsbeginsel dicteert dat geen zwaardere straf opgelegd mag worden dan vanuit preventief oogpunt vereist is. Het subsidiariteitsbeginsel is onverenigbaar met het gelijkheidsbeginsel. In de volgende twee gevallen conflicteert het subsidiariteitsbeginsel met het gelijkheidsbeginsel. (1) Factoren die betrekking hebben op de persoon van de gestrafte nopen tot het lichter straffen

‘Indirect harms and proportionality: the upside-down world of federal sentencing’; Husak 2004, ‘Crimes outside the core’; Duff 2005, ‘Criminalizing endangerment’; Husak 2005, ‘*Malum prohibitum* and retributivism’.

²²⁵ Vgl. Von Hirsch 1996, ‘Extending the harm principle: ‘remote’ harms and fair imputation’.

²²⁶ Recidive speelt slechts een beperkte rol bij het bepalen van verdiende straf. Vgl. Von Hirsch 1981, ‘Desert and previous convictions in sentencing’.

²²⁷ Dat lijdt uitzondering als de actor over onvoldoende controle beschikt ten gevolge van een psychische stoornis. Zie paragraaf 2.3.4. Ik ga uit van de opvatting dat verslavingsproblematiek (zie art. 38m lid 3 Sr) op zichzelf beschouwd niet het oordeel rechtvaardigt dat de actor over onvoldoende controle beschikt. Husak 1992, ‘Drugs and rights’, p. 100-117 geeft drie argumenten. (1) *Culpa in causa*. (2) Ontwenningverschijnselen kunnen tegengegaan worden met medicijnen. (3) Personen moeten weerstand kunnen bieden aan de met ontwenningverschijnselen gepaard gaande pijn, aangezien deze onvoldoende ernstig is.

van de een dan de ander.²²⁸ Daarbij kan gedacht worden aan de verwachting van recidive of de noodzaak tot resocialisatie.²²⁹ (2) Generale preventie noopt slechts tot het straffen van enkele in plaats van alle overtreeders van een bepaald feit. Norval Morris bespreekt een voorbeeld met betrekking tot zes belastingontduikende dokters.²³⁰ Is het nodig bij alle zes dokters een gevangenisstraf op te leggen? Morris meent van niet. Als het straffen van twee dokters een afdoende generaal preventief effect heeft, dan is het onnodig de andere vier eveneens te straffen.

Het is de vraag of het subsidiariteitsbeginsel of het gelijkheidsbeginsel de voorkeur verdient vanuit Rawlsiaans perspectief. Het is belangrijk in te zien dat het subsidiariteitsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel alleen met elkaar conflicteren als toepassing van het gelijkheidsbeginsel ertoe leidt dat zwaarder of vaker gestraft wordt dan vanuit preventief oogpunt vereist is. Dat betekent dat de hoeveelheid straf toeneemt, hoewel de hoeveelheid misdaad niet afneemt. Deze uitkomst is niet aanvaardbaar voor de Rawlsiaanse contractanten. Een dominante rol van het gelijkheidsbeginsel leidt tot een verslechtering van de ene nadelige positie (gestrafte) zonder dat daar een verbetering van de andere nadelige positie (misdaadslachtoffer) tegenover staat.

Het subsidiariteitsbeginsel gaat derhalve boven het gelijkheidsbeginsel. Gelijke gevallen moeten grofweg gelijk behandeld worden, tenzij het subsidiariteitsbeginsel anders dicteert.²³¹ Deze positie vertoont verwantschap met de opvatting van Morris.²³² Morris betoogt dat het belang van het gelijkheidsbeginsel

²²⁸ Zie Walker 1982, 'Unscientific, unwise, unprofitable or unjust?'; Note Harvard Law Review 1982, 'Selective incapacitation: reducing crime through predictions of recidivism'; Morris & Miller 1985, 'Predictions of dangerousness'; Morris 1994, 'Dangerousness' and incapacitation'.

²²⁹ Art. 38m Sr bevat een dergelijke afwijking van het gelijkheidsbeginsel. Veelplegers kunnen geplaatst worden in een inrichting voor stelselmatige daders. Een van de eisen is dat er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de verdachte wederom een misdrijf zal begaan. Dat betekent dat factoren die geen betrekking hebben op de strafwaardigheid van de feiten, kunnen leiden tot een verschillende sanctie.

²³⁰ Morris 1982, 'Madness and the criminal law', p. 189-192.

²³¹ Het verdient opmerking dat er in de praktijk gegronde redenen moeten zijn om van het gelijkheidsbeginsel af te wijken. Het gelijkheidsbeginsel is stevig verankerd in het rechtsbewustzijn. Zie Doble 1987, 'Crime and punishment: the public's view. A qualitative analysis of public opinion prepared by the Public Agenda Foundation for the Edna McConnell Clark Foundation', p. 24-25. Het is mogelijk dat het frequent afwijken van het gelijkheidsbeginsel op termijn haaks staat op preventie, omdat de legitimiteit van het strafrecht wordt aangetast. Vgl. Robinson 1994, 'Desert, crime control, disparity, and units of punishment' en Robinson & Darley 1997, 'The utility of desert'.

²³² Morris is een belangrijke pleitbezorger van de negatief-retributieve verenigingstheorie. Morris meent dat zowel retributieve als utilitaristische overwegingen een rol mogen spelen binnen de grenzen van de verdiende straf. De relatieve strafwaardigheid speelt slechts een ondergeschikte rol in de negatief-retributieve verenigingstheorie. Twee personen die evenveel straf verdienen, kunnen een verschillende straf krijgen. Deze consequentie is onaanvaardbaar voor meer positief georiënteerde retributivisten, zoals Von Hirsch. Von

→

schromelijk wordt overschat. Volgens Morris is het streven naar gelijkheid belangrijk, maar vormt het geen categorische imperatief.²³³ Het vastklampen aan gelijkheid leidt tot een excessief punitief strafklimaat. Ik volg Morris in zijn opvatting dat het primaat van subsidiariteit boven gelijkheid niet strijdig is met Rawlsiaanse rechtvaardigheidsbeginselen.²³⁴ Het minder zwaar of minder vaak straffen dan gelijkheid zou vereisen, strekt niemand tot nadeel. Het leidt hoogstens tot relatieve bevoordeling van degene die niet of minder zwaar wordt gestraft. Hij heeft geluk dat preventie niet noopt tot bestraffing.

3.4.10 Het Rawlsiaanse strafrechtstelsel

In de voorgaande paragrafen is Rawls' theorie van rechtvaardigheid toegepast op het strafrecht. De contractanten hadden de taak een aantal beslissingen over het strafrecht te nemen. De contractanten bevinden zich achter een sluier van onwetendheid, zodat ze niet weten hoe de beslissingen voor hen zullen uitpakken. De gedachte is dat de billijke aanvangssituatie leidt tot rechtvaardige beslissingen. De contractanten hebben bijzondere aandacht voor personen die het slechtst af zijn, aangezien ze zelf ook in deze positie terecht zouden kunnen komen. In dit verband zijn twee nadelige posities relevant: misdadaanslachtoffer en gestrafte. Hieronder worden de belangrijkste beslissingen samengevat.

1 Strafrechtelijk stelsel

Het instellen van een strafrechtelijk stelsel is gerechtvaardigd. Mensen maken bij het nastreven van hun doelen regelmatig inbreuk op de vrijheid van anderen. Een systeem van wetten en sancties lijkt de meest aangewezen weg om deze inbreuken tot een aanvaardbaar niveau beperkt te houden.

Hirsch meent dat de relatieve strafwaardigheid de hoogte van de straf moet dicteren. Utilitaristische overwegingen mogen geen rol spelen bij de strafoplegging. Von Hirsch 1985, 'Past or future crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals', p. 40 stelt: "Persons whose criminal conduct is equally serious should be punished equally. (...) [This precludes] the resolution of questions of comparative punishment on grounds other than the blameworthiness of the offender's conduct. (...) To disregard these ordinal proportionality requirements, and treat desert as providing only limits in the manner Morris proposes, would ignore the censuring implications of punishment." Zie deze studie, p. 108 over de opvatting van Morris.

²³³ Morris 1976, 'Punishment, desert and rehabilitation'; Morris 1982, 'Madness and the criminal law', p. 155-160 en 179-209; Morris & Tonry 1990, 'Between prison and probation. Intermediate punishments in a rational sentencing system', p. 82-108. Zie ook Hart 1968, 'Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law', p. 24-27; Packer 1968, 'The limits of the criminal sanction', p. 139-145; Tonry 1994, 'Proportionality, parsimony, and interchangeability of punishments'.

²³⁴ Zie Morris 1976, 'Punishment, desert and rehabilitation' en Morris 1982, 'Madness and the criminal law', p. 196-202.

2 Schuldbeginsel

Er mag niet gestraft worden zonder schuld. Het schuldbeginsel biedt burgers controle met betrekking tot het al dan niet in aanraking komen met het strafrecht. Dat brengt mee dat de nadelige positie van gestrafte zo goed als verdwijnt, omdat sprake is van vermijdbaar nadeel.

3 Solide strafprocesrecht

Het schuldbeginsel leidt niet tot volledige negatie van de nadelige positie van gestrafte, omdat het materiële recht onjuist toegepast kan worden. Dat noopt tot een afweging tussen de tegengestelde belangen van onschuldige gestraften en misdaadslachtoffers (preventie). Dit krijgt gestalte in een solide strafprocesrecht, waarbij de kans onschuldig veroordeeld te worden klein is.

4 Vermijdbaarheidsbeginsel

Een zware straf is alleen gerechtvaardigd als het gemakkelijk te vermijden is. Het schuldbeginsel alleen geeft burgers onvoldoende controle om het opleggen van een zware straf te rechtvaardigen. Het vermijdbaarheidsbeginsel minimaliseert de nadelige positie van zwaar gestrafte. Opzet vormt de belangrijkste factor: wie opzet heeft, kan doorgaans gemakkelijk afzien van het feit. Daarnaast dient acht te worden geslagen op de voorzienbaarheid van de straf en schuldmitigerende omstandigheden.

5 Subsidiariteitsbeginsel

Er mag geen zwaardere straf opgelegd worden dan vanuit preventief oogpunt vereist is. Het subsidiariteitsbeginsel zorgt ervoor dat de ene nadelige positie (gestrafte) niet verslechtert zonder dat daar een verbetering van de andere nadelige positie (misdaadslachtoffer) tegenover staat.

6 Positieve retributivisme

Het positieve retributivisme dicteert dat verdiende straf opgelegd moet worden. De contractanten verwerpen het positieve retributivisme, omdat het enkel en alleen straffen omdat dit verdiend zou zijn, tot onnodig nadeel leidt. De ene nadelige positie (gestrafte) verslechtert zonder dat daar een verbetering van de andere nadelige positie (misdaadslachtoffer) tegenover staat.

7 Negatieve retributivisme

Het negatieve retributivisme dicteert dat iemand niet zwaarder mag worden gestraft dan hij verdient. De contractanten verwerpen het negatieve retributivisme, omdat dit zou leiden tot meer misdaad dan anders het geval is. In sommige gevallen mag immers niet gestraft worden, hoewel een preventief effect verwacht wordt. Een retributieve beperking op de strafhoogte levert geen bijdrage aan het realiseren van fundamentele vrijheden.

8 Gelijkheidsbeginsel

Het subsidiariteitsbeginsel gaat boven het gelijkheidsbeginsel. Gelijke gevallen moeten grofweg gelijk behandeld worden, tenzij het subsidiariteitsbeginsel anders dicteert. Een dominante rol van het gelijkheidsbeginsel zou leiden tot het zwaarder of vaker straffen dan preventie vereist. De nadelige positie van gestrafte verslechtert zonder dat daar een verbetering van de nadelige positie van misdaadslachtoffer tegenover staat. Hierbij is de contractant niet gebaat.

De door de contractanten genomen beslissingen vormen de contouren van een rechtvaardig strafrechtstelsel. Het Rawlsiaanse stelsel is utilitaristisch noch retributief. Het is niet utilitaristisch, omdat het stelsel niet in dienst staat van het nutsbeginsel. Het is niet retributief, omdat het stelsel niet in dienst staat van een retributief rechtvaardigheidsideaal. Het leidend beginsel van het Rawlsiaanse stelsel wordt gevormd door vrijheid. Enerzijds beschermt het stelsel de burger tegen vrijheidsinbreuken door misdaad. Anderzijds beschermt het stelsel de burger tegen vrijheidsinbreuken door het stelsel zelf.

Het Rawlsiaanse stelsel vertoont veel raakvlakken met het utilitarisme. Het utilitaristische subdoel preventie speelt een hoofdrol. Het strafrechtstelsel bestaat om misdaad te voorkomen. Gedragingen worden strafbaar gesteld om misdaad te voorkomen. Er wordt gestraft om misdaad te voorkomen. Dit gemeenschappelijke streven laat zich goed verklaren. De utilitarist wil misdaad voorkomen, omdat dit leidt tot ongeluk. De Rawlsiaanse contractant wil misdaad voorkomen, omdat dit leidt tot onvrijheid.

Er bestaat een belangrijk verschil tussen de Rawlsiaanse en de utilitaristische bepaling van de strafhoogte. Het leed van de gestrafte telt minder zwaar dan bij het utilitarisme het geval is, omdat het vermijdbaar leed betreft. Het utilitarisme weegt het belang van de gestrafte even zwaar als het belang van preventie. In het Rawlsiaanse stelsel vindt een andere afweging plaats. Het schuldbeginnsel en het vermijdbaarheidsbeginnsel zorgen ervoor dat het strafleed vermijdbaar is. Misdaad maakt echter een willekeurige inbreuk op vrijheid. De contractanten zullen de belangen van slachtoffers daarom zwaarder wegen dan de belangen van misdadigers. Dat betekent dat zwaarder gestraft kan worden dan vanuit utilitaristisch oogpunt gerechtvaardigd is. Een ander verschil is dat de Rawlsiaanse bepaling van de strafhoogte alleen gedicteerd wordt door preventie. Het utilitaristische subdoel genoegdoening speelt geen rol, aangezien het geen verband houdt met vrijheid.

Het Rawlsiaanse stelsel vertoont op het eerste gezicht weinig raakvlakken met het retributivisme. De contractanten verwerpen zowel het positieve als het negatieve retributivisme. Het Rawlsiaanse stelsel vertoont echter ook overeenkomsten met het retributivisme. Het schuldbeginnsel en het vermijdbaarheidsbeginnsel brengen mee dat de actor het strafbare feit had kunnen voorkomen. Dit vereiste past goed bij het negatieve retributivisme. Een actor die het feit niet had kunnen voorkomen, verdient geen straf. Het retributivisme gaat echter verder. De vermijdbaarheid van het feit is een noodzakelijke, maar geen vol-

doende voorwaarde. Een actor die het feit wél had kunnen voorkomen, verdient niet noodzakelijkerwijs straf. Dit verschil is geïllustreerd aan de hand van het delict rijden onder invloed. Een dronken rijder die geen gevaar veroorzaakt, verdient weinig of geen straf. Het Rawlsiaanse stelsel laat echter toe dat een zware straf wordt opgelegd. Rawlsiaanse rechtvaardigheid eist alleen dat sprake is van een vermijdbaar *feit*; retributieve rechtvaardigheid eist daarentegen dat sprake is van een vermijdbare *fout*.²³⁵ In een retributief stelsel dient straf te berusten op de morele verderfelijke van de actor. In het Rawlsiaanse stelsel kan het voldoende zijn dat de actor een billijke gelegenheid heeft gehad strafbaarheid te voorkomen.

Ik maak de overstap van het ideaaltypische Rawlsiaanse stelsel naar het actuele Nederlandse strafrecht. De volgende drie Rawlsiaanse uitgangspunten kunnen als richtsnoer dienen bij de strafoplegging. (1) Er mag geen zwaardere straf opgelegd worden dan vanuit preventief oogpunt vereist is (subsidiariteitsbeginsel). (2) Een zware straf moet gemakkelijk te vermijden zijn geweest (vermijdbaarheidsbeginsel). (3) De strafhoogte mag bepaald noch beperkt worden door retributieve overwegingen. Het uitwerken en toepassen van deze uitgangspunten valt buiten het bestek van deze studie. Het centrale thema van deze studie betreft de verschoningsgronden. Het is in dit verband de vraag hoe verschoningsgronden zich verhouden tot de bevoegdheid straf op te leggen. Wat is de ratio van verschoningsgronden?

Verschoningsgronden vormen de kern van het schuldbeginnel en het vermijdbaarheidsbeginsel. Opzet, schuld en schulduitsluitingsgronden leveren een bijdrage aan het realiseren van het schuldbeginnel en het vermijdbaarheidsbeginsel. De ratio van verschoningsgronden vormt een afgeleide van de ratio van deze Rawlsiaanse rechtvaardigheidsbeginselen. Verschoningsgronden bieden alle burgers een redelijke gelegenheid uit de greep van het strafrecht te blijven. Ik duid deze ratio aan met de term controleprincipe. Het stelsel van verschoningsgronden geeft burgers controle over het al dan niet in aanraking komen met het strafrecht.

Het controleprincipe sluit aan bij het weinige dat Rawls zelf over verschoningsgronden heeft gezegd.²³⁶ Volgens Rawls vloeien verschoningsgronden

²³⁵ Hart 1968, 'Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law', p. 38-39 stelt: "[The] principle (1) that it is unfair and unjust to punish those who have not 'voluntarily' broken the law is a moral principle quite distinct from the assertion (2) that it is wrong to punish those who have not 'voluntarily committed a moral wrong proscribed by law'." Moore 1997, 'Placing blame. A general theory of the criminal law', p. 409 stelt: "Yet to say that blaming would not be unfair is not to say that such blame is deserved. Fairness simply is not the same as culpability."

²³⁶ Zie Rawls 1973, 'A theory of justice', p. 235-243. Het verdient opmerking dat Rawls' opmerkingen betrekking hebben op de ideale theorie. Deze ideale theorie veronderstelt dat mensen de wet strikt naleven. Rawls' opmerkingen vormen een aanzet voor de wijze waarop de theorie met betrekking tot gedeeltelijke naleving uitgewerkt moet worden. Ik

→

rechtstreeks voort uit het eerste rechtvaardigheidsbeginsel.²³⁷ Dit beginsel dicteert dat elke persoon een gelijk recht heeft op een volledig adequaat stelsel van gelijke fundamentele rechten en vrijheden. Verschoningsgronden garanderen de vrijheid uit de greep van het strafrecht te blijven. Rawls ontleent zijn visie op verschoningsgronden aan Hart. Ik bespreek Harts opvatting in de onderstaande paragraaf.

3.4.11 Hart en het controleprincipe

De conclusie van de vorige paragraaf was dat de ratio van verschoningsgronden wordt gevormd door het controleprincipe: verschoningsgronden geven burgers controle over het al dan niet in aanraking komen met het strafrecht. Een strafrecht dat wordt beheerst door het controleprincipe, biedt alle burgers een redelijke gelegenheid uit de greep van het strafrecht te blijven. Opzet, schuld, psychische overmacht, noodweereces, ontoerekeningsvatbaarheid, avas en actus reus leveren alle een bijdrage aan het realiseren van het controleprincipe.

Hart meent dat het rechtvaardig is dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid scharniert om controle. Personen mogen alleen aansprakelijk worden gehouden als ze deze aansprakelijkheid hadden kunnen voorkomen. Verschoningsgronden vormen een uitvloeisel van rechtvaardigheid. Wellicht, zo stelt Hart, is hiermee alles gezegd.²³⁸ Hart geeft echter gehoor aan “an itch to go further”. Een stelsel met verschoningsgronden heeft volgens Hart een aantal belangrijke voordelen. Deze voordelen hebben betrekking op (1) het bevorderen van voorspelbaarheid; (2) het bieden van een keuzemogelijkheid; (3) het geven van voldoening; en (4) het belonen van zelfbeheersing. In het onderstaande citaat gaat Hart in op de voordelen van verschoningsgronden (excusing conditions; excuses).

“Consider the law not as a system of stimuli but as what might be termed a *choosing* system, in which individuals can find out, in general terms at least, the costs they have to pay if they act in certain ways. This done, let us ask what value this system would have in social life and why we should regret its absence. (...) [What] a legal sys-

ben bij het toepassen van Rawls' theorie uitgegaan van een situatie van gedeeltelijke naleving.

²³⁷ Rawls 1973, ‘A theory of justice’, p. 241 stelt: “We also see that the principle of responsibility is not founded on the idea that punishment is primarily retributive or denunciatory. Instead it is acknowledged for the sake of liberty itself. Unless citizens are able to know what the law is and are given a fair opportunity to take its directives into account, penal sanctions should not apply to them. This principle is simply the consequence of regarding a legal system as an order of public rules addressed to rational persons in order to regulate their cooperation, and of giving the appropriate weight to liberty. I believe that this view of responsibility enables us to explain most of the excuses and defenses recognized by the criminal law (...). [The] principle of liberty leads to the principle of responsibility.”

²³⁸ Hart 1968, ‘Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law’, p. 17-24.

tem that makes liability generally depend on excusing conditions does is to guide individuals' choices as to behaviour by presenting them with reasons for exercising choice in the direction of obedience, but leaving them to choose. (...) If with this in mind we turn back to criminal law and its excusing conditions, we can regard their function as a mechanism for similarly maximizing within the framework of coercive criminal law the efficacy of the individual's informed and considered choice in determining the future and also his power to predict that future. (...) Then we can see that by attaching excusing conditions to criminal responsibility, we provide each individual with benefits he would not have if we made the system of criminal law operate on a basis of total 'strict liability'.²³⁹

"First, we maximize the individual's power at any time to predict the likelihood that the sanctions of the criminal law will be applied to him."²⁴⁰ "[This] increases the power of individuals to identify beforehand periods when the law's punishments will not interfere with them and to plan their lives accordingly. (...) Where punishment is not so restricted individuals will be liable to have their plans frustrated by punishments for what they do unintentionally, in ignorance, by accident or mistake. Such a system of strict liability for all offences, if logically possible, would not only vastly increase the number of punishments, but would diminish the individual's power to identify beforehand particular periods during which he will be free from them."²⁴¹

"Secondly, we introduce the individual's choice as one of the operative factors determining whether or not these sanctions shall be applied to him. He can weight the cost to him of obeying the law – and of sacrificing some satisfaction in order to obey – against obtaining that satisfaction at the cost of paying 'the penalty'.²⁴² "The worse the laws are, the more valuable the possibility of exercising this choice becomes in enabling an individual to decide how he shall live."²⁴³

"Thirdly, by adopting this system of attaching excusing conditions we provide that, if the sanctions of the criminal law are applied, the pains of punishment will for each individual represent the price of some satisfaction obtained from breach of law. This, of course, can sound like a very cold, if not immoral attitude toward the criminal law, general obedience to which we regard as an essential part of a decent social order. But this attitude seems repellent only if we assume that all criminal laws are ones whose operation we approve. To be realistic we must also think of bad and repressive criminal laws; in South Africa, Nazi Germany, Soviet Russia, and no doubt elsewhere, we might be thankful to have their badness mitigated by the fact that

²³⁹ Hart 1968, 'Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law', p. 44-47.

²⁴⁰ Hart 1968, 'Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law', p. 47.

²⁴¹ Hart 1968, 'Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law', p. 23. Zie ook Hart 1968, p. 181-182.

²⁴² Hart 1968, 'Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law', p. 47.

²⁴³ Hart 1968, 'Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law', p. 23.

they fall only on those who have obtained a satisfaction from knowingly doing what they forbid.”²⁴⁴

“[Fourthly], there is this. At present the law which makes liability to punishment depend on a voluntary act calls for the exercise of powers of self-control but not for complete success in conforming to law. It is illuminating to look at the various excuses which the law admits, like accident or mistake, as ways of rewarding self-restraint. In effect the law says that even if things go wrong, as they do when mistakes are made or accidents occur, a man whose choices are right and who has done his best to keep the law will not suffer. If we contrast this system with one in which men were conditioned to obey the law by psychological or other means, or one in which they were liable to punishment or ‘treatment’ whether they had voluntarily offended or not, it is plain that our system takes a risk which these alternative systems do not. Our system does not interfere till harm has been done and has been proved to have been done with the appropriate *mens rea*. But the risk that is here taken is not taken for nothing. It is the price we pay for general recognition that a man’s fate should depend upon his choice and this is to foster the prime social virtue of self-restraint.”²⁴⁵

“On this view excusing conditions are accepted as something that may conflict with the social utility of the law’s threats; they are regarded as of moral importance because they provide for all individuals alike the satisfactions of a choosing system. Recognition of excuses is therefore seen as a matter of protection of the individual against the claims of society for the highest measure of protection from crime that can be obtained from a system of threats. In this way the criminal law respects the claims of the individual as such, or at least as a *choosing being*, and distributes its coercive sanctions in a way that reflects this respect for the individual. This surely is very central in the notion of justice and is *one*, though no doubt only one, among the many strands of principle that I think lie at the root of the preference for legal institutions conditioning liability by reference to excusing conditions.”²⁴⁶

Het centrale aspect van Harts visie is het belang van keuze. ‘Keuze’ heeft verschillende betekenissen.²⁴⁷ Het kan verwijzen naar iets wat de actor doet: hij maakt een keuze. Daarnaast kan het verwijzen naar een mogelijkheid die de actor geboden wordt: hij heeft de keuze. Bij de strafrechtelijke aansprakelijkheid gaat het vooral om de tweede betekenis. Verschoningsgronden laten de actor de keus – geven hem controle – met betrekking tot het al dan niet in aanraking komen met het strafrecht.²⁴⁸ Soms maakt de actor daadwerkelijk de keus

²⁴⁴ Hart 1968, ‘Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law’, p. 47.

²⁴⁵ Hart 1968, ‘Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law’, p. 182.

²⁴⁶ Hart 1968, ‘Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law’, p. 49.

²⁴⁷ Vgl. Scanlon 1988, ‘The significance of choice’.

²⁴⁸ Scanlon 2003, ‘Punishment and the rule of law’ spreekt in dit verband van ‘the negative value of control’.

de wet te overtreden (doelopzet). In andere gevallen kan hoogstens gesteld worden dat hij ervoor had kunnen kiezen de wet niet te overtreden (voorwaardelijk opzet of schuld).

Het belang van controle – het kunnen kiezen – is grotendeels instrumenteel van aard.²⁴⁹ Hart wijst erop dat verschoningsgronden personen in staat stellen te voorspellen wanneer ze in aanraking komen met het strafrecht. Dit komt het duidelijkst naar voren bij doleuze delicten. Het kennismoment in het opzet biedt de actor een ideale gelegenheid het delict te voorkomen. Bij culpose delicten neemt de voorspelbaarheid af.²⁵⁰ Toch heeft de actor in beginsel voldoende mogelijkheden strafbaarheid te voorkomen. Wie zich aan de geschreven en ongeschreven zorgvuldigheidsnormen houdt, hoeft geen aansprakelijkheid te vrezen.²⁵¹

Het controleprincipe en het legaliteitsbeginsel completeren elkaar op dit instrumentele aspect. Het controleprincipe dicteert dat iemand pas gestraft mag worden als hij controle had over het al dan niet overtreden van de strafbepaling. Controle impliceert dat de persoon weet of kan weten dat een bepaalde gedraging strafbaar is.²⁵² Het legaliteitsbeginsel schiept de benodigde randvoorwaarden. De wetgever maakt duidelijke en kenbare wetten en de rechter blijft binnen de grenzen van de wet. Aldus is het voor de burger tot op grote hoogte voorzienbaar welke gedragingen strafbaar zijn.²⁵³ Het legaliteitsbeginsel garandeert de algemene voorzienbaarheid. Het controleprincipe garandeert – middels de schuldsluitingsgrond rechtsdwaling – de concrete voorzienbaarheid.

De laatste twee door Hart genoemde voordelen voegen weinig toe aan het voorgaande. Harts derde voordeel – het geven van voldoening – moet beschouwd worden tegen de achtergrond van moreel verderfelijke wetten. Het feit dat de gestrafte zelf heeft bepaald de wet te overtreden, geeft hem ten minste enige voldoening. Deze redenering kan eveneens toegepast worden op onze huidige, pluriforme samenleving, waarin veel mensen er een ander perspectief dan de wetgever op nahouden. Het minste wat de wetgever kan doen, is het aan de keus van de burgers over te laten of ze zich aan de wet conformeren. Harts vierde voordeel – het belonen van zelfbeheersing – heeft primair ten doel te communiceren dat verschoningsgronden burgers als mens behandelen. Het enkele feit dat een actor een gevolg heeft veroorzaakt, is onvoldoende reden te

²⁴⁹ Vgl. Scanlon 1988, 'The significance of choice'.

²⁵⁰ Vgl. Wasserstrom 1966, 'H.L.A. Hart and the doctrines of *mens rea* and criminal responsibility' en Martin 1987, 'The legal philosophy of H.L.A. Hart. A critical appraisal', p. 161-162.

²⁵¹ Zie paragraaf 2.4.3 over de normatieve component van schuld.

²⁵² Zie paragraaf 2.5.3 over rechtsdwaling.

²⁵³ Zie ook EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 (Sunday Times). Het Europees Hof overwoog: "[A] norm cannot be regarded as a 'law' unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail."

straffen of te behandelen. Wie zijn best doet zich aan de wet te houden, hoeft geen straf te vrezen als het onverhoopt fout afloopt.

Hart besteedt uitgebreid aandacht aan de voordelen van een stelsel met verschoningsgronden. Diverse auteurs zien daarom aanleiding zijn theorie van verschoningsgronden als utilitaristisch te kwalificeren.²⁵⁴ Het utilitarisme is niet alleen geïnteresseerd in het bevorderen van preventie. De door Hart genoemde voordelen dienen ook in de afweging te worden betrokken. Harts betoog kan aldus in de sleutel van het utilitarisme worden geplaatst. De voordelen van verschoningsgronden (maximaliseren keuzevrijheid) wegen zwaarder dan de mogelijke nadelen (minder preventie).

De utilitaristische interpretatie van Hart doet geen recht aan zijn visie. Volgens Hart vormen verschoningsgronden een morele, niet-utilitaristische beperking op het nastreven van strafdoelen.²⁵⁵ Tegen deze achtergrond ligt het meer voor de hand Harts betoog op te vatten als een pleidooi voor vrijheid. Verschoningsgronden geven burgers de vrijheid uit de greep van het strafrecht te blijven. Deze vrijheid kan niet herleid worden tot utiliteit. Dat neemt uiteraard niet weg dat rechtvaardigheid en utiliteit hand in hand kunnen gaan. Rawls stelt dat gestreefd moet worden naar “the most efficient just institutions”.²⁵⁶ Een stelsel dat rechtvaardigheid én utiliteit maximaliseert, is het hoogst bereikbare ideaal.

3.4.12 Vooruitblik

In het voorgaande heb ik Rawls' theorie van rechtvaardigheid toegepast op het strafrecht. Deze omvangrijke exercitie, die een groot deel van het strafrecht heeft bestreken, heeft uiteindelijk geleid tot de introductie van het controleprincipe. Het controleprincipe wordt gerealiseerd door de verschoningsgronden. Verschoningsgronden geven burgers controle over het al dan niet in aanraking komen met het strafrecht. Het controleprincipe heeft prescriptieve premissies: het drukt uit dat het goed is burgers controle te bieden over het al dan niet in aanraking komen met het strafrecht. Het controleprincipe kan richting

²⁵⁴ Zie bijv. Lyons 1969, ‘On sanctioning excuses’; Griffiths 1973, ‘Book review’; Martin 1987, ‘The legal philosophy of H.L.A. Hart. A critical appraisal’, p. 156-161. Griffiths 1973, p. 825 stelt: “Hart seems to me to have gone further than most towards articulating a true Utilitarian account of the law of excuses, all the while denying that this is what he is doing. The sense of freedom of choice and control of the future are themselves benefits which the criminal law should promote (...)”

²⁵⁵ Hart 1968, ‘Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law’, p. 21-22 stelt: “It incorporates the idea that each individual person is to be protected against the claim of the rest for the highest possible measure of security, happiness or welfare which could be got at his expense by condemning him for a breach of the rules and punishing him.”

²⁵⁶ Rawls 1999, ‘Legal obligation and the duty of fair play’, p. 129.

bieden bij het opstellen van wetgeving en de interpretatie van verschoningsgronden.

In paragraaf 3.5 ga ik in op de verhouding tussen het controleprincipe en wetgeving. Het is aan de wetgever het belang van controle af te wegen tegen andere relevante belangen. In paragraaf 3.6 bespreek ik de vraag hoe het controleprincipe de interpretatie van schuld en avas beïnvloedt. De achterliggende gedachte is dat verschoningsgronden zo geïnterpreteerd moeten worden dat burgers voldoende controle wordt geboden. Het controleperspectief wordt afgezet tegen het traditionele retributieve perspectief, waarbij schuld betrekking heeft op de laakbare gezindheid van de actor. In het volgende hoofdstuk besteed ik aandacht aan de vraag welke interpretatie van opzet wordt gerechtvaardigd door het controleprincipe.²⁵⁷

3.5 HET CONTROLEPRINCIPE EN WETGEVING

De wetgever zal zich in de eerste plaats moeten afvragen waarom bepaalde gedragingen strafbaar gesteld moeten worden. Hij heeft daarbij de keuze uit preventie, retributie of een combinatie van beide. Een wetgever die preventie nastreeft, stelt gedragingen strafbaar om dergelijke gedragingen te voorkomen. Een wetgever die retributie nastreeft, stelt gedragingen strafbaar om vergelding te legitimeren. Geen van de retributieve theorieën, die als gemeenschappelijk kenmerk hebben dat het goed is pijn toe te brengen, kunnen mij overtuigen.²⁵⁸ Ik zal deze optie daarom niet verder bespreken.²⁵⁹ Ik ga ervan uit dat de wetgever strafbepalingen opstelt om gewenst gedrag te realiseren.²⁶⁰

²⁵⁷ Zie m.n. paragraaf 4.3.8.2 en 4.5.4.4.e.

²⁵⁸ Zie paragraaf 3.2.3 over het retributivisme. Zie deze studie, p. 137 en 150 over de Rawlsiaanse verwerping van het retributivisme. Hart 1968, 'Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law', p. 234-235 geeft een aardige karakterisering van mijn opvatting: "To some critics it appears to be a mysterious piece of moral alchemy in which the combination of the two evils of moral wickedness and suffering are transmuted into good (...)."

²⁵⁹ Zie echter paragraaf 3.4.4. Een positieve retributivist die veel waarde toekent aan de plicht om te straffen, zou kunnen opteren voor lage materieelrechtelijke eisen (weinig schuld vereist) of lage formeelrechtelijke eisen (weinig bewijs vereist). Voor retributivisten die veel waarde toekennen aan de plicht onschuldigen niet te straffen, geldt het tegendeel.

²⁶⁰ Deze opvatting wordt, in elk geval met betrekking tot ordeningswetgeving, breed gedragen. Zie bijv. Knigge 1988, 'Het irrationele van de straf', p. 22-23; Buruma 1993, 'De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten', p. 264-289; Rammelink 1996, 'Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht', p. 902-904; Gritter 2003, 'Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch ordeningsrecht', p. 18-19. Het realiseren van normconform gedrag hoeft niet alleen gebaseerd te zijn op afschrikking. Zie paragraaf 3.4.7 over het door Tyler opgevoerde normatieve perspectief. Het normatieve perspectief scharniert om wat mensen als rechtvaardig beschouwen: de strafbedreiging speelt een ondergeschikte rol bij normconform gedrag. Tyler onderscheidt twee, elkaar aanvullende, motieven voor normconform gedrag. (1) Personen houden de

→

Bij het creëren van een strafbepaling dient de wetgever rekening te houden met een aantal belangen. (1) Het belang van de burger gevrijwaard te kunnen blijven van strafrechtelijke interventies (controleprincipe). (2) Het belang van preventie. (3) De maatschappelijke kosten. De maatschappelijke kosten bestaan onder meer uit: (3a) de kosten van strafrechtelijke procedures; en (3b) de kosten die burgers of rechtspersonen moeten maken uit de greep van het strafrecht te blijven. In het onderstaande bespreek ik kort hoe de verschillende belangen zich tot elkaar verhouden.

De prescriptieve waarde van het controleprincipe heeft met name betrekking op het klassieke strafrecht. Het controleprincipe is een uitvloeisel van Rawlsiaanse rechtvaardigheidsbeginselen, die in het teken staan van bescherming van vrijheid. Het opleggen van een geringe administratiefrechtelijke sanctie kan moeilijk als een serieuze inbreuk op vrijheid bestempeld worden. Art. 5 WAHV houdt de kentekenhouder van een motorrijtuig in beginsel aansprakelijk voor een met dat motorrijtuig gepleegde overtreding. Dat laat de reële mogelijkheid open dat een kentekenhouder die het motorrijtuig niet bestuurd heeft, gestraft wordt zonder schuld. De Hoge Raad en het Europees Hof zijn van mening dat deze procedure niet in strijd is met de in art. 6 EVRM neergelegde onschuldpresumptie.²⁶¹ Wat daar ook van zij, het valt moeilijk te ontkennen dat deze procedure op gespannen voet staat met het schuldbeginsel.²⁶² Het is de vraag of dat erg is.

De ratio van deze procedure is evident utilitaristisch: het is niet efficiënt altijd vast te moeten stellen wie schuld heeft aan de overtreding. Het spreekt voor zich dat de procedure niet te rijmen valt met het retributivisme: het doelbewust straffen van een onschuldige is een retributieve doodzonde.²⁶³ Het is de

wet voor juist (moraliteit). (2) Personen achten het legitiem dat de overheid wetten stelt (legitimiteit).

²⁶¹ HR 15 juli 1993, NJ 1994, 177 en EHRM 19 oktober 2004, VR 2005, 1.

²⁶² Vgl. Den Hartog 1992, 'Artikel 6 EVRM: grenzen aan het streven de straf eerder op de daad te doen volgen', p. 50-57 en 288-297; noot Corstens onder HR 15 juli 1993, NJ 1994, 177; Sjöberg 1994, 'Rechtsbescherming van de kentekenhouder verkwanseld? De 'zwijgplicht' van artikel 5 jo. artikel 8 WAHV'; Barel's 1994, 'Strafrechtelijke, administratiefrechtelijke en fiscale afdoening met de kentekenhouder'; Hartmann 1995, 'Het beginsel 'geen straf zonder schuld' in het bestuursstrafrecht'; Knigge 1998, 'De bestuurlijke boete als teken aan de wand'.

²⁶³ Keijzer 1987, 'Enkele opmerkingen omtrent de praesumptio innocentiae in strafzaken', p. 252 stelt: "Het in strafrechtelijk verband uitsluiten van een beroep op niet-verwijtbaarheid acht ik een miskennis van het strafbegrip. Straf houdt immers naar zijn wezen vergelding door leedtoevoeging in, welk doel men er overigens ook mee beoogt. En hoe kan men een gedraging vergelden die niet verwijtbaar is?" Zie ook noot Corstens onder HR 15 juli 1993, NJ 1994, 177: "Een essentiële ontbreekt: hoe kan men iemand straffen voor iets dat niet op zijn conto is te schrijven? Schuld in de hier bedoelde ruime betekenis is fundament van de straf. Bij gebreke daarvan mag er niet worden gestraft." Jonkers 1999, 'De strafrechtelijke straf: inhoud, grondslag, doeleinden', p. 166 stelt: "Straf

vraag hoe deze procedure zich verhoudt tot het controleprincipe. Ik meen dat het buiten toepassing laten van het schuldbeginsel in dit soort gevallen niet op principiële bezwaren stuit. De minimale inbreuk op de vrijheid van het individu valt in het niet bij de belangen van generale preventie en de kosten die gepaard gaan met het handhaven van het schuldbeginsel.²⁶⁴ Een min of meer utilitaristische redenering volstaat in dit soort gevallen.

De strekking van mijn betoog is dat het niet onrechtvaardig is het schuldbeginsel los te laten als niet meer dan een geringe boete op het spel staat. Het controleprincipe biedt op zichzelf beschouwd onvoldoende reden altijd aan het schuldbeginsel vast te houden. Dat neemt niet weg dat er goede utilitaristische redenen kunnen zijn om ook in dit soort procedures zo veel mogelijk vast te houden aan het schuldbeginsel. Het schuldbeginsel is verankerd in het rechtsbewustzijn. Het structureel negeren van het schuldbeginsel tast het morele gezag van de overheid mogelijk aan.²⁶⁵ Als dat het geval is, dan verkeert het streven naar efficiëntie in zijn tegendeel.

In het klassieke strafrecht wordt onderscheid gemaakt tussen misdrijven en overtredingen. Hoewel de zwaarste straffen gereserveerd zijn voor misdrijven, kunnen wel degelijk aanzienlijke straffen worden opgelegd voor overtredingen. Bepaalde overtredingen kunnen bestraft worden met hechtenis van een jaar. Daaruit volgt dat er in het klassieke strafrecht – anders dan in de boven beschreven procedure – veel op het spel kan staan voor de verdachte. In het Melk en waterarrest overwoog de Hoge Raad dat de wetgever een beroep op het ontbreken van schuld in de wet zou kunnen uitsluiten. Het controleprincipe biedt gegronde redenen om een beroep op verschoningsgronden niet in te perken. Een rechter die tot een veroordeling komt, heeft in beginsel de bevoegdheid de maximumstraf op te leggen. Verschoningsgronden vormen een belangrijke, door de Hoge Raad toetsbare, inperking van deze discretionaire bevoegdheid.

Bij het opstellen van een delictsomschrijving dient de wetgever zich af te vragen hoeveel controle hij de burger wil bieden. De ideale bepaling vanuit het controleperspectief wordt gevormd door de doleuze delictsomschrijving. Het bewustheidsmoment in het opzet biedt de actor een goede gelegenheid de wets-

zonder schuld is een *contradictio in terminis*, een logische absurditeit.” Deze auteurs gaan uit van de opvatting dat ‘straf’ en ‘schuld’ onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Zie Hart 1968, ‘Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law’, p. 4-6 over de ‘definitional stop’. De hier aan de orde zijnde vorm van bestraffing wordt door Hart 1968, p. 5 bestempeld als een ‘sub-standard case of punishment’: “Punishment of persons (...) who neither are in fact nor supposed to be offenders.”

²⁶⁴ Daarbij komt dat de actor tot op grote hoogte controle heeft, omdat hij zijn motorrijtuig niet uit hoeft te lenen. Dit punt heeft alleen betrekking op controle en niet op schuld. Het enkele feit dat de actor controle had over het uitlenen van zijn motorrijtuig, brengt niet mee dat hem een verwijt valt te maken voor het met zijn motorrijtuig gepleegde feit.

²⁶⁵ Zie paragraaf 3.3.3 en 3.4.7 over Robinson & Darley’s these: straffen die niet overeenstemmen met in de maatschappij levende opvattingen zijn op termijn disutilitair.

overtreding te voorkomen. De verschoningsgronden roekeloosheid, schuld en avas bieden de actor minder controle. Bij het determineren van de te bieden hoeveelheid controle spelen preventie en strafhoogte een belangrijke rol. Preventie noopt tot minder controle, terwijl strafhoogte tot meer controle noopt. Ik bespreek een tweetal uitgangspunten.

(1) Des te meer straf opgelegd kan worden, des te meer controle wordt geboden. Ten aanzien van het rechtsgoed dood komt dit naar voren in de oplopende strafhoogte bij schuld, roekeloosheid, opzet en voorbedachte raad. Het blijkt eveneens uit het feit dat bij overtredingen geen subjectieve bestanddelen worden vereist. Het verband tussen strafhoogte en controle is in lijn met het in paragraaf 3.4.8 besproken vermijdbaarheidsbeginsel. Dit beginsel behelst dat zware straffen gemakkelijk te voorkomen moeten zijn. De materieelrechtelijke bouwstenen van dit beginsel worden gevormd door de verschoningsgronden.

(2) Des te meer bescherming het rechtsgoed behoeft, des te minder controle wordt geboden. Dit uitgangspunt geldt alleen binnen de categorie misdrijven. Het blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat geen culpose zaakbeschadiging bestaat. Dat betekent dat alleen iemand die opzettelijk een goed vernielt, gestraft kan worden. Een andere illustratie wordt gevormd door het delict gemeenschap met een jeugdige (art. 245 Sr). Bij dit delict is opzet noch schuld ten aanzien van de leeftijd vereist.²⁶⁶ Dat betekent dat de verdachte zich alleen kan beroepen op avas of een andere schulduitsluitingsgrond.

De wetgever van 1886 beschouwde opzet als het normale vereiste van een misdrijf.²⁶⁷ Slechts bij uitzondering was ruimte voor culpose misdrijven. Er bestaan goede redenen voor deze terughoudendheid. Het belangrijkste argument voor het introduceren van een culpose delictsomschrijving is preventie. Stel dat de wetgever zou overwegen culpose zaakbeschadiging of diefstal strafbaar te stellen. De strafbedreiging en het daadwerkelijk opleggen van straf zou mensen ertoe kunnen aanzetten zich voorzichtiger te gedragen. Het is echter zeer de vraag of de voordelen opwegen tegen de nadelen. Om te beginnen is het te realiseren voordeel – betere bescherming van eigendom – waarschijnlijk niet bijster groot. Daar staan een aantal nadelen tegenover. Het belangrijkste niet-economische nadeel is dat burgers minder controle wordt geboden. Daarnaast vergroten culpose normen de kans dat burgers ten onrechte worden bestraft. Dit hangt samen met psychologische biases en het open karakter van de culpose norm. Ik bespreek deze thema's in paragraaf 3.6 en 4.3.8.²⁶⁸ Ten slotte is mogelijkterwijs sprake van aanzienlijke maatschappelijke kosten. Ten eerste, de

²⁶⁶ In wezen vormt dit delict een uitzondering op de regel dat bij misdrijven opzet of schuld vereist is. Het is juist dat de actor opzet moet hebben op het seksueel binnendringen. Dit is echter op zichzelf beschouwd een neutrale handeling. Het relevante rechtsgoed is 'het seksueel binnendringen bij een minderjarige'. Hier hoeft de actor geen opzet op te hebben. Zie paragraaf 4.5.3.4 over het opzet-object.

²⁶⁷ Smidt I, p. 73-89.

²⁶⁸ In paragraaf 3.6.2.4 en 4.3.8.10 sta ik kort stil bij de rol van de wetgever.

kosten die gepaard gaan met de handhaving van deze strikte wetgeving. Ten tweede, de kosten die gepaard gaan met het vermijden van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het introduceren van niet-doleuze bepalingen kan een negatief effect hebben op maatschappelijk wenselijke activiteiten (overdeterrence).²⁶⁹ Dit doet zich met name voor in gebieden waarbij gewenste en ongewenste activiteiten in elkaars verlengde liggen. Daarbij kan gedacht worden aan het economisch strafrecht.

De belangrijkste kostenbesparingen in het recht worden gerealiseerd buiten het materiële strafrecht. In het Wetboek van Strafrecht geldt als uitgangspunt dat overtredingen geen doleuze of culpose bestanddelen kennen.²⁷⁰ Dat betekent dat het aan de verdachte is aannemelijk te maken dat sprake is van avas of een andere schulduitsluitingsgrond. De bestuurlijke boete en de strafbeschikking gaan een stap verder. De sanctie wordt niet opgelegd door de rechter. Het is aan de bestrafte om rechterlijke toetsing met betrekking tot zijn schuld te initiëren.²⁷¹ Dergelijke procedures verdragen zich in beginsel goed met het controleprincipe. Mits omkleed met voldoende rechtswaarborgen, wordt aan burgers een redelijke gelegenheid geboden gevrijwaard te blijven van straf.

Knigge werpt een interessante vraag op met betrekking tot de herzieningsprocedure.²⁷² Moet iemand die onschuldig veroordeeld is voor herziening in aanmerking komen als hij die veroordeling aan zichzelf heeft te wijten? Het ging in casu om iemand die pretendeerde dronken te hebben gereden, omdat de werkelijke bestuurder nog geen rijbewijs had. Naar geldend recht komt een dergelijke verdachte in aanmerking voor herziening. Knigge stelt de vraag of de gestrafte wel onrecht wordt aangedaan als de onjuiste veroordeling in stand wordt gelaten. Vanuit retributief perspectief is het in stand laten van de veroordeling onaanvaardbaar. De gestrafte verdient geen straf voor het delict in kwestie. Het controleprincipe staat hier echter niet aan in de weg.²⁷³ De verdachte wordt geen onrecht aangedaan als hij het opleggen van straf had kunnen voorkomen. Hetzelfde geldt voor het uitsluiten van herziening als de verdachte niet in verzet gaat tegen een strafbeschikking. Dat betekent dat een straf niet kan

²⁶⁹ Vgl. Griffiths 1970, 'The limits of criminal law scholarship', p. 1397-1400 (voetnoot 38); Posner 1985, 'An economic theory of the criminal law'; Johnston 1987, 'Bayesian fact-finding and efficiency: toward an economic theory of liability under uncertainty'; Posner 1992, 'Economic analysis of law', p. 223-231 en 236-241; Cass & Hylton 2001, 'Antitrust intent'; Bierschbach & Stein 2005, 'Overenforcement'.

²⁷⁰ Het verdient opmerking dat veel overtredingen impliciet doleus zijn. Zie bijv. art. 425 Sr (aanhitsen van een dier).

²⁷¹ In de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht wordt het schuldbeginsel gecodificeerd (art. 5.4.1.2 Awb).

²⁷² Knigge 2006, 'De schijn van waarheid'.

²⁷³ Het controleprincipe staat ook niet in de weg aan het vernietigen van de veroordeling.

worden herzien, ook als vast zou komen te staan dat de verdachte geen schuld had.²⁷⁴ Het controleprincipe staat hier – anders dan het retributivisme – niet aan in de weg.

3.6 INTERPRETATIE VAN SCHULD EN AVAS-SCHULD: RETRIBUTIVISME EN CONTROLEPRINCIPE

3.6.1 Inleiding

Deze paragraaf staat in het teken van de vraag hoe schuld geïnterpreteerd moet worden. Het retributivisme en het controleprincipe dienen daarbij als referentiekader.²⁷⁵ De keuze voor het retributivisme is ingegeven door het feit dat veel auteurs een verenigingstheorie van straf aanhangen. In de negatief-retributieve verenigingstheorie speelt het retributivisme een beperkende rol: er mag alleen gestraft worden als de actor het verdient gestraft te worden. Schuld en schuld-uitsluitingsgronden spelen hierbij een belangrijke rol. Een retributieve interpretatie beoogt te bewerkstelligen dat alleen personen worden veroordeeld die het verdienen voor dat delict gestraft te worden. In het onderstaande gebruik ik de term ‘verdienen’ altijd in relatie tot het retributivisme. Onverdiende straf is straf die niet strookt met retributieve beginselen. Vanuit utilitaristisch of Rawlsiaans perspectief is een onverdiende straf niet noodzakelijkerwijs afkeurenswaardig. De later in deze paragraaf verdedigde stelling, dat regelmatig mensen veroordeeld worden voor een culpoos delict die het niet verdienen voor dat delict bestraft te worden, dient tegen deze achtergrond beoordeeld te worden.

Het controleprincipe stelt lagere eisen aan de interpretatie van schuld dan het retributivisme. Straf hoeft niet verdiend te zijn. Het controleprincipe eist alleen dat de actor een redelijke mogelijkheid wordt geboden verschoond te blijven van culpose aansprakelijkheid. Dat neemt niet weg dat de retributieve en de op controle geënte interpretatie van schuld overeenkomsten met elkaar vertonen. Dat geldt in het bijzonder voor het delict dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld dat ik als uitgangspunt van de bespreking neem. Dat betekent dat de uitkomsten van de retributieve analyse voor een deel relevant zijn voor de op controle geënte interpretatie.

Het doel van deze paragraaf is om de abstracte referentiekaders toepasbaar te maken voor de praktijk. Welke factoren zijn van belang voor de vraag of straf verdiend is? Welke interpretatie van schuld biedt voldoende controle aan burgers? Deze analyse blijft hoe dan ook abstract. Er worden een aantal normatieve en subjectieve factoren blootgelegd die een rol kunnen spelen bij de beoorde-

²⁷⁴ Vgl. Knigge 2006, ‘De schijn van waarheid’, p. 36-38.

²⁷⁵ Ik betrek geen utilitaristische overwegingen bij de interpretatie van schuld. In paragraaf 3.6.4.7 (voetnoot 369) ga ik kort in op de hieraan verbonden bezwaren.

ling van schuld. De analyse biedt geen pasklaar antwoord op de vraag of een bepaald feitencomplex beschouwd moet worden als schuld.

Een heikele vraag is hoe de retributieve en de op controle geënte interpretatie van schuld zich verhouden tot de rechtspraktijk. Ik denk dat het onmogelijk is daar een algemene uitspraak over te doen. De beoordeling van schuld is in de praktijk het domein van de feitenrechter. De feitenrechter houdt zich niet bezig met het omlijnen van een abstract materieelrechtelijk schuldbegrip. In de rechtspraktijk zijn inhoud en bewijs van schuld moeilijk van elkaar te scheiden. De rechter, die een concrete zaak moet beoordelen, ziet zich gesteld voor de vraag of schuld bewezen kan worden. Als de rechter overtuigd is van de schuld van de verdachte, dan onderbouwt hij de bewezenverklaring met redengevende feiten en omstandigheden. In cassatie beperkt de Hoge Raad zich grotendeels tot de vraag of de bewezenverklaarde schuld uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid. De overweging uit HR 1 juni 2004, NJ 2005, 252 is in dit verband representatief.

“In cassatie kan slechts worden onderzocht of de schuld aan het verkeersongeval in de zin van art. 6 Wegenverkeerswet 1994, in het onderhavige geval de bewezenverklaarde aanmerkelijke onoplettendheid en/of onachtzaamheid, uit de door het Hof gebezigde bewijsmiddelen kan worden afgeleid. Daarbij komt het aan op het geheel van gedragingen van de verdachte, de aard en ernst daarvan en de overige omstandigheden van het geval.

Dat brengt mee dat niet in zijn algemeenheid valt aan te geven of één verkeersovertreding voldoende kan zijn voor de bewezenverklaring van schuld in de zin van evenbedoelde bepaling. 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. (...)

Het Hof heeft blijkens de gebezigde bewijsmiddelen vastgesteld dat de verdachte als bestuurster van een personenauto, rijdend met een snelheid van ongeveer 80 km per uur op een tweebaansweg, na een flauwe bocht naar links niet zoveel mogelijk rechts heeft gehouden maar plotseling zonder enige aanleiding, zo ver naar links is gekomen dat zij daardoor op de verkeerde weghelft is terechtgekomen en daar frontaal in botsing is gekomen met een op die andere weghelft rijdende tegenligger. Zodanig verkeersgedrag kan in beginsel de gevolgtrekking dragen dat de verdachte zich aanmerkelijk onoplettend en/of onachtzaam heeft gedragen en dat het verkeersongeval aan de schuld van de verdachte als bedoeld in art. 6 van de Wegenverkeerswet 1994 te wijten is.”

Een bewezenverklaring van schuld veronderstelt idealiter een visie met betrekking tot de inhoud van schuld. Ik noem drie mogelijke visies. (1) De actor heeft schuld als sprake is van ernstige morele laakbaarheid (retributief perspectief).

(2) De actor heeft schuld als sprake is van voldoende controle (controleperspectief). (3) De actor heeft schuld als het zinvol is hem te straffen (utilitaristisch perspectief).²⁷⁶ De feitenrechter noch de Hoge Raad waagt zich aan een expliciete materieelrechtelijke stellingname. De beoordelaar van jurisprudentie heeft slechts de beschikking over weinig informatie. De feitenrechter stelt dat een bepaald feitencomplex schuld oplevert en de Hoge Raad toetst of schuld uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid. Het is moeilijk aan te geven hoe zo'n concreet, op de bewijsvraag toegesneden schuldoordeel zich verhoudt tot een bepaalde abstracte materieelrechtelijke visie.

De Hoge Raad laat de feitenrechter veel ruimte met betrekking tot het al dan niet aannemen van schuld. Zowel veroordelingen als vrijspraken zijn tot op grote hoogte onaantastbaar in cassatie. Tegen deze achtergrond is het van belang te bepalen in hoeverre deze feitelijke uitspraken in overeenstemming zijn met de te bespreken referentiekaders. De feitenrechtspraak is echter grotendeels aan het zicht onttrokken. Het Openbaar Ministerie brengt ongeveer duizend art. 6 WVV-zaken per jaar bij de rechtbank aan.²⁷⁷ In het merendeel van de gevallen wordt het vonnis niet uitgewerkt. De hoogst incidenteel gepubliceerde uitspraken bieden onvoldoende grond om antwoord op de vraag te geven.²⁷⁸

Een tweetal empirische gegevens met betrekking tot art. 6 WVV verdient nadere bespreking. In de eerste plaats blijkt dat bijna de helft van alle veroordelingen plaatsvindt in een van de vijf ressorten.²⁷⁹ Het ligt in de rede dat in dat ressort een categorie mensen wordt veroordeeld die in andere ressorten de dans ontspringt. In de tweede plaats blijkt dat slechts 77 procent van de art. 6 WVV-zaken resulteert in een veroordeling.²⁸⁰ Dat betekent dat behoorlijk vaak niet voldaan is aan de materieelrechtelijke of formeelrechtelijke eisen die aan schuld worden gesteld.

Ik denk dat het onmogelijk is een algemeen geldige conclusie met betrekking tot de interpretatie van schuld te trekken. Deze opvatting is voor een belangrijk deel terug te voeren op mijn ervaringen als docent verkeersrecht bij de SSR. Een feitencomplex dat bij de ene rechtbank leidt tot een veroordeling, leidt bij de andere rechtbank tot een vrijspraak.²⁸¹ Het valt te verwachten dat

²⁷⁶ Deze visie wordt verdedigd door Peters. Zie paragraaf 3.3.4 en 4.3.2.

²⁷⁷ Zie Van Tulder 2003, 'Straftoemeting bij schuld in het verkeer: een empirische analyse'.

²⁷⁸ In paragraaf 3.6.4.3 bespreek ik een aantal problemen met betrekking tot het beoordelen van de rechtspraak.

²⁷⁹ Zie Van Tulder 2003, 'Straftoemeting bij schuld in het verkeer: een empirische analyse'. In het ressort Den Bosch komen 55 van de 1000 ongevallen voor de rechter; in het ressort Leeuwarden slechts 15 van de 1000.

²⁸⁰ Zie Van Tulder 2003, 'Straftoemeting bij schuld in het verkeer: een empirische analyse', p. 82 (tabel 1). Bij de interpretatie van de tabel heb ik gebruikgemaakt van door de auteur verstrekte informatie.

²⁸¹ Deze stelling kan empirisch onderzocht worden. De te toetsen hypothese is dat de afhankelijke variabele (uitspraak) verklaard wordt door twee onafhankelijke variabelen (het →

dergelijke verschillen binnen de door de Hoge Raad gelaten ruimte vallen. In de onderstaande analyse besteed ik geen aandacht aan afzonderlijke uitspraken. Zowel de retributieve als de op controle geënte analyse van schuld leidt tot de conclusie dat hoge eisen gesteld moeten worden aan schuld. Ik beperk mij tot de constatering dat een deel van de veroordelingen niet aan deze standaard voldoet.

De conclusie dat een deel van de veroordelingen in strijd is met de door mij geschetste referentiekaders vormt hopelijk aanleiding tot discussie. De wetgever van 1886, de huidige wetgever, de Hoge Raad en de doctrine geven weinig tot geen inzicht in de vraag welke normatieve theorie ten grondslag ligt aan de schuld.²⁸² Mag alleen gestraft worden voor een bepaald delict als straf verdiend is (retributief perspectief)? Mag alleen gestraft worden voor een bepaald delict als de actor beschikt heeft over voldoende controle (controleperspectief)? Of nopen utilitaristische overwegingen tot het aannemen van schuld, hoewel sprake is van onvoldoende laakbaarheid of controle?

De opbouw van deze paragraaf is als volgt. Ik begin met een retributieve analyse van schuld. Wat wil de retributivist weten over de actor in kwestie? Mag het al dan niet intreden van een gevolg een rol spelen bij de beoordeling van retributieve schuld ('moral luck')? Hoe kan retributieve schuld, gegeven een tweetal psychologische biases, adequaat beoordeeld worden? Vervolgens bespreek ik de interpretatie van schuld vanuit het controleperspectief. Wanneer wordt de actor een redelijke mogelijkheid geboden verschoond te blijven van culpose aansprakelijkheid? De laatste paragraaf staat in het teken van een vergelijking tussen schuld en avas-schuld. Worden hogere eisen gesteld aan schuld op bestanddeelniveau dan aan de schuld die beoordeeld moet worden bij een beroep op avas? Zo ja, is een dergelijk verschil in overeenstemming met het retributivisme of het controleprincipe?

feitencomplex én de rechter). Ik sluit niet uit dat een aanzienlijk deel van de variantie verklaard wordt door de tweede onafhankelijke variabele.

²⁸² Vellinga, in mijn ogen de belangrijkste auteur met betrekking tot schuld, kiest expliciet voor een theorieloze benadering. Vellinga 1982, 'Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld', p. 4 stelt: "In plaats van de vraag, hoe de schuld behoort te worden opgevat wil straffen gerechtvaardigd zijn, kan ook de vraag gesteld worden hoe de inhoud van de schuld moet worden omschreven in het raam van wetgeving en rechtspraak." Deze theorieloze, beschrijvende benadering heeft grote verdiensten, maar is niet zonder beperkingen. Het is lastig om vanuit dit perspectief kritiek uit te oefenen op de rechtspraak. Men kan hoogstens stellen dat schuld al dan niet uitgehold is, omdat al dan niet sprake is van grove schuld zoals bedoeld door de wetgever van 1886. Een zinvolle evaluatie van de rechtspraak vereist een theorie over de verhouding van schuld tot de rechtvaardiging van straf.

3.6.2 Het retributivisme en de interpretatie van schuld

3.6.2.1 Inleiding

Retributivisten achten het opleggen van straf alleen gerechtvaardigd als de actor het verdient gestraft te worden. Een retributieve interpretatie van schuld vereist aldus een taxatie van de moraliteit van de actor. Is het gedrag van de actor een uiting van een zodanige laakbare gezindheid dat hij straf verdient voor het veroorzaken van de dood van een ander? Fletcher drukt dit als volgt uit.

“The distinguishing feature of excusing conditions is that they preclude an inference from the act to the actor’s character. (...) An inference from the wrongful act to the actor’s character is essential to a retributive theory of punishment. A fuller statement of the argument would go like this: (1) punishing wrongful conduct is just only if punishment is measured by the desert of the offender, (2) the desert of an offender is gauged by his character – i.e., the kind of person he is, (3) and therefore, a judgment about character is essential to the just distribution of punishment.”²⁸³

Auteurs die de strafwaardigheid van schuld in twijfel trekken, gaan meestal uit van een retributief perspectief.²⁸⁴ De strekking van het betoog is veelal dat alleen opzettelijke gedragingen aanleiding mogen zijn voor het opleggen van straf. Alleen in dat geval heeft de actor expliciet voor het kwaad gekozen. Andere retributivisten gaan uit van een minder extreme opvatting. Ze betogen dat bepaalde niet-opzettelijke gedragingen wel degelijk strafwaardig zijn. Culpouse gedragingen zijn een uiting van de onverschilligheid van de actor.²⁸⁵ De actor

²⁸³ Fletcher 1978, ‘Rethinking criminal law’, p. 799-800.

²⁸⁴ Zie Keedy 1908, ‘Ignorance and mistake in the criminal law’; Turner 1948, ‘The mental element in crimes at common law’; Williams 1961, ‘Criminal law. The general part’, p. 122-124; Langemeijer 1962, ‘De onachtzaamheid’ op het congres van de Association Internationale de Droit Pénal’; Fine & Cohen 1967, ‘Is criminal negligence a defensible basis for penal liability?’; Note Yale Law Journal 1972, ‘Negligence and the general problem of responsibility’; Langemeijer 1975, ‘Strafrecht of -onrecht?’, p. 19-22 en 53-54; Delmonte 1979, ‘Negligence: a reappraisal of its validity as a basis for criminal liability and sanction’; Salvatori 1980, ‘Criminal law – criminal negligence – punishment’; Hall 1982, ‘Negligent behavior should be excluded from penal liability’; Bayles 1987, ‘Principles of law. A normative analysis’, p. 294-300; Moore 1990, ‘Choice, character, and excuse’; Alexander 1990, ‘Reconsidering the relationship among voluntary acts, strict liability, and negligence in criminal law’; Moore 1996, ‘Prima facie moral culpability’. Zie ook paragraaf 4.3.8.3.

²⁸⁵ Zie bijv. Duff 1980, ‘Recklessness’; Duff 1982, ‘Professor Williams and conditional subjectivism’; Duff 1990, ‘Intention, agency and criminal liability: philosophy of action and the criminal law’, p. 139-179; Simons 1992, ‘Rethinking mental states’; Simons 1994, ‘Culpability and retributive theory: the problem of criminal negligence’; Pillsbury 1996, ‘Crimes of indifference’; Horder 1997, ‘Gross negligence and criminal culpability’;

houdt bij het inrichten van zijn gedrag onvoldoende rekening met de belangen van anderen. Simons gaat expliciet in op de relatie tussen schuld en het retributivisme.

“Does retributive theory permit criminal punishment for actors who are merely negligent? Consider three cases.

Arthur deliberately drives his automobile across an intersection just after the light has turned red. While running the light, he notices a pedestrian about to cross the street. He realizes that there’s a chance he’ll hit the pedestrian, but he takes the risk. Unfortunately, he hits and injures the pedestrian.

Betty, while running a red light, does not notice a pedestrian about to cross the street. She, too, strikes and injures the pedestrian.

Carl, driving at the same speed as Arthur and Betty, but not violating any traffic laws, does not notice a pedestrian about to cross. He strikes and injures the pedestrian.

Assume, further, that all three have failed to act as a reasonable person would act. Do all three deserve criminal liability for causing harm to the pedestrian?

Many retributivists would argue that only Arthur should be criminally liable, for only he is aware of the relevant risk; therefore, only he has made a blameworthy choice deserving of criminal punishment. I will argue that this is too narrow a conception of retributive blame. Betty, too, warrants criminal liability, because her act displays culpa-

Simons 2002, ‘Does punishment for ‘culpable indifference’ simply punish for ‘bad character’? Examining the requisite connection between mens rea and actus reus’. Duff 1990, p. 162-163 stelt: “The indifference which constitutes recklessness is a matter, not of feeling as distinct from action, but of the practical attitude which the action itself displays. (...) [There] is in this context no significant moral difference between one who does and one who does not notice that his action endangers life; that the latter’s very failure to notice that risk displays just the kind of practical indifference which is displayed in the former’s conscious risk-taking. For if we ask *how* he could have failed to notice that risk, the answer must surely be that he did not notice it because he was indifferent to, or cared nothing for, his victim’s life (...)” Pillsbury 1996, p. 151-152 stelt: “We may blame persons for failing to perceive risks to others when we can trace their lack of awareness to bad perception priorities. In such a case, we judge the person guilty of a bad choice. In setting his or her perception priorities, the individual assigned too low a priority to the value of other human beings. The key to culpability for failure to perceive is why the person failed to perceive. (...) Individuals deserve punishment for all acts displaying serious disregard for the moral worth of other human beings. Such acts involve many different levels of awareness. Some wrongdoers may have full awareness – an extremely high level of introspective consideration – of the harms involved. Others may have much less awareness, perhaps only a minimal introspective focus on the harmful consequences. We can imagine some wrongdoers who lack all awareness of harm. In all cases we should judge the actor’s choices: what she has chosen to care about and perceive, and what she has chosen not to care about and perceive. These choices give the individual’s conduct a distinct moral meaning.” Horder 1997, p. 503 stelt: “The strongly indifferent person is not swayed by agent-neutral values, such as the victim’s interests, but is moved only by his own agent-relative values (and prudential reasons relating thereto).”

ble indifference to the safety of others. I will also argue, though more tentatively, that Carl's deficient conduct would ordinarily not warrant criminal liability, at least if his failure to use care consists only of a momentary lapse of attention and is consistent with his good faith effort to drive responsibly. In short, I will argue that conscious recklessness [voorwaardelijk opzet, AVD²⁸⁶] (exhibited by Arthur) is too high a threshold of criminal liability, that culpable indifference (exhibited by Betty) is ordinarily an appropriate threshold, and that simple negligence (exhibited by Carl) is ordinarily too low a threshold."²⁸⁷

"An actor who is culpably indifferent to a harmful result neither desires the result nor desires to avoid it. Rather, she cares much less than she should about bringing it about. This type of attitude could genuinely be described as 'unreasonable' or 'negligent,' since it is explicitly linked to the attitudes and desires that a reasonable person would have.

Reconsider Betty and Carl. Both are unaware of the specific risk, but Betty is culpably indifferent, while Carl may not be. Betty is culpably indifferent because her action of running a red light displays an attitude of indifference to the safety of others. (It does not, without more, display a positive desire or intention to endanger others.) And if we assume that her ignorance of the risk to the pedestrian is due to her running the red light, then we might well distinguish her blameworthiness from Carl's. For Carl's blameworthiness, if any, derives only from his failure to exercise capacities for paying attention, not from a blameworthy attitude."²⁸⁸

Simons focust op de subjectieve aspecten van schuld. Op de keper beschouwd stelt hij dat alleen doleuze schuld verenigbaar is met het retributivisme.²⁸⁹ De actor moet zich ten minste bewust zijn geweest van gevaar of regelovertreding. Deze hoge eisen laten zich gemakkelijk verklaren. Straf is pas verdiend als de gedraging een uiting is van (extreme) onverschilligheid. Het is moeilijk in te zien hoe deze laakbare gezindheid afgeleid kan worden uit één enkel geval van onoplettendheid. Een open vraag is welke eisen gesteld moeten worden aan de normatieve component van schuld. Wanneer verdient iemand gestraft te worden voor het veroorzaken van de dood van een ander? Een preliminaire vraag is of het al dan niet intreden van het gevolg van belang is voor de strafwaardigheid. Als het gevolg relevant is voor de hoeveelheid verdiende straf, dan is rela-

²⁸⁶ 'Recklessness' in Amerika is vergelijkbaar met voorwaardelijk opzet in Nederland. De eerste zin van art. 2.02 lid 2 sub c van de Amerikaanse Model Penal Code luidt: "A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct." Zie ook paragraaf 4.3.1 en 4.4.1.

²⁸⁷ Simons 1994, 'Culpability and retributive theory: the problem of criminal negligence', p. 365.

²⁸⁸ Simons 1994, 'Culpability and retributive theory: the problem of criminal negligence', p. 377-378.

²⁸⁹ Zie paragraaf 2.4.4.4 over doleuze schuld.

tief weinig nodig om voor bestraffing in aanmerking te komen. Het gevolg en de gedraging zorgen er samen voor dat straf verdiend is. Als het gevolg niet relevant is, dan wordt de hoeveelheid verdiende straf alleen bepaald door de gedraging. In dat geval moeten hogere eisen gesteld worden aan de normatieve component van schuld.

3.6.2.2 *Is het intreden van het gevolg van belang voor de strafwaardigheid?*

Het verband tussen gevolgen en strafwaardigheid hangt samen met het moraal-filosofische probleem van ‘moral luck’. Dit probleem is in 1976 door Williams en Nagel op de filosofische agenda gezet.²⁹⁰ De kern van het probleem is of de morele waardering van een actor afhankelijk gesteld mag worden van toevallige factoren. Het gaat mij hier in het bijzonder om de rol van toeval bij het al dan niet intreden van gevolgen.²⁹¹ Valt iemand wiens onvoorzichtigheid in de dood van een ander resulteert een groter moreel verwijt te maken dan iemand wiens onvoorzichtigheid ceteris paribus niet leidt tot de dood? Nagel en andere moraalfilosofen menen dat dit inderdaad het geval is.²⁹²

“If someone has had too much to drink and his car swerves on to the sidewalk, he can count himself morally lucky if there are no pedestrians in its path. If there were, he would be to blame for their deaths, and would probably be prosecuted for manslaughter. But if he hurts no one, although his recklessness is exactly the same, he is guilty of a far less serious legal offence and will certainly reproach himself and be reproached by others much less severely.”²⁹³

De verdedigers van ‘moral luck’ menen dat toevallig ontstane gevolgen relevant zijn voor de morele waardering van de actor. De persoon wiens onvoorzichtige gedrag resulteert in onheil, verdient meer blaam. Deze opvatting wordt eveneens verdedigd door een aantal retributivisten.²⁹⁴ Zij menen dat het al dan niet intreden van een gevolg relevant is voor de hoeveelheid verdiende straf. Moore, een van de prominentste retributivisten, baseert de validiteit van ‘moral luck’ deels op emoties. Gevallen waarbij het gevolg intreedt, gaan gepaard met grotere schuldgevoelens bij de actor en met sterkere gevoelens van afkeuring van

²⁹⁰ Ik maak hier gebruik van de later herziene versies. Zie Williams 1981, ‘Moral luck’ en Nagel 1993, ‘Moral luck’.

²⁹¹ Nagel 1993, ‘Moral luck’, p. 60 onderscheidt vier vormen van ‘moral luck’. Een van deze vormen heeft betrekking op: “luck in the way one’s actions and projects turn out.”

²⁹² Zie Williams 1981, ‘Moral luck’; Nagel 1993, ‘Moral luck’; Urban Walker 1993, ‘Moral luck and the virtues of impure agency’.

²⁹³ Nagel 1993, ‘Moral luck’, p. 61.

²⁹⁴ Zie Fletcher 1978, ‘Rethinking criminal law’, p. 472-483; Duff 1990, ‘Auctions, lotteries, and the punishment of attempts’; Duff 1990, ‘Intention, agency and criminal liability: philosophy of action and the criminal law’, p. 184-192; Moore 1994, ‘The independent moral significance of wrongdoing’.

derden. Daaruit volgt dat de actor die een gevolg veroorzaakt, zwaarder gestraft moet worden.

Veel andere moraalfilosofen menen dat de laakbaarheid van de actor niet afhangt van de vraag of het gevolg al dan niet is ingetreden.²⁹⁵ Ik duid deze opvatting aan met de term equivalentiethese. De equivalentiethese behelst dat de twee automobilisten in het door Nagel gegeven voorbeeld evenveel blaam verdienen. Het feit dat zich toevallig een voetganger op de stoep bevond, zegt niets over de laakbaarheid van de actor. Beide automobilisten hebben enkel en alleen controle met betrekking tot hun onvoorzichtige rijgedrag. Bij de beoordeling van de laakbaarheid van de actor dient daarom alleen acht te worden geslagen op het onvoorzichtige rijgedrag.

Het staat buiten kijf dat gevolgen een belangrijke rol spelen in het geldende strafrecht. Dat blijkt in de eerste plaats uit het leerstuk van de poging. Voltooide delicten kunnen zwaarder bestraft worden dan pogingen. Bovendien heeft art. 45 Sr alleen betrekking op misdrijven; bij overtredingen kan de poging doorgaans niet bestraft worden. In de tweede plaats kan gewezen worden op door het gevolg gekwalificeerde delicten. Het gevolg vormt een strafverzwarende omstandigheid. In de derde plaats geldt dat de meeste culpose delicten niet geflankeerd worden door een gevaarzettingsbepaling. Bij de spreekwoordelijke uitzondering van art. 5 WvW kan slechts een geringe straf opgelegd worden. Ten slotte kan gewezen worden op art. 2 lid 2 WAHV. Gedragingen waarbij schade of letsel is ontstaan, kunnen niet administratiefrechtelijk worden afgedaan.

Het is de vraag of deze prominente rol voor gevolgen – en dus voor toeval – vanuit retributief perspectief te rechtvaardigen is. De meeste auteurs die deze vraag behandelen, menen dat het al dan niet intreden van een gevolg irrelevant is voor de hoeveelheid verdiende straf.²⁹⁶ In die visie bestaat geen verschil in strafwaardigheid tussen poging en voltooid delict. Bovendien bestaat evenmin verschil tussen onvoorzichtig gedrag dat goed en dat slecht afloopt. Daarbij kan gedacht worden aan het verschil tussen art. 5 en 6 WvW.

²⁹⁵ Zie Zimmerman 1987, 'Luck and moral responsibility'; Sverdlik 1993, 'Crime and moral luck'; Rescher 1993, 'Moral luck'; Jensen 1993, 'Morality and luck'; Thomson 1993, 'Morality and bad luck'; Andre 1993, 'Nagel, Williams, and moral luck'; Bennett 1995, 'The act itself', p. 58-61.

²⁹⁶ Zie Hart 1968, 'Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law', p. 125-135; Feinberg 1970, 'Problematic responsibility in law and morals'; Schulhofer 1974, 'Harm and punishment: a critique of emphasis on the results of conduct in the criminal law'; Hart & Honoré 1985, 'Causation in the law', p. 394-403; Murphy 1990, 'Getting even: the role of the victim'; Gobert 1993, 'The fortuity of consequence'; Ashworth 1993, 'Taking the consequences'; Kadish 1994, 'Foreword: the criminal law and the luck of the draw'; Alexander 1994, 'Crime and culpability'; Kerkmeester 1995, 'Over de rol van toeval in het strafrecht'; Simons 2000, 'The relevance of community values to just deserts: criminal law, punishment rationales, and democracy'.

De conclusie kan zijn dat de meeste theoretici vinden dat gevolgen op zichzelf beschouwd geen morele waarde hebben.²⁹⁷ Aanvaarding van de equivalentiethese brengt mee dat bij de retributieve interpretatie van schuld geabstraheerd moet worden van de gevolgen. Dit is in lijn met de door de Hoge Raad gegeven vingerwijzing dat schuld niet reeds kan worden afgeleid uit de ernst van de gevolgen van verkeersgedrag dat in strijd is met een of meer wettelijke gedragsregels in het verkeer.²⁹⁸ Het abstraheren van gevolgen is echter gemakkelijker gezegd dan gedaan. Uit empirisch onderzoek met betrekking tot strafrechtelijke vraagstukken blijkt dat mensen bij de beoordeling van verwijtbaarheid of verdiende straf wel degelijk waarde toekennen aan toevallig ontstane gevolgen.²⁹⁹ Shachar stelt dat dit mogelijk verklaard kan worden door intuïties die door het strafrecht zelf gevormd zijn.³⁰⁰ Het belang dat in het strafrecht gehecht wordt aan toevallig ontstane gevolgen, heeft zich genesteld in het bewustzijn van mensen. Shachar meent dat deze irrationele cirkel alleen doorbroken kan worden door kritisch en zorgvuldig over deze kwestie na te denken. Het is echter de vraag of de neiging waarde toe te kennen aan gevolgen onderdrukt kan worden. Bevindingen uit de sociale psychologie laten zien dat mensen grote moeite hebben om bij het beoordelen van subjectieve en normatieve factoren te abstraheren van gevolgen.

3.6.2.3 *Psychologische biases en de beoordeling van schuld*

Er heeft veel psychologisch onderzoek plaatsgevonden, waarbij proefpersonen een oordeel moesten geven over personen die een ongewenst gevolg hadden veroorzaakt. De uitkomsten van dit onderzoek kunnen als volgt weergegeven worden. Des te ernstiger het veroorzaakte gevolg, des te negatiever is het oordeel over de veroorzaker.³⁰¹ Bij een ernstig gevolg wordt de actor eerder aan-

²⁹⁷ Moore 1994, 'The independent moral significance of wrongdoing' spreekt van 'the standard educated view'.

²⁹⁸ HR 1 juni 2004, NJ 2005, 252.

²⁹⁹ Zie Riedel 1975, 'Perceived circumstances, inferences of intent and judgments of offense seriousness'; Sebba 1980, 'Is mens rea a component of perceived offense seriousness?'; Dressler, Thompson & Wasserman 1982, 'Effect of legal education upon perceptions of crime seriousness: a response to Rummel v. Estelle'; Robinson & Darley 1995, 'Justice, liability, and blame. Community views and the criminal law', p. 13-51, 157-199 en 204-208. Zie m.n. Sebba 1980, p. 134 (tabel 5); Dressler e.a. 1982, p. 1281-1282 (tabel 9, 10 en 11); Robinson & Darley 1995, p. 31-32 (tabel 2.7 en figuur 2.8).

³⁰⁰ Shachar 1987, 'The fortuitous gap in law and morality'.

³⁰¹ Zie bijv. Walster 1966, 'Assignment of responsibility for an accident'; Alicke & Davis 1989, 'The role of *a posteriori* victim information in judgments of blame and sanction'; Baldwin & Kleinke 1994, 'Effects of severity of accident, intent, and 'alcoholism is a disease' excuse on judgments of a drunk driver'. Robbennolt 2000, 'Outcome severity and judgments of 'responsibility': a meta-analytic review', p. 2601 concludeert op basis van een meta-analyse van 75 onderzoeken dat sprake is van een 'outcome severity effect': "The results of the present research generate support for the contention that people at-

→

sprakelijk gehouden en wordt hem een groter verwijt gemaakt. Een cognitieve verklaring van dit effect wordt gevormd door ‘hindsight bias’.³⁰² ‘Hindsight bias’ is de neiging de waarschijnlijkheid van een gebeurtenis te overschatten als bekend is dat de gebeurtenis daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.³⁰³ ‘Hindsight bias’ is in vele onderzoeken in diverse contexten gevonden. Het blijkt lastig het effect van ‘hindsight bias’ tegen te gaan.³⁰⁴ Het expliciet wijzen op het gevaar van ‘hindsight bias’ blijkt weinig uit te maken. De ‘hindsight bias’ heeft belangrijke implicaties voor de beoordeling van schuld.³⁰⁵ In de doctrine wordt algemeen aangenomen dat schuld vereist dat de actor het gevolg had moeten en kunnen voorzien.³⁰⁶ Dat brengt de rechter in een lastige positie: hij moet een *ex post* oordeel geven over de *ex ante* voorzienbaarheid. De ‘hindsight bias’ voorspelt dat de rechter het gevaar zal overschatten. Uit een aantal juridisch georiënteerde onderzoeken blijkt dat dit inderdaad het geval is.³⁰⁷ Kamin & Rach-

tribute greater responsibility for the outcome of a negative incident when that outcome is more severe than when the outcome is minor.”

³⁰² Het effect wordt niet alleen verklaard door deze cognitieve bias. Een emotionele verklaring wordt gevormd door de ‘defensive attribution hypothesis’: het wijten van het ongeval aan de schuld van de actor leidt tot de geruststellende gedachte dat het ons niet zou kunnen overkomen. Zie Burger 1981, ‘Motivational biases in the attribution of responsibility for an accident: a meta-analysis of the defensive-attribution hypothesis’. Bornstein 1998, ‘From compassion to compensation: the effect of injury severity on mock jurors’ liability judgments’ geeft een andere emotionele verklaring. Hij stelt dat het effect zich met name voordoet als de gelegenheid wordt geboden de actor te straffen of het slachtoffer te compenseren. Baron & Hershey 1988, ‘Outcome bias in decision evaluation’ maken onderscheid tussen ‘hindsight bias’ en ‘outcome bias’. ‘Outcome bias’ houdt in dat slechte uitkomsten worden geassocieerd met slechte beslissingen van de actor. Uit de bovenstaande publicaties volgt aldus dat meer biases in het nadeel van de verdachte werken dan alleen ‘hindsight bias’.

³⁰³ Vgl. Fischhoff 1975, ‘Hindsight ≠ foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty’ en Rachlinski 1998, ‘A positive psychological theory of judging in hindsight’.

³⁰⁴ Zie Fischhoff 1982, ‘Debiasing’ en Smith & Greene 2005, ‘Conduct and its consequences: attempts at debiasing jury judgments’.

³⁰⁵ Vgl. Rachlinski 1998, ‘A positive psychological theory of judging in hindsight’; Peters 1999, ‘Hindsight bias and tort liability: avoiding premature conclusions’; Feigenson 2000, ‘Legal blame. How jurors think and talk about accidents’, p. 62-64; Van Boom 2003, ‘Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht’, p. 11-16.

³⁰⁶ In paragraaf 2.4.4.2.c betoog ik dat deze grondslag een onbevredigende verklaring van de rechtspraak biedt, aangezien de kansgrootte bij culpose gedragingen doorgaans niet zo groot is. In dat geval kan men moeilijk stellen dat de actor het gevolg had moeten voorzien. ‘Hindsight bias’ biedt wellicht een verklaring voor het feit dat rechters en schrijvers denken dat de kansgrootte bij culpose gedragingen wel degelijk aanzienlijk is.

³⁰⁷ Zie Casper, Benedict & Perry 1989, ‘Juror decision making, attitudes, and the hindsight bias’; Kamin & Rachlinski 1995, ‘Ex post ≠ ex ante. Determining liability in hindsight’; LaBine & LaBine 1996, ‘Determinations of negligence and the hindsight bias’; Greene, Johns & Bowman 1999, ‘The effects of injury severity on jury negligence decisions’; Smith & Greene 2005, ‘Conduct and its consequences: attempts at debiasing jury judgments’.

linski lieten personen beoordelen of de gemeente maatregelen tegen een overstroming moest nemen. In de *ex ante* conditie vond 24 procent dat de gemeente maatregelen zou moeten nemen. In de *ex post* conditie vond de beoordeling plaats in een rechtszaak naar aanleiding van een overstroming. In deze groep vond 57 procent dat de gemeente nalatig was geweest. De *ex post* groep achtte de kans op een overstroming groter dan de *ex ante* groep. Een *ex post* groep die gewezen was op het gevaar van 'hindsight bias' scoorde niet anders dan een hier niet over geïnformeerde *ex post* groep.

Een ander relevant psychologisch construct is de 'fundamental attribution error' (FAE). Mensen hebben de neiging de rol van persoonlijke factoren te overschatten en die van situationele factoren te onderschatten.³⁰⁸ In een klassiek onderzoek werd studenten gevraagd te beoordelen in hoeverre een essay over Castro een uiting was van de schrijvers persoonlijke opvatting.³⁰⁹ Het in het essay verdedigde standpunt werd ook aan de schrijver toegeschreven als bekend was dat hij opdracht had gekregen dit standpunt te verdedigen. Dat betekent dat de situationele factor (de schrijver *moest* dit standpunt verdedigen) grotendeels werd genegeerd. De FAE is relevant voor de praktijk, omdat het effect substantieel is. Mensen veronderstellen veel te snel dat gedrag een uiting is van de aard van de actor. Een retributieve interpretatie van schuld is gevoelig voor de FAE. Retributieve schuld vereist een oordeel over de laakbare gezindheid van de actor. Zijn gedrag dient een uiting te zijn van (extreme) onverschilligheid met betrekking tot het lot van anderen. De FAE leert dat mensen de neiging hebben de rol van dergelijke persoonlijke factoren schromelijk te overschatten. Een dodelijk verkeersongeval wordt eerder geweten aan een gevaarlijke attitude dan aan omstandigheden van het geval. Dripps gaat expliciet in op de relatie tussen de FAE en het retributivisme.³¹⁰ Hij spreekt in dit verband van de 'fundamental retribution error'. Personen zullen doorgaans te snel oordelen dat de actor het verdient gestraft te worden.

³⁰⁸ Vgl. Ross & Nisbett 1991, 'The person and the situation. Perspectives of social psychology'. Ross & Nisbett 1991, p. 126 vatten het onderzoek met betrekking tot de FAE als volgt samen: "people (1) infer dispositions from behavior that is manifestly situationally produced, (2) overlook situational context factors of substantial importance, and (3) make overly confident predictions when given a small amount of trait-relevant information."

³⁰⁹ Zie Jones & Harris 1967, 'The attribution of attitudes'.

³¹⁰ Dripps 2003, 'Fundamental retribution error: criminal justice and the social psychology of blame'. Vgl. Feigenson 1995, 'The rhetoric of torts: how advocates help jurors think about causation, reasonableness, and responsibility'; Feigenson 2000, 'Legal blame. How jurors think and talk about accidents', p. 57-62; Williams 2003, 'Blame and responsibility'. Feigenson 2000, p. 59 stelt: "The fundamental attribution error suggests two implications for jurors' decisions in accident cases (...). First, jurors are likely to assume that accidents do not happen unless someone was negligent. Second, they are likely to attribute causation (and, hence, fault and responsibility) on the basis of the parties' personal dispositions to decide that the plaintiff or defendant acted as he did because 'he's that kind of guy.'"

3.6.2.4 *Nopen psychologische biases tot het afschaffen van culpose delicten?*

Het serieus nemen van FAE, 'hindsight bias' en andere psychologische biases kan verstrekkende consequenties hebben. Een wetgever die het belangrijk vindt dat personen die geen straf verdienen voor een culpoos delict niet bestraft worden, zou ernstig moeten overwegen culpose delicten geheel of gedeeltelijk af te schaffen.³¹¹ De psychologische biases zijn zo ernstig en zo moeilijk tegen te gaan dat te verwachten valt dat een substantieel deel van veroordeelden in werkelijkheid onvoldoende verwijt valt te maken.³¹² De rechter kan de biases in wezen alleen tegengaan door bepaalde verdachten van een culpoos delict vrij te spreken, hoewel hij – en wellicht ook de verdachte – overtuigd is van de schuld.³¹³ Aangezien iedereen lijdt aan dezelfde cognitieve biases, lijken rechtvaardige uitspraken onrechtvaardig en vice versa.³¹⁴ Tegen deze achtergrond lijkt het geheel of gedeeltelijk afschaffen van culpose delicten het effectiefste middel om bestraffing van onschuldigen te voorkomen.

3.6.2.5 *Psychologische biases en de interpretatie van schuld: naar een ongebiaste retributieve intuïtie*

Ik laat de vraag wat de wetgever zou kunnen doen verder voor wat het is. Ik beperk mij hier tot de vraag welke interpretatie van schuld gerechtvaardigd wordt door het retributivisme. Ik ga daarbij uit van de twee boven uitgewerkte uitgangspunten. (1) Bij een retributieve interpretatie van schuld dient geabstra-

³¹¹ Zie paragraaf 3.4.4 over retributieve plichten. Dit geldt met name voor retributivisten die veel waarde hechten aan de plicht onschuldigen niet te straffen. Positieve retributivisten die veel waarde hechten aan de plicht schuldigen te straffen én die culpose delicten in beginsel strafwaardig achten, zullen een andere afweging moeten maken. Uit paragraaf 3.4.4 blijkt dat deze afweging niet noodzakelijkerwijs in het voordeel uitvalt van mensen die geen straf verdienen. Dat geldt in het bijzonder als de 'Doctrine of Double Effect' wordt toegepast, aangezien kennis van de biases niet impliceert dat men onschuldigen doelopzettelijk straft.

³¹² Dripps 2003, 'Fundamental retribution error: criminal justice and the social psychology of blame', p. 1428-1429 stelt: "To the extent that retributivists rely on intuition or the sense of the community to measure proportionate punishments, FAE suggests that officials attempting to follow retributive theory will overpunish. (...) The mandatory retributivist [positieve retributivist, avd] can hold his ground only in the belief that legal procedures can counteract cognitive predispositions. Yet, as we have seen, in many ways the legal system has failed to counteract FAE. Nor is it entirely clear just what procedures might do so. Given the high priority retributivists place on not punishing the innocent, the failure of the legal system to counteract cognitive predispositions is a strong point against operating an actual criminal justice system according to mandatory retributivism's prescriptions."

³¹³ Vgl. Rachlinski 1998, 'A positive psychological theory of judging in hindsight'.

³¹⁴ Merk op dat dit een utilitaristisch argument vormt voor het straffen van deze onschuldigen. Als iedereen denkt dat bepaalde personen schuldig zijn, dan is het mogelijk dat disutilitair niet tot bestraffing over te gaan. Zie Robinson & Darley 1997, 'The utility of desert': utilitaire straffen dienen in overeenstemming te zijn met in de maatschappij levende opvattingen. Robinson & Darley's these berust op *gepercipieerde* rechtvaardigheid.

heerd te worden van de gevolgen (equivalentiethese). (2) De mens is psychologisch slecht geëquipeerd de retributieve schuld van anderen adequaat te beoordelen (biases). Het is nu mijn bedoeling een strategie aan te reiken om toegang te krijgen tot een relatief ongebiaste retributieve intuïtie. Wanneer is sprake van een zodanige onverschilligheid ten aanzien van het leven van anderen dat de actor een flinke straf verdient? Ik tracht deze intuïtie aan te boren door de aandacht meer te richten op het gevaar van de gedraging en het perspectief van de actor. Vervolgens beantwoord ik de vraag hoe deze intuïtie zich verhoudt tot de interpretatie van schuld.

In paragraaf 2.4.4.2.b heb ik betoogd dat de kans op dood of letsel bij archetypische culpose gedragingen vaak uiterst gering is. In paragraaf 3.4.6 bleek dat retributivisten veel belang hechten aan de grootte van het risico. Des te kleiner het risico, des te minder straf verdiend is.³¹⁵ Laten we nu eens aannemen dat een bepaalde gedraging gepaard gaat met een kans op de dood van 1/100.000. Bij Anton leidt de gedraging tot de dood van een ander. Bij Bernard (en 99.998 denkbeeldige anderen) leidt de gedraging niet tot de dood. Het doel van dit gedachte-experiment is te abstraheren van de gevolgen. De equivalentiethese behelst dat het al dan niet intreden van het gevolg irrelevant is voor retributieve schuld. Dat betekent dat Anton en Bernard evenveel straf verdienen. Het is aldus de vraag of de gedraging van Bernard een uiting is van (extreme) onverschilligheid met betrekking tot het leven van anderen. Dat lijkt twijfelachtig, zelfs als aangenomen zou worden dat hij deze niet-aanmerkelijke kans welbewust heeft aanvaard. Als men zou menen dat Bernard geen blijk heeft gegeven van de voor retributieve schuld vereiste (extreme) onverschilligheid, dan geldt deze conclusie eveneens voor Anton. Dat betekent dat Anton niet veroordeeld zou moeten worden voor dood door schuld.

De bovenstaande procedure beoogt ‘hindsight bias’ tegen te gaan. Door de aandacht op de gedraging in plaats van het gevolg te richten, wordt voorkomen dat men het met de gedraging gepaard gaande gevaar overschat. Hoewel deze procedure de ‘hindsight bias’ ondervangt, blijft de procedure gevoelig voor de ‘fundamental attribution error’ (FAE). De FAE houdt in dat mensen de neiging

³¹⁵ Von Hirsch & Jareborg 1991, ‘Gauging criminal harm: a living-standard analysis’, p. 30 stellen: “Many crimes only create a threat or risk to a given interest. Their harm-rating should depend not only on the importance of the interest but the degree to which it is risked. The more remote the risk, the lower that rating, ie, the greater should be the discount.” Ashworth 1993, ‘Taking the consequences’, p. 122 stelt: “The important distinction is between the risk of harm and the actual occurrence of harm. What is crucial is the risk of harm which normally or foreseeably arises from the degree of deviation from the proper standards manifested by the person’s driving. This is not affected by the materialization or non-materialization of the risk in the particular case. The cases already cited show that a small deviation from standards may occasionally have tragic consequences, whereas a gross deviation may give rise to no harm at all. Those results are matters of outcome-luck. Moral blame and criminal responsibility should be assessed on the degree of fault and the foreseeable risk of harm.”

hebben de rol van persoonlijke factoren te overschatten en die van situationele factoren te onderschatten. De FAE heeft betrekking op het beoordelen van het gedrag van *anderen*; het doet zich niet voor als men het *eigen* gedrag moet beoordelen. Simpel gezegd: als iemand anders te laat komt, dan wordt dat aan zijn attitude geweten (laksheid); als we zelf te laat komen, dan wordt dit primair geweten aan omstandigheden (treinvertraging). Dit wordt mogelijk verklaard door het feit dat mensen meer informatie over zichzelf dan over anderen tot hun beschikking hebben. Deze informatiediscrepancie doet zich in het bijzonder voor bij het beoordelen van verkeersgedrag. Wie zelf een auto bestuurt, beschikt over informatie over zichzelf én het verkeersgedrag. Bij anderen is alleen het verkeersgedrag zichtbaar. Uit empirisch onderzoek blijkt dat verkeersgedrag van anderen eerder wordt toegeschreven aan negatieve persoonlijke eigenschappen dan eigen verkeersgedrag.³¹⁶

De FAE kan geneutraliseerd worden door een voorstelling te maken van eigen onvoorzichtig gedrag. Vinden we dergelijk gedrag zodanig laakbaar dat een flinke straf verdiend zou zijn? Het in herinnering roepen van eigen onvoorzichtigheid is echter niet gemakkelijk, omdat mensen een slecht geheugen hebben voor gedragingen die zonder gevolgen zijn gebleven. Een andere procedure om de retributieve intuïtie te toetsen, bestaat uit het observeren van het gedrag van ons bekende personen. In dat geval heeft men zowel beschikking over informatie over de persoon als over de omstandigheden van het geval. Deze procedure gaat als volgt. De observator neemt plaats naast een automobilist die hij goed kent. Vervolgens observeert hij het verkeersgedrag van de bestuurder nauwlettend. De observator let daarbij op potentiële schuldsituaties. Dat zijn situaties die bij een foute afloop tot een veroordeling wegens dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld zouden kunnen leiden.

Ik heb deze procedure regelmatig in de praktijk toegepast. Ik ben goed bekend met de wijze waarop art. 6 WVV door de feitenrechter wordt toegepast. Dat wil zeggen dat ik een beeld heb van gedragingen die in de praktijk tot een veroordeling leiden. Het is in mijn ervaring niet moeilijk meer dan tien potentiële schuldsituaties per uur te lokaliseren. De volgende gedachten passeren met enige regelmaat de revue: 'had voldoende afstand moeten houden'; 'had snelheid aan moeten passen aan situatie'; 'had rekening moeten houden met onverlichte weggebruikers'; 'had zich er op andere wijze van moeten vergewissen dat zich niemand in de dode hoek bevond'; etc. Doorgaans schat ik de ernst van de situatie hoger in dan de bestuurder zelf. Desondanks heb ik zelden het idee dat sprake is van zodanige onverschilligheid ten aanzien van het leven van anderen, waaronder mijn eigen leven, dat een flinke sanctie verdiend zou zijn.

³¹⁶ Zie Baxter e.a. 1990, 'Attributional biases and driver behaviour'; Herzog 1994, 'Automobile driving as seen by the actor, the active observer, and the passive observer'; Harré, Brandt & Houkamau 2004, 'An examination of the actor-observer effect in young drivers' attributions for their own and their friends' risky driving'.

Het is mijn inschatting dat veel mensen een vergelijkbare opvatting toegedaan zouden zijn. Situaties die gepaard gaan met een klein risico en waar we zelf ook regelmatig in verkeren, worden niet bijzonder strafwaardig geacht. Daaruit volgt dat Bernard en 99.998 denkbeeldige anderen niet zwaar gestraft dienen te worden. De equivalentiethese brengt nu mee dat Anton, wiens gedraging wél gevolgen heeft gehad, evenmin zwaar gestraft dient te worden.³¹⁷ Het is de vraag welke consequentie deze opvatting moet hebben. Het is denkbaar dit inzicht te betrekken bij het opleggen van een straf. De rechter zou Anton een boete op kunnen leggen ter hoogte van het bedrag dat pleegt te worden opgelegd voor de gedraging die zonder gevolgen is gebleven. Deze oplossing verdraagt zich slecht met het retributivisme. Het enkele feit dat iemand veroordeeld wordt voor dood door schuld, is te beschouwen als een zware straf. Een veroordeling communiceert aan de veroordeelde én aan de maatschappij dat hij iemand is die onverschillig staat ten aanzien van het welzijn van anderen.³¹⁸ Deze boodschap – ‘U deugt niet!’ – dient gereserveerd te blijven voor mensen die werkelijk onverschillig zijn. Daaruit volgt dat de geringe strafwaardigheid tot uitdrukking moet komen in de interpretatie van het bestanddeel schuld.

Een retributieve interpretatie van schuld vereist dat de gedraging van de actor een uiting is van een laakbare gezindheid. Dat vraagt nogal wat van de rechter. De laakbare gezindheid moet namelijk afgeleid worden uit één enkele gedraging. De rechter mag zijn oordeel over de gezindheid van de actor niet baseren op de wijze waarop de actor zich doorgaans in het verkeer gedraagt. Hij mag alleen oordelen over die ene gedraging die tot dood of letsel heeft geleid. Bij dodelijke delicten is een dergelijke inferentie doorgaans wel gerecht-

³¹⁷ Het is interessant de consequenties van een hiervan afwijkende retributieve intuïtie door te denken. Stel dat men vindt dat Bernard evenveel straf verdient als Anton in de praktijk opgelegd zou krijgen voor het culpoos veroorzaken van de dood. Deze opvatting brengt mee dat miljoenen mensen in Nederland het eigenlijk verdienen zwaar gestraft te worden. Deze mensen ontspringen echter voor een groot deel de dans, omdat de staat door het uitblijven van gevolgen niet of onvoldoende overtuigend geattendeerd wordt op de actors laakbare gezindheid. Richards 1993, ‘Luck and desert’, p. 170-171 stelt: “The fact that a person does deserve a particular sort of response does not settle how he should be treated by those who wish to give him what he deserves, however. For they are not omniscient: they have only their *grasp* of his deserts to enact, and they are obliged to be careful in a matter this important. (...) Consider, for example, the reckless driver. Sometimes, if a driver harms no one, there is room for the belief that his speed and degree of attention are adequate: that he is sufficiently alert to avoid accidents if the need arises, that his speed is save for a person of his skills, and so on. Even if these contentions are quite false, so that in fact his driving enacts a very dangerous level of unconcern and his behaviour deserves a very harsh response, the matter may be debatable so long as he does no actual harm. For such a driver, it is only when he hits someone that it becomes plain he is *not* sufficiently attentive, that his speed *is* too fast for him, that he is *not* giving sufficient weight to the risk of harm to others when he drives as he does.” Deze epistemische bezwaren zullen zich in veel gevallen ook niet voordoen. In dat geval dient de actor wiens gedraging zonder gevolgen is gebleven wel degelijk zwaar gestraft te worden.

³¹⁸ Zie paragraaf 3.2.3.5 over vergelding als communicatie.

vaardigd. Het feit dat iemands opzet gericht is op de dood zegt – schuldmitigerende factoren daargelaten – wel iets over zijn gezindheid. De rechter die retributieve schuld moet beoordelen, bevindt zich in een lastig parket. Hoe kan onverschilligheid ten aanzien van de dood afgeleid worden uit één gedraging van iemand wiens opzet niet op de dood is gericht? Sommige auteurs menen dat deze inferentie niet gerechtvaardigd is, zodat schuld in het geheel niet strafwaardig is.³¹⁹ Deze verregerende conclusie wordt niet door alle retributivisten gedeeld. Het is echter duidelijk dat hoge eisen gesteld moeten worden aan retributieve schuld. Dat geldt zowel voor de normatieve als de subjectieve component van schuld.

Sinds 2006 maakt het Nederlandse strafrecht onderscheid tussen ‘gewone schuld’ en ‘schuld bestaande in roekeloosheid’. In de memorie van toelichting wordt roekeloosheid omschreven als het welbewust nemen van onaanvaardbare risico’s.³²⁰ Deze omschrijving verwijst zowel naar de normatieve als de subjectieve component. Enerzijds moet sprake zijn van onaanvaardbare risico’s (normatieve component).³²¹ Anderzijds moet sprake zijn van een bewustheidsmoment (subjectieve component).³²² Ik zie niet goed in hoe een retributivist met minder dan dat genoeg kan nemen. Alleen bij doleuze schuld is een inferentie van de gevaarlijke gedraging naar de laakbare gezindheid van de actor gerechtvaardigd.³²³ Het is moeilijk in te zien hoe een laakbare gezindheid met betrekking tot het welzijn van anderen afgeleid kan worden uit één enkel moment van onoplettendheid.

³¹⁹ Zie Bayles 1982, ‘Character, purpose, and criminal responsibility’; Bayles 1987, ‘Principles of law. A normative analysis’, p. 294-300; Moore 1990, ‘Choice, character, and excuse’. Bayles 1987, p. 296-299 stelt: “If a person acts purposely, knowingly, or recklessly one can infer that the person lacks proper motivation to avoid harm. But if a person acts negligently or with strict liability, one cannot make that inference. (...) Everyone is occasionally careless. This does not show a defect of character. Ethical blame attaches to persistent carelessness or negligence – that indicates a character trait, a careless person – not to individual acts of carelessness.” Het verdient opmerking dat ‘recklessly’ een vergelijkbare betekenis heeft als voorwaardelijk opzet (zie paragraaf 4.3.1 en 4.4.1). Moore 1990, p. 58 stelt: “Thus responsibility for negligence fits poorly with either conception of responsibility. When we attribute moral responsibility to someone for a negligent act, we cannot base such attribution either on a judgment of culpable choice or of culpable character. Negligent actors may often have both, but to be negligent they need have neither. What this suggests to me is that perhaps negligence by itself does not merit any moral blame, and that its presence in the law has to be explained on purely utilitarian grounds.”

³²⁰ Kamerstukken II 2001-2002, 28 484, nr. 3, p. 16-18.

³²¹ Zie paragraaf 2.4.3 over de normatieve component van schuld.

³²² Zie paragraaf 2.4.4 over de subjectieve component van schuld.

³²³ In paragraaf 2.4.4.4 heb ik de doleuze schuld als volgt omschreven. (1) De actor schendt de in de maatschappij geldende norm bewust. (2) De actor is zich bewust van het gevaar dat gepaard gaat met zijn handeling. (3) De actor is zich op een of meer momenten in het verleden bewust geweest van gevaar dat in de toekomst kan optreden.

3.6.2.6 *Onverdiende culpose aansprakelijkheid: vier mogelijke verklaringen*

De bovenstaande analyse noopt in wezen tot de conclusie dat alleen de roekeloosheid wordt gerechtvaardigd door het retributivisme. Buiten deze gevallen kan moeilijk gesteld worden dat de actor blijk heeft gegeven van zo'n laakbare gezindheid dat hij het verdient voor een misdrijf gestraft te worden. Het hoeft geen betoog dat in de rechtspraak lagere eisen aan schuld worden gesteld. Het is echter niet gemakkelijk vast te stellen waarom dit zo is. De rechtspraak expliciteert niet welk materieelrechtelijk schuldbegrip gehanteerd wordt. De feitenrechter beantwoordt simpelweg de vraag of schuld in een concreet geval bewezen is. De Hoge Raad beperkt zich tot het toetsen of de feitenrechter schuld uit de bewijsmiddelen had kunnen afleiden. In de praktijk hebben feitenrechters een zeer grote vrijheid om te veroordelen voor een culpoos delict. Rechters geven zich bij de beoordeling van schuld geen rekenschap van het door mij geschetste retributieve referentiekader of enig ander referentiekader. Tegen deze achtergrond is het niet mogelijk een algemeen geldende verklaring te bieden voor uitspraken die slecht verenigbaar zijn met het retributivisme. Ik kan enkel vaststellen dat een gedeelte van de voor een culpoos delict veroordeelden, het niet verdient voor dit delict bestraft te worden. Hieronder bespreek ik vier tentatieve verklaringen die, al dan niet tezamen, een gehele of gedeeltelijke verklaring bieden voor deze gevallen. De eerste twee verklaringen veronderstellen dat de interpretatie van schuld gedicteerd moet worden door het retributivisme. De laatste twee verklaringen gaan uit van de onjuistheid van het retributivisme. (1) Ten gevolge van psychologische biases wordt retributieve schuld te snel bewezenverklaard. (2) Rechters gaan uit van een onjuist retributief schuldbegrip. (3) Het opleggen van niet-verdiende straf wordt gerechtvaardigd door utilitaristische overwegingen. (4) Het opleggen van niet-verdiende straf wordt gerechtvaardigd door het controleprincipe.

Schuld te snel bewezen. Deze verklaring behelst dat retributieve schuld ten onrechte wordt bewezenverklaard ten gevolge van psychologische biases. Het door mij ontwikkelde retributieve schuldbegrip, waarbij hoge eisen aan schuld worden gesteld, is terug te voeren op een relatief ongebiaste retributieve intuïtie. Deze correctie voor biases vindt in de praktijk niet plaats. De rechter moet de schuldvraag beantwoorden vanuit de wetenschap dat een ernstig gevolg is ingetreden. De psychologische associatie tussen 'ernstig gevolg' en 'ernstig verwijt' is sterk. 'Hindsight bias' leidt tot overschatting van de gevaarlijkheid van de gedraging. De 'fundamental retribution error' brengt mee dat te snel geoordeeld wordt dat iemand het verdient gestraft te worden.

De psychologische biases zijn helaas lastig te bestrijden, aangezien ze zijn ingebakken in de menselijke natuur. Psychologische biases kunnen in wezen alleen bestreden worden als rechters zouden aanvaarden dat hun eigen morele intuïtie gewantrouwd dient te worden. Ze moeten soms vrijspreken, hoewel ze

ervan overtuigd zijn dat de verdachte zich gevaarlijk heeft gedragen en dat hem een ernstig moreel verwijt valt te maken.³²⁴ Ik twijfel er ernstig aan of een dergelijke omslag bij feitenrechters bewerkstelligd zou kunnen worden. Het effect van psychologische biases zou wellicht verminderd kunnen worden door de Hoge Raad. De Hoge Raad zou schijnbaar overtrokken eisen aan het bewijs van schuld kunnen stellen. Schijnbaar overtrokken, omdat dergelijke eisen tot gevolg hebben dat rechters die overtuigd zijn van schuld tot een vrijspraak moeten komen.

Een onjuist retributief schuldbegrip. De tweede verklaring behelst dat rechters uitgaan van een onjuist retributief schuldbegrip. De gezaghebbende Engelse retributivist Ashworth stelt dat soms te sterk de nadruk wordt gelegd op gevolgen.³²⁵ Volgens hem is dit mogelijk te wijten aan verwarring tussen vergelding en vereffening. Bij het vaststellen van schuld wordt ten onrechte acht geslagen op de belangen van slachtoffers en nabestaanden.³²⁶

“Some years ago in Wales there was a case in which the driver of a double-decker bus took a wrong turning and drove the bus into a low bridge, killing six schoolchildren who were passengers on the upper deck. The offence was said to have arisen from a tragic error of judgment and forgetfulness, and the court fined the driver £75 for careless driving. The mother of one victim criticized the sentence on the basis that her daughter’s life had been valued at a mere £12.50. Now this is not simply an emotional reaction; it betrays a confusion. Lawyers might say that the sentence should be regarded as being based primarily on the offender’s fault, and is nothing to do with the value of the victim’s life – that is a question of compensation, to be decided separately. The driver was responsible for causing the deaths, yes. The driver was responsible in civil law for negligence, yes. But the driver’s only liability in criminal law should be for the offence which matches his low culpability (careless driving), and not for any higher offence which includes death as part of its label.”³²⁷

Het retributivisme beoogt geen genoegdoening voor het slachtoffer of de nabestaanden te bewerkstelligen. Een vrijspraak voor dood door schuld betekent niet dat maar weinig waarde wordt toegekend aan het leven van het slachtoffer.

³²⁴ Vgl. Rachlinski 1998, ‘A positive psychological theory of judging in hindsight’.

³²⁵ Ashworth 1993, ‘Taking the consequences’.

³²⁶ Zie bijv. De Jong & Knigge 2003, ‘Ons strafrecht deel 1. Het materiële strafrecht’, p. 72: “In het straffen van het veroorzaken van gevolgen zit sterk een doen boeten voor het veroorzaken van leed. Dat is in overeenstemming met het rechtsgevoel van zeer velen. Wie door zijn gedrag een ander ernstig leed toevoegt moet worden gestraft voor wat hij heeft aangericht. (...) Bij de beoordeling van de strekking van deze delicten moet men niet primair aan de dader denken maar aan het slachtoffer en degenen, die het slachtoffer na staan.”

³²⁷ Ashworth 1993, ‘Taking the consequences’, p. 119.

Het betekent enkel en alleen dat de verdachte geen straf verdient voor dit specifieke delict. Het valt niet uit te sluiten dat sommige rechters vergelding en vereffening met elkaar verwarren. Als men uitgaat van de juistheid van het retributivisme, dan zouden rechters ervan doordrongen moeten worden dat bij de beoordeling van schuld geabstraheerd moet worden van de gevolgen. Het gaat alleen om de in de gedraging tot uiting komende morele verderfelijke van de actor. De belangen van het slachtoffer of nabestaanden mogen geen rol spelen bij de beoordeling van schuld.

Een op het utilitarisme geënt schuldbegrip. De derde verklaring houdt in dat rechters terecht uitgaan van een niet-retributief schuldbegrip. Deze visie behelst dat aanvaard wordt dat het Nederlandse recht het toelaat personen te straffen voor een vergrijp waarvoor ze geen straf verdienen. Het ligt voor de hand deze opvatting in de sleutel van het utilitarisme te plaatsen. De Jong & Knigge en Vellinga bespreken een aantal argumenten die als rechtvaardiging zouden kunnen dienen.

“Problematisch blijft de rechtvaardiging van de bestraffing van onzorgvuldig gedrag dat bestaat uit ‘niet aan gedacht hebben’ en ‘totaal hebben vergeten’. Omdat niet duidelijk is hoe een mens steeds zou moeten kunnen voorkomen, dat hij niet denkt aan iets, waaraan hij had moeten denken. Om twee redenen kan echter de bedreiging met straf van onnadenkend handelen of nalaten niet worden gemist. Ten eerste, omdat van die bedreiging toch een prikkel zal uitgaan tot oplettend gedrag. Ten tweede, omdat van de verdachte die ontkent zich van enig gevaar bewust te zijn geweest, moeilijk valt te bewijzen, dat hij dat bewustzijn wel had. Zou de onbewuste schuld niet strafbaar zijn, dan zou de verleiding groot worden daarin te vluchten. Nu ‘loont’ dat niet.”³²⁸

“Hoewel men er nog niet in is geslaagd vanuit de dader een overtuigende basis voor de bestraffing van de onbewuste schuld te vinden, hoeft daaruit mijns inziens niet de conclusie te worden getrokken, dat bestraffing dan maar geheel achterwege moet blijven. Geheel zonder basis is de bestraffing vanuit de dader gezien niet. Men voelt zich, ook wanneer men ‘per ongeluk’ iets gedaan heeft, toch wel schuldig. Verder pleiten vanuit de rechtsorde een aantal argumenten voor bestraffing. Een belangrijke reden ligt in wat Röling heeft genoemd de normdemonstratie voor de rechtsgenoten. De berechting van het culpose delict laat nog eens duidelijk zien wat niet geoorloofd is. (...) Verder kan de straf een zekere genoegdoening betekenen voor het slachtoffer of zijn nabestaanden voor het hun ten onrechte toegebrachte leed.”³²⁹

³²⁸ De Jong & Knigge 2003, ‘Ons strafrecht deel 1. Het materiële strafrecht’, p. 135.

³²⁹ Vellinga 1979, ‘Gevaar en schuld op de weg. De artt. 25 en 36 Wegenverkeerswet onderzocht’, p. 197.

Het retributivisme eist dat bij de interpretatie van schuld alleen acht wordt geslagen op in het verleden gelegen factoren. De in de gedraging tot uiting komende morele verderfelijke is het enige aangrijpingspunt. De Jong & Knigge en Vellinga breken met dit retributieve kader. Twijfel aan de grondslag van de onbewuste schuld noopt volgens de auteurs niet tot straffeloosheid. De interpretatie van schuld wordt afhankelijk gesteld van toekomstige factoren. Deze factoren staan los van de morele verderfelijke van de actor in kwestie. De auteurs noemen drie factoren. (1) Een restrictieve interpretatie van schuld kan leiden tot bewijsproblemen.³⁵⁰ (2) De strafbedreiging kan een generaal preventief effect hebben. (3) Het opleggen van straf kan leiden tot genoegdoening voor het slachtoffer of zijn nabestaanden. De strafbaarheid van onbewuste schuld wordt aldus gelegitimeerd door een consequentialistische belangenafweging. De twijfelachtige grondslag (verdient de actor wel straf?) wordt afgezet tegen de positieve gevolgen van strafbaarheid (bewijsverlichting, preventie en genoegdoening). De utilitaristische argumenten wegen kennelijk het zwaarst.

Een op controle geënt schuldbegrip. Een niet-utilitaristische rechtvaardiging van uitspraken die strijdig zijn met het retributivisme wordt gevormd door het controleprincipe. Het controleprincipe stelt minder stringente eisen aan de interpretatie van schuld dan het retributivisme. Het controleprincipe eist niet meer dan dat burgers een redelijke gelegenheid wordt geboden culpose aansprakelijkheid te voorkomen. De retributieve eis dat straf verdiend moet zijn, wordt niet gesteld. In het onderstaande bespreek ik de verhouding tussen het controleprincipe en de interpretatie van schuld. Ik betoog dat het controleprincipe er bij dit specifieke delict niet toe noopt veel lagere eisen aan schuld te stellen dan het retributivisme.

3.6.3 Het controleprincipe en de interpretatie van schuld

3.6.3.1 Inleiding

Het controleprincipe dicteert dat burgers een redelijke gelegenheid geboden moet worden culpose aansprakelijkheid te voorkomen. Het belang van controle met betrekking tot art. 6 WVV is evident. Het delict kan bestraft worden met een zeer zware gevangenisstraf. Bovendien kan de bevoegdheid tot het besturen van motorrijtuigen worden ontzegd. Ten slotte is van belang dat art. 6 WVV een misdrijf betreft. Veroordeling wegens een misdrijf wordt algemeen gezien

³⁵⁰ Bewijsproblemen zouden eveneens een rol kunnen spelen in een positief-retributieve theorie die veel waarde hecht aan de plicht schuldigen te straffen. Hoewel men zeker weet dat onschuldigen bestraft zullen worden, heeft men geen doelopzet op het straffen van onschuldigen. Een dergelijk bewijsrechtelijk regime is niet in strijd met de 'Doctrine of Double Effect'. Zie paragraaf 3.4.4.

als defamerend. Dat geldt in het bijzonder als iemand strafrechtelijk aansprakelijk wordt gesteld voor de dood van een ander. Hieronder bespreek ik hoe het controleprincipe zich verhoudt tot de interpretatie van de normatieve en de subjectieve component van schuld. Vervolgens ga ik in op de vraag of deze interpretatie verschilt van de retributieve interpretatie van schuld. Ten slotte besteed ik aandacht aan de bewijsvraag.

3.6.3.2 *De normatieve component van schuld: een majorinterpretatie*

De normatieve component van schuld behelst dat de actor een in de maatschappij geldende norm heeft geschonden.³³¹ Een andere manier om dit te zeggen is dat het gedrag van de actor afwijkt van het gedrag van een ideaaltypische criteriumfiguur. Bij de interpretatie van de normatieve component is de vraag hoe groot deze afwijking dient te zijn. In HR 1 juni 2004, NJ 2005, 252 tracht advocaat-generaal Vellinga een uitspraak aan de Hoge Raad te ontlokken over de vraag of de enkele verkeersovertreding volstaat voor schuld in de zin van art. 6 WVV. Vellinga betoogt dat meer nodig is dan de enkele verkeersovertreding. De Hoge Raad overweegt dat niet in zijn algemeenheid valt aan te geven of één verkeersovertreding voldoende is. Het komt aan op de aard en ernst van het geheel van gedragingen en de overige omstandigheden van het geval. De uitspraak van de Hoge Raad sluit niet helemaal aan op de conclusie van Vellinga. Vellinga lijkt te doelen op de ernst van de overtreding (een enkele overtreding), terwijl de Hoge Raad spreekt over het aantal overtredingen (één enkele overtreding).³³²

De Hoge Raad verschaft aldus weinig duidelijkheid omtrent de vraag in welke mate het gedrag van de actor moet afwijken van het gedrag van een ideaaltypische criteriumfiguur. Het standaardantwoord – er moet sprake zijn van grove schuld (*culpa lata*) – brengt ons nauwelijks verder. Wat de een bestempelt als lichte schuld, ziet de ander als grove schuld. Men kan niet veel meer doen dan positie kiezen in dit woordenspel. Laten we eens aannemen dat de mate waarin het gedrag van de actor afwijkt van het gedrag van een criteriumfiguur weergegeven kan worden op een normatief continuüm. Dit continuüm varieert tussen waarde 0 (normconform gedrag) en waarde 100 (extreme normafwijking). Laten we vervolgens aannemen dat gekozen moet worden uit twee posities: een majorinterpretatie (50) en een minorinterpretatie (25). Welke interpretatie wordt het best gerechtvaardigd door het controleprincipe?

De majorinterpretatie geniet de voorkeur boven de minorinterpretatie. Het controleprincipe noopt tot het stellen van relatief hoge eisen aan de normatieve component van schuld. Des te groter de vereiste afwijking van de norm, des te meer controle wordt burgers in het algemeen geboden. Als kleine fouten met grote gevolgen volstaan voor een veroordeling, dan hangt de zwarte wolk van

³³¹ Zie paragraaf 2.4.3.

³³² Vgl. noot Knigge onder HR 1 juni 2004, NJ 2005, 252.

een misdrijfveroordeling boven ieders hoofd. Daar staat tegenover dat grote afwijkingen van de norm door vrijwel iedereen te vermijden zijn. Een pleitbaar criterium lijkt me dat de fout zodanig groot moet zijn dat een redelijk verkeersdeelnemer deze fout in beginsel niet had kunnen maken. Een redelijk verkeersdeelnemer is iemand die zijn best doet zich veilig te gedragen. Deze majorinterpretatie is in lijn met de door Vellinga verdedigde opvatting. Ik meen met Vellinga dat meer nodig is dan de enkele verkeersovertreding.

De normatieve component van schuld richt zich in beginsel tot iedereen. De subjectieve component heeft betrekking op de persoon in kwestie. Had *deze actor* zich kunnen houden aan de in de maatschappij geldende norm? Het praktische belang van de subjectieve component is afhankelijk van de interpretatie van de normatieve component. Als geopteerd wordt voor de majorinterpretatie, dan kunnen alleen uitzonderlijke omstandigheden het oordeel rechtvaardigen dat de actor niet anders had kunnen handelen. Dat betekent dat de rechter in de praktijk niet zo vaak aandacht zal hoeven te besteden aan de subjectieve component. Bij de minorinterpretatie, waarbij een geringe normafwijking volstaat, zal de vraag of de actor in kwestie wel beschikt heeft over voldoende controle zich vaker voordoen.

3.6.3.3 *De subjectieve component van schuld: het belang van bewustheidsmomenten*

De subjectieve component van schuld heeft direct betrekking op controle. Had de actor in kwestie controle met betrekking tot het al dan niet schenden van de in de maatschappij geldende norm? Paragraaf 2.4 bevat een positieve en een negatieve benadering van de subjectieve component. Bij de positieve benadering kwam naar voren dat directe controle met betrekking tot de normovertreding vertaald kan worden in indirecte controle met betrekking tot het gevolg. Bij doleuze schuld is de actor zich op enig moment bewust geweest van gevaar of regelschending.³³³ Deze bewustheid rechtvaardigt in beginsel de gevolgtrekking dat de actor het gevolg had kunnen voorkomen. Bij niet-doleuze schuld kan de schuld niet of niet volledig herleid worden tot een of meer bewustheidsmomenten. In dat geval spelen kennis, vaardigheden en vermogens van de actor een doorslaggevende rol. Deze factoren kunnen onder omstandigheden het oordeel rechtvaardigen dat de actor het gevolg had kunnen voorkomen. Bij de negatieve benadering heb ik een aantal factoren besproken die een indicatie vormen van gebrek aan controle. Het gaat daarbij om acute lichamelijke of geestelijke aandoeningen; psychische stoornissen; chronische lichamelijke aandoeningen; jeugdigheid; ouderdom; en gebrekkige ervaring of opleiding.

³³³ In paragraaf 2.4.4.4 heb ik de doleuze schuld als volgt omschreven. (1) De actor schendt de in de maatschappij geldende norm bewust. (2) De actor is zich bewust van het gevaar dat gepaard gaat met zijn handeling. (3) De actor is zich op een of meer momenten in het verleden bewust geweest van gevaar dat in de toekomst kan optreden.

Deze factoren kunnen de met de normatieve component gepaard gaande vooronderstelling – de actor heeft beschikt over voldoende controle – ondermijnen.

Het controleprincipe dicteert dat bij de beoordeling van schuld acht wordt geslagen op de bovengenoemde subjectieve factoren. Het is de vraag of de actor voldoende controle had met betrekking tot het al dan niet schenden van de in de maatschappij geldende norm. Dat betekent in de eerste plaats dat de rechter zich af moet vragen of een van de bij de negatieve benadering vermelde factoren zich voordoet. De positieve benadering noopt ertoe onderzoek te doen naar bewustheidsmomenten, kennis en vaardigheden van de actor. De bewustheidsmomenten die de doleuze schuld kenmerken vormen een belangrijke aanwijzing dat de actor beschikt heeft over voldoende controle. De bewustheid van gevaar of regelovertreding rechtvaardigt in beginsel de gevolgtrekking dat de actor een andere keuze had kunnen maken. Bij niet-doleuze schuld kan schuld niet of niet volledig herleid worden tot een of meer bewustheidsmomenten. In dat geval is de conclusie dat de actor beschikt heeft over voldoende controle minder snel gerechtvaardigd. Een actor bij wie geen sprake is van bewustheidsmomenten beschikt *ceteris paribus* over minder controle dan een actor bij wie dat wel het geval is. Tegen deze achtergrond is grote terughoudendheid met betrekking tot het aannemen van niet-doleuze schuld op haar plaats.

3.6.3.4 *Het verschil tussen het retributivisme en het controleprincipe*

Het is de vraag in welk opzicht de op controle geënte interpretatie van schuld afwijkt van de retributieve interpretatie van schuld. Het retributivisme en het controleprincipe hanteren een verschillend uitgangspunt. Het retributivisme eist dat de gedraging een uiting is van een onverschillige attitude. Het controleprincipe eist alleen dat de actor een redelijke mogelijkheid wordt geboden verschoond te blijven van culpose aansprakelijkheid. Controle en onverschilligheid hangen met elkaar samen. Onverschilligheid ten aanzien van een gevolg impliceert controle. Het omgekeerde is echter niet noodzakelijkerwijs het geval: controle impliceert geen onverschilligheid. Het verschil tussen beide perspectieven zou tot uiting kunnen komen in de eisen die worden gesteld aan de normatieve component van schuld. Het controleprincipe eist niet dat de gedraging iets zegt over de houding van de actor. Het bieden van voldoende controle volstaat. Dat brengt mee dat minder hoge eisen worden gesteld aan de normatieve component. Het controleprincipe hecht minder belang aan de gevaarlijkheid van de gedraging. Ter illustratie roep ik een eerder gegeven voorbeeld in herinnering.³³⁴ Husak betoogt dat het retributivisme het niet toelaat een dronken rijder die geen gevaar veroorzaakt – een redelijke dronken rijder – strafrechtelijk aansprakelijk te houden.³³⁵ Het controleprincipe staat hier niet aan in de

³³⁴ Zie paragraaf 3.4.6.

³³⁵ Husak 1998, 'Reasonable risk creation and overinclusive legislation', p. 615 stelt: "Sam, the hypothetical reasonable drunk driver, could have abstained from drinking and driving. The legitimate claims of other persons, however, give him no reason to do so. Criminal li-

→

weg, omdat de actor de gedraging gemakkelijk kan vermijden. De actor is niet onverschillig, maar beschikt wel over controle.

Een ander verschil tussen het retributieve perspectief en het controleperspectief betreft het belang dat gehecht wordt aan het gelijkheidsbeginsel. In paragraaf 3.6.2.5 besprak ik een voorbeeld, waarbij een bepaalde gedraging gepaard gaat met een kans op de dood van 1/100.000. Bij Anton leidt de gedraging tot de dood van een ander, terwijl het voorval bij Bernard (en 99.998 denkbeeldige anderen) goed afloopt. Vanuit positief-retributief perspectief is het onrechtvaardig als Anton zwaar wordt gestraft, terwijl Bernard en 99.998 denkbeeldige anderen niet of nauwelijks gestraft worden.³³⁶ Het gelijkheidsbeginsel dicteert dat personen die evenveel straf verdienen een gelijke straf moeten krijgen. In paragraaf 3.4.9 heb ik betoogd dat dergelijke ongelijkheden op zichzelf beschouwd niet strijdig zijn met Rawlsiaanse rechtvaardigheidsbeginselen. Van belang is alleen dat iedereen de gelegenheid wordt geboden uit de greep van het strafrecht te blijven. Het is niet nodig eenieder die deze gelegenheid niet grijpt in gelijke mate te straffen. Bernard en 99.998 denkbeeldige anderen hebben simpelweg geluk gehad. Antons lot is echter niet alleen aan pech te wijten: er is sprake van vermijdbare pech. Dat betekent dat hij zich er niet over kan beklagen dat hij wél bestraft wordt.

Het controleprincipe stelt aldus minder stringente eisen aan de interpretatie van schuld dan het retributivisme. Het straffen voor een gedraging die gepaard gaat met een klein risico, stuit op zichzelf beschouwd niet op bezwaren. De geringe laakbaarheid en het gelijkheidsbeginsel vormen geen beletsel voor strafbaarheid. In de praktijk is de houdbaarheid van deze redenering echter aan grenzen gebonden. Het controleprincipe behelst dat de actor een redelijke mogelijkheid wordt geboden verschoond te blijven van culpose aansprakelijkheid. Het bieden van een redelijke mogelijkheid veronderstelt dat voorzienbaar is dat een bepaalde gedraging culpose aansprakelijkheid kan vestigen. Het is de vraag of gedragingen die gepaard gaan met een minimaal risico wel aan dat criterium voldoen. Culpose delictsomschrijvingen verwijzen niet naar specifieke gedragingen. Het is denkbaar dat een min of meer retributief schuldbegrip het best aansluit bij het verwachtingspatroon van burgers. Dat wil zeggen dat burgers redelijkerwijs mogen verwachten alleen voor dit delict bestraft te worden als sprake is van een ernstig retributief verwijt. Als deze stelling juist is, dan verschafft een min of meer retributieve interpretatie van schuld de gewenste controle aan burgers.

Al met al denk ik dat het controleprincipe er bij culpose gevolgsdelicten niet toe noopt veel lagere eisen aan schuld te stellen dan het retributivisme. Dat

ability is unjust when imposed on persons who need not have honored the terms of cooperation that are demanded, even though they were capable of conforming to these standards.”

³³⁶ Dit geldt niet voor positieve retributivisten die de equivalentiethese verwerpen. Zie paragraaf 3.6.2.2.

betekent dat de bevindingen uit paragraaf 3.6.2 ook van belang zijn voor de op controle geënte interpretatie van schuld. Deze uitkomst kan niet zonder meer geëxtrapoleerd worden naar andere delicten. Het retributivisme en het controleprincipe leiden soms tot verschillende uitkomsten. In paragraaf 3.6.4.5 betoog ik dat het retributivisme ertoe noopt een zeer hoge schuldgraad te eisen bij delicten die niet gepaard gaan met gevaar. Alleen de actor die met opzet handelt, verdient het om strafrechtelijk aansprakelijk gesteld te worden. Het moge duidelijk zijn dat dergelijke hoge eisen niet worden gesteld aan schuld bij overtredingen (avas-schuld). Een vermijdbare schending van een zorgplicht volstaat in de praktijk. Het enkele feit dat opzet ontbreekt, discolpeert in elk geval niet. De gangbare interpretatie van schuld bij overtredingen (avas-schuld) verdraagt zich beter met het controleprincipe. Het controleprincipe (controle aanwezig?) staat minder snel aan bestraffing in de weg dan het retributivisme (straf verdiend?).

3.6.3.5 *Onkenbaarheid en psychologische biases*

In paragraaf 2.4.6 heb ik erop gewezen dat de normatieve en subjectieve component op theoretisch niveau niet strikt van elkaar gescheiden kunnen worden. Het feit dat de actor meer kan of meer weet dan anderen kan leiden tot subjectivering van de normatieve component. Bij de subjectieve component moet rekening worden gehouden met culpa in causa, waarbij ook normatieve aspecten een rol spelen. De relativering van het onderscheid geldt a fortiori voor de rechtspraak. In een concrete rechtszaak komt het aan op een combinatie van normatieve en subjectieve factoren. De nietszeggende vingerwijzing van de Hoge Raad – het komt aan op de aard en ernst van het geheel van gedragingen en de overige omstandigheden van het geval – bevat helaas een waarheid als een koe. Het ene geval van door rood licht rijden (opzettelijk, vanwege haast) is niet het andere (per ongeluk, vanwege laaghangende zon). Het taxeren van het palet aan normatieve en subjectieve factoren rust op de schouders van de feitenrechter. Een complicerende factor daarbij is dat deze factoren voor de rechter vaak moeilijk kenbaar zijn. Dat geldt zowel voor normatieve factoren (heeft de verdachte te hard gereden?) als subjectieve factoren (was hij zich bewust van deze snelheidsovertreding?). Deze mengeling van normativiteit, subjectiviteit en onkenbaarheid komt samen in de allesomvattende vraag of schuld bewezen is.

Een op controle geënte interpretatie van schuld krijgt in de praktijk gestalte in een formeelrechtelijke context. Het is gemakkelijk vanuit de studeerkamer te beweren dat het controleprincipe noopt tot grote terughoudendheid met betrekking tot het aannemen van niet-doleuze schuld (onbewuste schuld). In de praktijk beschikt de rechter niet over directe kennis met betrekking tot de bewustheidsmomenten die de doleuze schuld kenmerken. Hoe weten we of iemand die geen voorrang heeft verleend, bewust een risico heeft genomen of dat sprake was van een vanuit de cognitieve psychologie verklaarbare perceptuele fout? De Jong & Knigge betonen zich sceptisch: van de verdachte die ont-

kent zich van enig gevaar bewust te zijn geweest, valt moeilijk te bewijzen dat hij dat bewustzijn wél had.³³⁷ Dat betekent dat het lastig is onderscheid te maken tussen strafwaardige en niet-strafwaardige gedragingen. De Jong & Knigge verbinden hieraan consequenties voor het materiële recht: wat geen recht is, hoeft immers niet bewezen te worden. Twijfel aan de grondslag van de onbewuste schuld noopt aldus niet tot straffeloosheid ervan. Als onbewuste schuld strafbaar is, dan volgt daaruit dat de rechter bij het bewijs van schuld geen acht hoeft te slaan op bewustheidsmomenten. Het voordeel van deze benadering is dat strafwaardige gedragingen gemakkelijk resulteren in een veroordeling. Het nadeel is dat hetzelfde geldt voor niet-strafwaardige gedragingen.

Ik meen dat de interpretatie van het materiële recht niet afhankelijk gesteld moet worden van potentiële bewijsproblemen. Daaruit volgt dat de moeilijke kenbaarheid van bewustheidsmomenten behoort tot het domein van het bewijsrecht. In paragraaf 3.4.4 heb ik betoogd dat materieelrechtelijke erkenning van het schuldbeginsel gepaard moet gaan met een solide strafprocesrecht. Vanuit Rawlsiaans perspectief is van ondergeschikt belang of vrijheid wordt ingeperkt door het materiële of het formele recht. Een slecht procesrecht maakt de door het schuldbeginsel verschaftte vrijheid denkbeeldig. Daaruit volgt dat streng de hand moet worden gehouden aan het in dubio pro reo-beginsel. Redelijke twijfel met betrekking tot de vraag of de actor beschikt heeft over voldoende controle, dient te leiden tot vrijspraak. Dat brengt mee dat de moeilijke kenbaarheid van bewustheidsmomenten inderdaad tot bewijsproblemen kan leiden. In bepaalde gevallen kan niet vastgesteld worden of sprake is geweest van een voor controle relevant bewustheidsmoment.³³⁸ Het gevolg daarvan is dat niet alleen niet-strafwaardige gedragingen, maar ook strafwaardige gedragingen kunnen resulteren in een vrijspraak. Ik meen dat deze consequentie voor lief moet worden genomen.³³⁹

³³⁷ De Jong & Knigge 2003, 'Ons strafrecht deel 1. Het materiële strafrecht', p. 135 stellen: "Problematisch blijft de rechtvaardiging van de bestraffing van onzorgvuldig gedrag dat bestaat uit 'niet aan gedacht hebben' en 'totaal hebben vergeten'. (...) [De] bedreiging met straf van onnadenkend handelen of nalaten [kan] niet worden gemist (...) omdat van de verdachte die ontkent zich van enig gevaar bewust te zijn geweest, moeilijk valt te bewijzen, dat hij dat bewustzijn wel had. Zou de onbewuste schuld niet strafbaar zijn, dan zou de verleiding groot worden daarin te vluchten. Nu 'loont' dat niet."

³³⁸ De onkenbaarheid van bewustheidsmomenten moet niet overtrokken worden. Zie paragraaf 4.3.6, waar ik de vermeende onkenbaarheid van opzet bespreek.

³³⁹ Daarbij is van belang dat ik het positieve retributivisme verwerp (zie deze studie, p. 137). Dat betekent dat geen plicht bestaat tot het bestraffen van strafwaardige gedragingen. Bovendien verwerp ik de twee in paragraaf 3.6.2.6 besproken argumenten. (1) Strafbaarheid van onbewuste schuld komt de generale preventie ten goede. Ik heb weinig tot geen vertrouwen in het generaal preventief effect van culpose gevolgsdelicten. (2) Strafbaarheid van onbewuste schuld leidt tot genoegdoening voor het slachtoffer of nabestaanden. In mijn optiek mogen de belangen van het slachtoffer of nabestaanden geen rol spelen bij de interpretatie van schuld.

Het streng vasthouden aan *in dubio pro reo* biedt in de praktijk onvoldoende bescherming aan de verdachte. Een op controle geënte interpretatie van schuld is eveneens gevoelig voor de eerder besproken psychologische biases. ‘Hindsight bias’ leidt tot overschatting van de gevaarlijkheid van de gedraging. Deze assumptie leidt gemakkelijk tot de conclusie dat de actor het gevaar heeft voorzien, zodat hij beschikt heeft over voldoende controle. ‘Fundamental attribution error’ leidt tot het overschatten van persoonlijke factoren en het onderschatten van situationele factoren.³⁴⁰ Een ongeval wordt eerder geweten aan een vermijdbare gedraging van de actor (controle) dan aan omstandigheden van het geval. Beide psychologische biases leiden aldus tot het te snel aannemen van controle. Het psychologische karakter van *in dubio pro reo* – het gaat om rechterlijke *overtuiging* – maakt het vatbaar voor deze biases. In bepaalde gevallen waarin niet getwijfeld wordt, zou wel getwijfeld moeten worden.

3.6.3.6 *Besluit: controle en de rechtspraak*

Het centrale kenmerk van het door mij gevisualiseerde Rawlsiaanse strafrechtstelsel is dat burgers de vrijheid geboden wordt te bepalen of ze in aanraking komen met het strafrecht. Het bieden van controle bij culpose gevolgsdelicten is van groot belang, omdat zware straffen kunnen worden opgelegd. Dit uitgangspunt heeft consequenties voor het materiële en het formele strafrecht. Ik heb betoogd dat de rechter drie dingen kan doen om deze keuzevrijheid te garanderen. (1) *Interpretatie normatieve component*. Het stellen van relatief hoge eisen aan de normatieve component van schuld zorgt ervoor dat burgers in het algemeen veel controle wordt geboden. Grote afwijkingen van de norm zijn door vrijwel iedereen te vermijden. Een pleitbaar criterium lijkt me dat de fout zodanig groot moet zijn dat een redelijk verkeersdeelnemer deze fout in beginsel niet had kunnen maken. (2) *Interpretatie subjectieve component*. Bij de subjectieve component van schuld moet gelet worden op negatieve en positieve factoren. Negatieve factoren, zoals psychische of lichamelijke aandoeningen, vormen een indicatie van gebrek aan controle. Positieve factoren, zoals bewustheidsmomenten, kennis en vaardigheden, vormen een indicatie van controle. Een actor bij wie geen sprake is van bewustheidsmomenten beschikt *ceteris paribus* over minder controle dan een actor bij wie dat wel het geval is. Daaruit volgt dat grote voorzichtigheid betracht moet worden bij het aannemen van niet-doleuze schuld. (3) *Bewijs*. De voor controle vereiste normatieve en

³⁴⁰ Alicke 2000, ‘Culpable control and the psychology of blame’ gaat expliciet in op de relatie tussen de FAE en het toeschrijven van controle. Alicke 2000, p. 568-569 stelt: “Blame validation processing is encouraged by the tendency to view people rather than the environment as the prepotent controlling forces behind harmful events. (...) In choosing between a drunk driver and weather conditions as causal candidates for the car accident, therefore, the culpable control model assumes that observers will favor the human act.”

subjectieve factoren zijn niet altijd voldoende kenbaar. Bovendien predisponeren psychologische biases mensen tot het te snel aannemen van controle. Daaruit volgt dat grote voorzichtigheid betracht moet worden bij het bewijs van schuld.

3.6.4 Een vergelijking van de schuldgraad van schuld en avas-schuld

3.6.4.1 *Schuldgraad*

Deze paragraaf staat in het teken van een vergelijking tussen schuld en avas-schuld. ‘Schuld’ heeft betrekking op schuld op bestanddeelniveau; ‘avas-schuld’ heeft betrekking op schuld op elementniveau.³⁴¹ Het gaat hierbij om de schuld die centraal staat bij de beoordeling van een beroep op afwezigheid van alle schuld. Schuld kan opgesplitst worden in een normatieve en een subjectieve component. Een actor heeft schuld als aan beide componenten voldaan is. Avas-schuld kan op dezelfde wijze geduid worden. Een actor heeft avas-schuld als aan beide componenten voldaan is.³⁴²

Avas-schuld kan beschouwd worden als de materieelrechtelijke pendant van schuld op bestanddeelniveau. Er wordt geabstraheerd van het strafprocesuele verschil tussen schuld en avas. Vertaling van avas in avas-schuld maakt een rechtstreekse vergelijking tussen avas en schuld mogelijk. Dit kan geïllustreerd worden aan de hand van de delicten dood door schuld (art. 307 Sr) en culpose brandstichting de dood ten gevolge hebbend (art. 158 sub 3 Sr). Stel dat een brandstichter primair terechtstaat voor art. 307 Sr en subsidiair voor art. 158 sub 3 Sr. Laten we bovendien aannemen dat volledig inzicht bestaat in de relevante normatieve en subjectieve factoren. Dat brengt mee dat geen formeelrechtelijk gat bestaat tussen ‘schuld niet bewezen’ en ‘avas aannemelijk’. Als schuld en avas-schuld van elkaar verschillen, dan is het mogelijk dat de brandstichter wordt vrijgesproken van art. 307 Sr en wordt veroordeeld voor art. 158 sub 3 Sr. Enerzijds wordt aangenomen dat de actor geen schuld heeft aan de dood. Anderzijds wordt aangenomen dat sprake is van avas-schuld ten aanzien van de dood.

De these dat een verschil bestaat tussen schuld en avas-schuld lijkt te volgen uit de wijze waarop schuld en avas worden gekarakteriseerd. De afkorting avas verwijst naar afwezigheid van alle schuld. Deze omschrijving wekt de

³⁴¹ Met de term avas-schuld sluit ik aan bij Rummelink en Vellinga. Zie conclusie Rummelink in HR 13 oktober 1970, NJ 1971, 31; Vellinga 1982, ‘Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld’, p. 8-9 en 104-116; Rummelink 1996, ‘Mr. D. Hazewinkel-Suringa’s inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht’, p. 378-379.

³⁴² Zie paragraaf 2.5. Er is voldaan aan de normatieve component van avas-schuld als geen sprake is van (1) normatieve avas, (2) normatieve rechtsdwaling en (3) normatieve putatieve rechtvaardiging. Er is voldaan aan de subjectieve component van avas-schuld als geen sprake is van (1) subjectieve avas, (2) subjectieve rechtsdwaling en (3) subjectieve putatieve rechtvaardiging.

indruk dat een geringe schuld volstaat voor avas-schuld. Schuld wordt daarentegen algemeen gedefinieerd als grove schuld. Dit kan als volgt weergegeven worden.

Schuld = grove schuld.
 Avas-schuld = geringe schuld.

Deze definities blinken niet uit in helderheid. De term schuld komt zowel in het explicandum als in het explicatum voor. Het spreekt voor zich dat de term schuld in twee verschillende betekenissen wordt gebruikt. De juridische begrippen schuld en avas zijn dichotoom van aard. Deze dichotome juridische begrippen worden verklaard aan de hand van een gradueel schuldbegrip. Ik duid dit graduele schuldbegrip aan met de term schuldgraad.

Laten we ons nu eens voorstellen dat we deze schuldgraad weer kunnen geven op een schuldgraadcontinuüm. Dit continuüm varieert van schuldgraad 0 tot en met schuldgraad 100. Schuldgraad 0 betekent dat geen enkele schuld aanwezig is. Schuldgraad 100 verwijst naar de maximaal denkbare strafrechtelijke schuld. Hiervan is sprake bij een opzettelijke gedraging waarbij geen schuldmitigerende factoren aanwezig zijn.³⁴³ Avas, avas-schuld, schuld en roekeloosheid kunnen vervolgens – arbitrair – gedefinieerd worden op dit continuüm.

Geen schuld:	schuldgraad = 0
Avas:	schuldgraad < 25
Avas-schuld:	schuldgraad ≥ 25
Schuld:	schuldgraad ≥ 50
Roekeloosheid:	schuldgraad ≥ 75
Maximale schuld:	schuldgraad = 100

In het gebied van schuldgraad 0 tot 25 is strafrechtelijke aansprakelijkheid uitgesloten. Het is mogelijk dat wel morele of civiele schuld aanwezig is.³⁴⁴ Men

³⁴³ In paragraaf 4.3.8.4.a bespreek ik het volgende uitgangspunt. Een actor die een bepaald slecht gevolg met opzet veroorzaakt, is *ceteris paribus* nooit minder laakbaar dan een actor die dat gevolg zonder opzet veroorzaakt. Vgl. Zaibert 1998, 'Intentionality, voluntariness, and culpability: a historical-philosophical analysis'; Zaibert 2002, 'Intentionality and wickedness'; Zaibert 2005, 'Five ways Patricia can kill her husband. A theory of intentionality and blame', p. 18, 21, 74, 209-214. Het is een open vraag welk opzetteype vereist is voor een schuldgraad van 100. Aanhangers van de 'Doctrine of Double Effect' menen dat een actor die handelt met doelopzet *ceteris paribus* een groter verwijt valt te maken dan een actor die handelt met zekerheidsopzet. Tegenstanders van de doctrine menen dat geen relevant moreel verschil bestaat. Zie paragraaf 4.4.2.

³⁴⁴ Er wordt algemeen aangenomen dat civielrechtelijke schuld een geringere schuldgraad vereist dan strafrechtelijke schuld. Zie Langemeijer 1983, 'De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht', p. 32-37; Brunner 1983, 'De rechter, de auto en de schuld. Over

→

zou kunnen stellen dat avas betrekking heeft op de afwezigheid van strafrechtelijk relevante schuld.³⁴⁵ Het verschil tussen avas-schuld en schuld wordt gerepresenteerd door het gebied van schuldgraad 25 tot 50. Stel dat de brandstichter in het boven besproken voorbeeld een schuldgraad heeft van 30. Deze schuldgraad leidt tot een vrijspraak van art. 307 Sr en een veroordeling voor art. 158 sub 3 Sr. Enerzijds is geen sprake van schuld aan de dood; anderzijds is wel sprake van avas-schuld aan de dood.

3.6.4.2 *De doctrine*

De meeste auteurs gaan – impliciet of expliciet – uit van de opvatting dat een verschil bestaat tussen schuld en avas-schuld.³⁴⁶ In het verleden hebben Langemeijer, Moons en Van Eck betoogd dat een dergelijk verschil niet bestaat. Langemeijer meent dat de ondergrens van schuld én avas-schuld voortvloeit uit de beginselen die het opleggen van straf rechtvaardigen.³⁴⁷ Er mag pas gestraft worden als de gedraging een uiting is van een onrechtmatige gezindheid van de actor. Daaruit volgt dat de schuldgraad van schuld en avas-schuld niet van elkaar verschilt. Er is alleen sprake van een formeelrechtelijk verschil. Van Eck besteedt in het bijzonder aandacht aan de voorlopers van art. 5 en 6 WVV.³⁴⁸ Van Eck betoogt met een beroep op de wetsgeschiedenis dat beide bepalingen dezelfde schuldgraad vereisen. Er is enkel sprake van een – in de praktijk verwaarloosbaar – verschil in bewijslastverdeling. Het enige materieelrechtelijke verschil tussen de bepalingen wordt gevormd door het al dan niet intreden van het gevolg. Moons is eveneens van mening dat geen verschil bestaat tussen schuld en avas-schuld.³⁴⁹ Enerzijds relativeert hij de voor schuld vereiste hoge schuldgraad: er hoeft geen sprake te zijn van ‘grove schuld’. Had de zuster in

mythevorming in het recht’; Van Dam 1985, ‘De Hoge Raad op zoek naar de perfecte automobilist. Drie recente arresten: H.R. 26-03-1982, V.R. 1982, 51; H.R. 11-11-1983, V.R. 1984, 56 en H.R. 10-08-1984, V.R. 1985, 56’; Sieburgh 2000, ‘Toerekening van een onrechtmatige daad’, p. 97-170. Zie bijv. HR 11 november 1983, NJ 1984, 331.

³⁴⁵ Vgl. Moons 1969, ‘Het schuldgehalte van het culpoze misdrijf’; De Doelder & Strijards 1979, ‘Ons gereedschap ter discussie’; Vellinga 1982, ‘Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld’, p. 143-146; Strijards 1983, ‘Facetten van dwaling in het strafrecht’, p. 321-322. Zie ook HR 20 januari 1959, NJ 1959, 102/103: “alle schuld in strafrechtelijken zin”.

³⁴⁶ Zie bijv. Pompe 1959, ‘Handboek van het Nederlandse strafrecht’, p. 182-186; Vellinga 1982, ‘Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld’, p. 104-116; Rimmelink 1996, ‘Mr. D. Hazewinkel-Suringa’s inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht’, p. 378-379; Kelk 1998, ‘Studieboek materieel strafrecht’, p. 210-212; Otte 2001, ‘Opzet en schuld in het verkeer’, p. 17-23.

³⁴⁷ Langemeijer 1933, ‘Schuld bij overtredingen’ en Langemeijer 1954, ‘Het Wetboek van Strafrecht verklaard door mr T.J. Noyon. Deel I’, p. 46-48.

³⁴⁸ Van Eck 1966, ‘Enkele gedachten over het schuld misdrijf’ en Van Eck 1967, ‘De rechtspraak over causaliteit en aansprakelijkheid voor gevolgen in het strafrecht’.

³⁴⁹ Moons 1969, ‘Het schuldgehalte van het culpoze misdrijf’. Het verdient opmerking dat Moons uitgaat van een objectief schuld begrip.

het Verpleegsterarrest werkelijk zo veel schuld?³⁵⁰ Anderzijds relateert hij de voor avas-schuld vereiste lage schuldgraad: ook bij ‘enige schuld’ volgt avas. Had de knecht in het Melk en waterarrest werkelijk geen enkele schuld?³⁵¹

3.6.4.3 *Praktische bezwaren bij het vergelijken van de schuldgraad*

Het boven besproken voorbeeld van de brandstichter beschikt over twee ideaaltypische kenmerken. (1) Er is sprake van hetzelfde schuldobject. Schuld en avas-schuld hebben beide betrekking op de dood van een ander. (2) Beide gevallen hebben betrekking op hetzelfde feitencomplex. Een zuivere vergelijking tussen schuld en avas-schuld is mogelijk, omdat er voor het overige geen verschillen bestaan. In de praktijk wordt niet voldaan aan dit *ceteris paribus*-ideaal. Hoe kan men de voor schuld in art. 307 Sr vereiste schuldgraad vergelijken met de voor avas-schuld in art. 3 Opiumwet vereiste schuldgraad? Vergelijkt men hier geen appels met peren? Het is ondoenlijk de voor schuld en avas-schuld vereiste schuldgraad daadwerkelijk af te beelden op een universeel schuldgraadcontinuüm. Het begrip schuldgraad kan het best opgevat worden als een middel om bepaalde vergelijkingen inzichtelijk te maken. In de praktijk kan men niet veel verder komen dan een verschil tussen ‘hoge eisen’ en ‘minder hoge eisen’.

Een en ander wordt nog eens bemoeilijkt als men een uitspraak over de rechtspraak zou willen doen. Er zijn duizenden potentieel relevante uitspraken geweest. Bij de beoordeling van dit onderzoeksdomein ziet men zich voor ten minste vier problemen gesteld. (1) Het is sterk de vraag of de gepubliceerde uitspraken representatief zijn voor het onderzoeksdomein. Slechts een klein percentage van de relevante uitspraken wordt gepubliceerd. Het mag verwacht worden dat met name opzienbarende of interessante uitspraken gepubliceerd worden.³⁵² (2) Uitspraken bevatten vaak weinig informatie met betrekking tot

³⁵⁰ HR 19 februari 1963, NJ 1963, 512.

³⁵¹ HR 14 februari 1916, NJ 1916, p. 681.

³⁵² Vgl. Drion 1982, ‘Negen stellingen over rechtsvorming door rechter en wetgever’; Snijders 1978, ‘Rechtsvinding door de burgerlijke rechter. Een kwantitatief rechtspraakonderzoek bij de Hoge Raad en de Gerechtshoven’; Vranken 1995, ‘Mr. C. Asser’s handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel’, p. 54-57. Drion 1982, p. 377 formuleert het volgende uitgangspunt: “Theorieën over rechtsvinding behoren dan ook getoetst te worden, niet aan door de opstellers van die theorieën als interessant geselecteerde rechterlijke uitspraken, maar aan ‘random samples’ van gepubliceerde en ongepubliceerde beslissingen (met een realistische verhouding tussen de gepubliceerde en de ongepubliceerde). In de praktijk pleegt dit niet te gebeuren.” Snijders deed onderzoek naar de representativiteit van gepubliceerde rechtspraak. Snijders 1978, p. 208 concludeert dat de gepubliceerde jurisprudentie een volkomen scheef beeld geeft van de praktijk van de rechtsvinding. “De ongepubliceerde rechtspraak verschilt in een zeer groot en gevarieerd aantal opzichten – zowel op het terrein der rechtsvinding als daarbuiten, men vergelijk de tabel – in zeer sterke mate van de gepubliceerde jurisprudentie. (...) Vast staat thans dat de gepubliceerde jurisprudentie niet een doorsnee van de praktijk der rechtsvinding maar een selectie van interessante gevallen betreft.” Uit Van

→

de schuldgraad. Dat geldt in het bijzonder voor vrijspraken en uitspraken waarbij geen avas is aangenomen. (3) Er bestaat een strafprocessueel verschil tussen schuld en avas. Het eerder vrijspreken van een culpoos delict dan ontslaan van rechtsvervolging wegens een niet-culpoos delict, kan mogelijk geweten worden aan het gat tussen ‘schuld niet bewezen’ en ‘avas aannemelijk’. (4) De te onderzoeken schuldoordelen zijn afkomstig van verschillende rechterlijke instanties. De Hoge Raad laat de feitenrechter veel vrijheid bij het al dan niet bewezen achten van schuld en het al dan niet aannemelijk achten van avas. De aan de feitenrechter gelaten ruimte is waarschijnlijk groter dan een eventueel verschil tussen schuld en avas-schuld.

3.6.4.4 Vereisen art. 5 en 6 WVW een verschillende schuldgraad?

De ideaaltypische condities, die een zuivere vergelijking tussen schuld en avas-schuld mogelijk maken, worden het dichtst benaderd door zaken die betrekking hebben op art. 5 en 6 WVW. Bij verkeersongevallen waarbij dood of letsel te betreuren is, wordt vaak primair art. 6 WVW en subsidiair art. 5 WVW ten laste gelegd. In veel gevallen hebben de tenlasteleggingen van art. 6 en 5 WVW betrekking op hetzelfde feitencomplex. Komt het voor dat enerzijds vrijgesproken wordt van art. 6 WVW, terwijl anderzijds veroordeeld wordt voor art. 5 WVW? Uit empirisch onderzoek blijkt dat ongeveer 62 procent van de vrijspraken van art. 6 WVW gepaard gaat met een veroordeling voor art. 5 WVW.³⁵³ Een beperkt aantal gepubliceerde uitspraken laat hetzelfde patroon zien.³⁵⁴

Het is de vraag waar een eventueel verschil tussen schuld en avas-schuld gelokaliseerd moet worden. Schuld en avas-schuld kunnen opgesplitst worden in een normatieve en een subjectieve component. De normatieve component behelst dat de actor zich niet heeft gedragen zoals het betaamt (moeten). De

Tulder 2003, ‘Straftoemeting bij schuld in het verkeer: een empirische analyse’ blijkt dat de rechtbanken in 2001 en 2002 tezamen 1926 zaken behandelden, waarbij het Openbaar Ministerie primair bestrafte in verband met art. 6 WVW eiste. Dergelijke uitspraken worden zelden gepubliceerd in de Nederlandse Jurisprudentie of Verkeersrecht. Het lijkt onwaarschijnlijk dat de gepubliceerde uitspraken een betrouwbaar beeld geven van het onderzoeksdomein.

³⁵³ Zie Van Tulder 2003, ‘Straftoemeting bij schuld in het verkeer: een empirische analyse’, p. 82 (tabel 1). Het betreft circa 270 gevallen in 2001 en 2002 tezamen. Bij de interpretatie van de tabel heb ik gebruikgemaakt van door de auteur verstrekte informatie.

³⁵⁴ Zie bijv. rechtbank Alkmaar 11 september 2002, LJN AE7814 (vrijspraak art. 307 Sr; veroordeling art. 5 (oud) Wet luchtvaart); rechtbank Zutphen 26 maart 2004, LJN AO6931; rechtbank Assen 1 september 2004, LJN AQ8120; HR 7 juni 2005, NJ 2005, 435; rechtbank Groningen 21 februari 2006, VR 2006, 120; rechtbank Arnhem 2 maart 2007, LJN AZ9758; rechtbank Zutphen 23 maart 2007, LJN BA1341; rechtbank Groningen 3 mei 2007, LJN BA4358; rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2007, LJN BA7403; rechtbank Middelburg 1 augustus 2007, LJN BB0573 (art. 307 Sr); rechtbank Dordrecht 9 augustus 2007, LJN BB1479; rechtbank Dordrecht 13 september 2007, LJN BB3518; rechtbank Zwolle 4 oktober 2007, LJN BB5130; rechtbank Utrecht 1 februari 2008, LJN BC3286.

subjectieve component behelst dat de actor zich had kunnen conformeren aan deze norm (kunnen). In vrijwel alle mij bekende jurisprudentie waarbij de subjectieve component van schuld werd aangetast, volgde eveneens ontslag van rechtsvervolging voor de subsidiair ten laste gelegde overtreding.³⁵⁵ Ik vermoed dat het verschil tussen schuld en avas-schuld primair gelokaliseerd is in de normatieve component. Dat betekent dat de zorgvuldigheidseisen bij avas-schuld hoger worden gesteld dan bij schuld. Men moet meer fout doen om veroordeeld te worden voor art. 6 WVV. Ter illustratie bespreek ik rechtbank Assen 1 september 2004, LJV AQ8120. Een vrachtwagenchauffeur verleende geen voorrang aan een personenauto. Er volgde een botsing die resulteerde in zwaar lichamelijk letsel van de bestuurder van de personenauto. De rechtbank sprak vrij van art. 6 WVV en veroordeelde wegens art. 5 WVV. De rechtbank overwoog het volgende.

“De verdachte dient van het primair tenlastegelegde te worden vrijgesproken, omdat de rechtbank dit niet wettig en overtuigend bewezen acht. (...) Verdachte heeft een enkele verkeersovertreding begaan. Volgens de Hoge Raad kan dit onder omstandigheden voldoende zijn om schuld in de zin van artikel 6 Wegenverkeerswet 1994 aan te nemen. Dat hangt af van verschillende factoren, zoals de aard en de concrete ernst van de verkeersovertreding en de omstandigheden waaronder die verkeersovertreding is begaan. (...) Vast is komen te staan dat verdachte toen hij de kruising naderde heeft afgeremd en dat hij naar links en rechts heeft gekeken of de weg vrij was. Langs de weg waren geen obstakels die het zicht belemmerden en het was helder. Gelet op de plek waar de auto van verdachte na de aanrijding tot stilstand is gekomen, valt op te maken dat verdachte met een geringe snelheid heeft gereden. Ter terechtzitting heeft verdachte verklaard dat het een voor hem bekend kruispunt is en dat hij doorgaans moet stoppen omdat de voorrangsweg druk bereden is. Voor het feit dat hij de auto van het slachtoffer over het hoofd heeft gezien, heeft verdachte geen verklaring. Verdachte heeft aangegeven dat hij mogelijk over de auto heeft heen gekeken of dat de auto net achter de buitenspiegel zat en dat hij hem daarom niet heeft gezien. De rechtbank is van oordeel dat op grond van het onderzoek ter terechtzitting niet kan worden geconcludeerd dat verdachte meer kan worden verweten dan het feit dat hij geen voorrang heeft verleend. Anders dan de officier van justitie acht de rechtbank niet bewezen dat verdachte te hard zou hebben gereden om de situatie ter plekke goed te kunnen overzien en om adequaat te kunnen reageren.”

³⁵⁵ Zie HR 24 november 1964, VR 1965, 6; rechtbank Alkmaar 23 januari 1973, VR 1974, 87; rechtbank Alkmaar 18 juni 1974, VR 1974, 101; HR 30 maart 1976, VR 1976, 86; HR 9 juni 1981, DD 81.359; rechtbank Utrecht 6 april 1982, VR 1983, 51; Hof Arnhem 23 januari 2004, LJV AO3341; rechtbank Zwolle 29 januari 2004, VR 2004, 98. Rechtbank 's-Gravenhage 13 december 2005, LJV AU7896 vormt een uitzondering. Psychische overmacht leidde tot vrijspraak van art. 6 WVV, maar stond niet in de weg aan een veroordeling voor art. 5 WVV.

“De rechtbank acht wettig bewezen en zij heeft de overtuiging verkregen dat de verdachte (...) geen gevolg heeft gegeven aan die verkeertekens die een gebod inhouden, immers de bestuurder van een op die weg rijdende personenauto niet in staat heeft gesteld ongehinderd haar weg te vervolgen, waardoor een botsing tussen dat door hem, verdachte, bestuurde voertuig en dat op die kruisende weg rijdende voertuig is ontstaan, waardoor aan een ander zwaar lichamelijk letsel (meerdere fracturen en rug- en nekletsel) en schade is toegebracht, door welke gedraging van verdachte gevaar op die weg werd veroorzaakt en het verkeer op die weg werd gehinderd; (...) De rechtbank acht de verdachte strafbaar, omdat geen strafuitsluitingsgronden aanwezig worden geacht.”

Ik vermoed dat deze uitspraak min of meer representatief is voor de rechtspraak op dit punt. Zoals gezegd gaat ongeveer 62 procent van de vrijspraken van art. 6 WVV gepaard met een veroordeling voor art. 5 WVV. Het is onwaarschijnlijk dat deze praktijk geheel aan het strafprocessuele verschil tussen schuld en avas gewijd kan worden.³⁵⁶ Als voldoende bekend is over de wijze van rijden, dan is nauwelijks licht tussen ‘schuld niet bewezen’ en ‘avas aannemelijk’. Als dat juist is, dan bestaat een materieelrechtelijk verschil tussen schuld en avas-schuld. Het verschil tussen schuld en avas-schuld bij deze delicten kan als volgt worden weergegeven.³⁵⁷

- 1 Geen schuld met betrekking tot het veroorzaken van de dood.
- 2 Avas-schuld met betrekking tot het veroorzaken van gevaar.

Hoewel niet voldaan is aan de normatieve component van schuld, is geen sprake van normatieve avas. Kennelijk stelt het strafrecht hogere zorgvuldigheidseisen met betrekking tot het vermijden van gevaar dan met betrekking tot het vermijden van de dood. Een geringere afwijking ten opzichte van het gedrag van de ideaaltypische criteriumfiguur volstaat voor het aannemen van avas-schuld.

3.6.4.5 *Is een verschil tussen schuld en avas-schuld in overeenstemming met het retributivisme?*

Hierboven bleek dat de rechtspraak hogere zorgvuldigheidseisen stelt aan het vermijden van gevaar dan aan het vermijden van de dood. Dit gegeven lijkt op het eerste gezicht strijdig met retributieve beginselen. Dit kan inzichtelijk ge-

³⁵⁶ Er bestaan twee andere potentieel verklarende factoren. (1) De wijze waarop schuld in de tenlastelegging is omschreven, noopt tot vrijspraak van art. 6 WVV. (2) Causaal verband bij art. 6 WVV wordt niet bewezenverklaard. Ik vermoed dat deze situaties zich niet vaak voordoen.

³⁵⁷ Ik beperk mij tot het weergeven van één schuldobject per delict. Art. 6 WVV heeft betrekking op dood en zwaar lichamelijk letsel; art. 5 WVV heeft betrekking op gevaar, potentieel gevaar, hinder en potentiële hinder.

maakt worden aan de hand van Nozicks retributieve formule $r * H$.³⁵⁸ Verdienste straf wordt bepaald door het product van de verantwoordelijkheid van de actor (r) en de ernst van de (beoogde) inbreuk (H). Een actor die een grote inbreuk riskeert, komt ceteris paribus eerder voor bestraffing in aanmerking dan een actor die een kleine inbreuk riskeert. Langemeijer en Moons baseren hun pleidooi voor een gelijkstelling tussen schuld en avas-schuld mede op dit retributieve uitgangspunt.³⁵⁹ Het zou vreemd zijn meer zorgvuldigheid te eisen om geringer onheil te vermijden. Het omgekeerde zou eerder voor de hand liggen.³⁶⁰

Het door Langemeijer en Moons gehanteerde uitgangspunt is op zichzelf beschouwd juist. Vellinga wijst er echter terecht op dat de wijze waarop een feit wordt gekwalificeerd deel uitmaakt van de straf.³⁶¹ Het enkele feit dat iemand veroordeeld wordt voor het misdrijf dood door schuld, is te beschouwen als een zware straf. Een veroordeling communiceert aan de veroordeelde én aan de maatschappij dat hij iemand is die onverschillig staat ten aanzien van het welzijn van anderen. Een veroordeling voor de overtreding art. 5 WvW gaat gepaard met aanzienlijk minder afkeuring. Zo bezien valt het te billijken dat bij dit delict genoeg genomen wordt met een lagere schuldgraad.³⁶²

Deze redenering biedt een mogelijke verklaring voor het verschil in schuldgraad tussen art. 5 en 6 WvW. Retributivisten zouden het toejuichen dat een

³⁵⁸ Nozick 1974, 'Anarchy, state, and utopia', p. 59-63 en Nozick 1981, 'Philosophical explanations', p. 363-397.

³⁵⁹ Langemeijer 1933, 'Schuld bij overtredingen' en Moons 1969, 'Het schuldgehalte van het culpose misdrijf'. Langemeijer 1933, p. 283-284 koppelt de gelijkstelling aan retributieve criteria: "De conclusie is dus: voor misdrijven zoowel als voor overtredingen komt alle schuld in aanmerking, die schuld is in de betekenis, die daaraan in het strafrecht en op grond van het wezen van het strafrecht moet worden gehecht: uiting van een onrechtmatige gezindheid van den dader. Practisch komt dit met den eisch der grove schuld, zooals de practijk die toepast, wel op hetzelfde neer. Bij overtredingen is er dan wel een zeer gewichtige praktische afwijking, maar een zuiver bewijsrechtelijke."

³⁶⁰ Deze stelling geldt in het algemeen, omdat culpose misdrijven in de regel betrekking hebben op groter onheil dan overtredingen. In het hier door mij als uitgangspunt genomen geval, waarbij iemand ter zake van een en hetzelfde feitencomplex terechtstaat voor art. 6 en 5 WvW, geldt echter dat de inbreuk (H) in beide gevallen gelijk is, zodat de verantwoordelijkheid (r) eveneens gelijk dient te zijn. Dat brengt mee dat de zorgvuldigheidseisen van schuld en avas-schuld even hoog dienen te zijn.

³⁶¹ Vellinga 1982, 'Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld', p. 104-116. Zie ook paragraaf 3.6.2.5.

³⁶² Dit kan inzichtelijk gemaakt worden aan de hand van de formule $r * H$. Als uitgangspunt neem ik de boven besproken uitspraak van rechtbank Assen 1 september 2004, LJN AQ8120. Ik ga daarbij uit van de volgende arbitraire waarden: (1) de inbreuk (H) is 100; (2) de verantwoordelijkheid (r) of schuldgraad is 25; (3) de strafhoogte van een kale veroordeling voor art. 6 WvW is 5000; (4) de strafhoogte van een kale veroordeling voor art. 5 WvW is 2500. Bij deze schuldgraad (25) en inbreuk (100) verdient de actor een straf van 2500. Bij deze stand van zaken kan de actor alleen gestraft worden voor art. 5 WvW. Veroordeling voor art. 6 WvW vereist een schuldgraad van ten minste 50.

aantal personen die de dood van een ander hebben veroorzaakt, de stigmatisering van een veroordeling voor art. 6 WVW bespaard blijft. Bestrafing voor art. 5 WVW is niettemin op haar plaats, omdat de actor zich verwijtbaar gevaarlijk heeft gedragen. Veel andere gedragingen die vallen onder de delictsomschrijving van een strafrechtelijke overtreding gaan echter niet gepaard met gevaar. Ik heb eerder betoogd dat dergelijke delicten moeilijk vanuit retributief perspectief te rechtvaardigen zijn.³⁶³ Het onrechtsgehalte is dermate laag dat men niet snel kan stellen dat straf verdiend is. Als bestrafing voor dergelijke delicten ooit gerechtvaardigd is, dan dient de zeer geringe inbreuk (H) gepaard te gaan met een hoge verantwoordelijkheid (r). Dat brengt mee dat de gedraging alleen strafwaardig is als de actor met opzet handelt.³⁶⁴ Het genoeg nemen met een lage schuldgraad verdraagt zich slecht met het retributivisme. De morele verderfelijke van de actor blijft dan onder de retributieve drempel.

Een andere categorie delicten waarbij een lage schuldgraad niet gerechtvaardigd kan worden, betreft de geobjectiveerde misdrijven. Bij culpose brandstichting de dood ten gevolge hebbend (art. 158 sub 3 Sr) en gemeenschap met een jeugdige (art. 245 Sr) zijn de dood respectievelijk de leeftijd geobjectiveerd. Een veroordeling voor dergelijke misdrijven gaat gepaard met dermate veel afkeuring dat niet volstaan kan worden met een lagere schuldgraad dan de voor culpose misdrijven vereiste schuldgraad.³⁶⁵ Het retributivisme laat geen ruimte voor een materieelrechtelijk verschil tussen schuld en avas bij misdrijven.³⁶⁶

³⁶³ Zie paragraaf 3.4.6. Zie Arenella 1990, 'Character, choice and moral agency: the relevance of character to our moral culpability judgments'; Von Hirsch & Jareborg 1991, 'Gauging criminal harm: a living-standard analysis'; Moore 1993, 'Justifying retributivism'; Husak 1995, 'The nature and justifiability of nonconsummate offenses'; Von Hirsch 1996, 'Extending the harm principle: 'remote' harms and fair imputation'; Moore 1997, 'Placing blame. A general theory of the criminal law', p. 68-73 en 184-187; Husak 1998, 'Reasonable risk creation and overinclusive legislation'; Osler 2004, 'Indirect harms and proportionality: the upside-down world of federal sentencing'; Husak 2004, 'Crimes outside the core'; Duff 2005, 'Criminalizing endangerment'; Husak 2005, '*Malum prohibitum* and retributivism'.

³⁶⁴ Het is twijfelachtig of voorwaardelijk opzet volstaat. Als voorwaardelijk opzet niet volstaat, dan moet sprake zijn van doelopzet of zekerheidsopzet. Bovendien dient waarschijnlijk sprake te zijn van boos opzet: de actor moet zich ervan bewust zijn dat hij de wet overtreedt.

³⁶⁵ Dit kan geïllustreerd worden aan de hand van het boven besproken voorbeeld van de brandstichter (zie paragraaf 3.6.4.1). Ik ga daarbij uit van de volgende arbitraire waarden: (1) de inbreuk (H) is 100; (2) de strafhoogte van een kale veroordeling voor art. 307 Sr is 5000; (3) de strafhoogte van een kale veroordeling voor art. 158 sub 3 Sr is 5000. Aangezien de inbreuk (100) en de strafhoogte (5000) gelijk zijn, is in beide gevallen een schuldgraad van 50 vereist.

³⁶⁶ Een formeelrechtelijk verschil tussen schuld en avas is gemakkelijker in overeenstemming te brengen met het retributivisme. Het formeelrechtelijke gat beslaat het gebied tussen 'schuld niet bewezen' en 'avas niet aannemelijk'. Als de rechter onvoldoende inzicht in het feitencomplex, dan kan het zich voordoen dat de schuld niet bewezen kan worden, terwijl anderzijds niet voldoende aannemelijk is dat sprake is van avas. Delicten waarbij

3.6.4.6 *Is een verschil tussen schuld en avas-schuld in overeenstemming met het controleprincipe?*

Hierboven bleek dat het genoeg nemen met een lagere schuldgraad bij avas-schuld slechts in een beperkt aantal gevallen gerechtvaardigd wordt door het retributivisme. Het is nu de vraag of een dergelijk verschil tussen schuld en avas-schuld in overeenstemming is met het controleprincipe. Als uitgangspunt kan gelden dat het belang van controle groter wordt naarmate er meer voor burgers op het spel staat.³⁶⁷ Het genoeg nemen met een lagere schuldgraad bij avas-schuld bij overtredingen is in overeenstemming met dit uitgangspunt. Bij overtredingen staat in de regel minder voor burgers op het spel dan bij misdrijven. Het enkele feit dat het controleprincipe hier niet aan in de weg staat, brengt echter niet mee dat daadwerkelijk genoeg genomen moet worden met een lagere schuldgraad. Het controleprincipe staat er evenmin aan in de weg burgers evenveel controle te bieden met betrekking tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor overtredingen.³⁶⁸

Ten minste twee argumenten pleiten voor het beperkt houden van het verschil. (1) Als men ervan uitgaat dat bij schuld reeds wordt volstaan met een lage schuldgraad, dan ligt het niet voor de hand bij avas-schuld genoeg te nemen met een nog lagere schuldgraad. Een verschil tussen schuld en avas-schuld is alleen te rechtvaardigen als schuld impliceert dat sprake is van ‘veel controle’. In dat geval kan men bij avas-schuld bij overtredingen genoeg nemen met ‘voldoende controle’. (2) Men kan zich afvragen of het formeelrechtelijke nadeel van de verdachte geflankeerd moet worden door een materieelrechtelijk nadeel. De verdachte die alleen een beroep op avas kan doen, bevindt zich al in een nadelige positie. Het Openbaar Ministerie hoeft zijn schuld niet te bewijzen. Het aannemelijk maken van disculperende factoren rust grotendeels op de schouders van de verdachte. Deze twee argumenten, die elkaar versterken, pleiten voor het beperkt houden van het verschil tussen schuld en avas-schuld bij overtredingen. Dit geldt a fortiori voor misdrijven, omdat daar veel meer voor de verdachte op het spel staat. In dat geval geeft het geen pas genoeg te nemen met een lage schuldgraad.

alleen een beroep op avas openstaat, gaan aldus gepaard met een grotere kans dat iemand bestraft wordt die onvoldoende schuld heeft. Een dergelijke bestraffing is echter in overeenstemming met de ‘Doctrine of Double Effect’, omdat men geen doelopzet heeft op het straffen van een onschuldige. Zie paragraaf 3.4.4.

³⁶⁷ Zie paragraaf 3.5.

³⁶⁸ Veel overtredingen zijn impliciet doleus. In die gevallen wordt over het algemeen meer controle geboden dan bij culpose misdrijven. Daarbij kan gedacht worden aan het plegen van baldadigheid (art. 424 Sr), aanhitsen van een dier (art. 425 Sr) of hinderlijk volgen (art. 426bis Sr).

3.6.4.7 *Besluit*

In het voorgaande heb ik een aantal tentatieve opmerkingen gemaakt over het verschil in schuldgraad tussen schuld en avas-schuld. Het begrip schuldgraad is niet meer dan een middel om de vergelijking inzichtelijk te maken. In de praktijk kan men niet veel verder komen dan een verschil tussen ‘hoge eisen’ en ‘minder hoge eisen’. In de rechtspraak komt een dergelijk verschil alleen naar voren bij art. 5 en 6 WVV. Er wordt sneller veroordeeld voor art. 5 WVV dan voor art. 6 WVV. Voor het overige onttrekt het zich grotendeels aan de waarneming of verschillende eisen worden gesteld aan schuld en avas-schuld. De vraag is dan ook veeleer of verschillende eisen gesteld moeten worden. Op dit moment worden de feitenrechter nauwelijks handvatten geboden bij de interpretatie van avas. Hoe moet avas-schuld in art. 10 lid 1 Opiumwet, art. 5.3 Wet luchtvaart of art. 158 Sr worden geïnterpreteerd? Gelden hier ‘hoge eisen’ of ‘minder hoge eisen’? Het verdient aanbeveling dat de wetgever, de doctrine of de Hoge Raad enige richting zouden bieden. Bestaat een materieelrechtelijk verschil tussen schuld en avas? Zo ja, geldt dit over de gehele linie, alleen bij overtredingen of varieert het van delict tot delict?⁵⁶⁹ Hoe moet een eventueel verschil tussen schuld en avas-schuld gerechtvaardigd worden? Bij de beantwoording van deze vragen kunnen het retributivisme of het controleprincipe als referentiekader dienen.

⁵⁶⁹ Gritter 2003, ‘Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch ordeningsrecht’, p. 143-149 en 434-440 breekt een lans voor een delictsafhankelijke interpretatie van bestanddelen en elementen. Hij spreekt in dit verband van facetaansprakelijkheid. Gritter 2003, p. 437 stelt: “Ook de vraag of een zeker strafbaar feit ‘wederrechtelijk’ en ‘verwijtbaar’ is behoeft in het licht van de delictsomschrijving nadere interpretatie. Indien de elementen van een strafbaar feit in een strafzaak worden geproblematiseerd dient eveneens een ‘argumentenafweging’ plaats te vinden, waarbij het belang van effectieve handhaving een rol mag spelen. In hoofdstuk 3 bleek dat, voor zover de vooronderstelde verwijtbaarheid bij overtredingen wordt aangevochten door middel van een beroep op afwezigheid van alle schuld, de rechter eveneens wordt uitgenodigd tot het vellen van een redelijkheidsoordeel. Het belang van effectieve wetshandhaving kleurt dat oordeel.” Gritter baseert de these dat het belang van effectieve wetshandhaving de invulling van avas kleurt primair op HR 20 januari 1959, NJ 1959, 102/103. De Hoge Raad overwoog dat het doel van art. 245 Sr zou worden gemist indien een verweer als gevoerd door de verdachte zou slagen. De verdachte had aangevoerd dat de vrouwen er ouder uitzagen en een hogere leeftijd hadden opgegeven. Het verweer van de verdachte behelst niet veel meer dan dat hij geen opzet had. De overweging van de Hoge Raad zou evenmin misstaan bij andere niet door opzet bestreken bestanddelen. Als afwezigheid van opzet zou impliceren dat sprake is van afwezigheid van schuld, dan zouden vele bepalingen inderdaad hun doel missen. Dit doel kan overigens evengoed retributief zijn: wie schuld (maar geen opzet) heeft, verdient het gestraft te worden. Uit dit arrest volgt alleen dat het door de wetgever met objectivering beoogde doel, dat al dan niet is ingegeven door preventie, zou worden gemist als enkele dwaling tot avas zou leiden. Dat betekent dat de actor bepaalde zorgvuldigheidsnormen in acht moet nemen. Uit dit arrest volgt niet dat het belang van effectieve wetshandhaving ertoe noopt bij dit bestanddeel een lagere schuldgraad te eisen dan bij andere niet door opzet bestreken bestanddelen.

→

Het bovenstaande neemt niet weg dat de door Gritter voorgestane facetaansprakelijkheid in beginsel verdedigbaar is. Niet-utilitaristen zouden bij de interpretatie van schuld acht kunnen slaan op preventie, zolang maar voldaan is aan bepaalde minimumeisen (voldoende controle of voldoende laakbaarheid). Deze minimumeisen garanderen dat schuld niet rechtstreeks wordt afgeleid uit preventie, zoals bij Peters het geval is (de verdachte heeft schuld, aangezien het nuttig is hem te straffen). Het gaat vervolgens om een interpretatie van schuld die *over het geheel genomen* het meest utilitair is. Deze opvatting behelst dat men per delict, gegeven een bepaalde minimum schuldgraad, streeft naar een regelutilitaristische interpretatie van schuld. Zie paragraaf 3.3.3 over regelutilitarisme. Hoewel deze opvatting theoretisch verdedigbaar is, stuit zij op praktische bezwaren. Stel dat men zou vinden dat het belang van preventie meebrengt dat bij art. 5 WVV een lage schuldgraad volstaat. De gedachtegang is dat een hoge schuldgraad ertoe zou leiden dat te veel mensen de dans ontspringen. Laten we vervolgens kijken naar de op art. 5 WVV geënte bepaling van art. 5.3 Wet luchtvaart. In dat geval is goed denkbaar dat het genoeg nemen met een lage schuldgraad haaks staat op het belang van preventie. Het veiligheidsonderzoek in de luchtvaart is gebaat bij meldingen van incidenten. De perceptie dat gemakkelijk veroordeeld wordt voor art. 5.3 Wet luchtvaart kan een negatieve impact hebben op de meldingsbereidheid. Vgl. Schnitker 2006, 'De handhaving van de veiligheid van de luchtvaart in de Nederlandse rechtsorde, mede in relatie tot internationale en Europese regelgeving', p. 146-162 en 309-350. Het belang van preventie zou aldus kunnen nopen tot de opvatting dat alleen sprake is van avas-schuld als de actor opzettelijk gevaar heeft veroorzaakt. Rechtbank Haarlem 8 november 2002, LJN AF0088 overwoog met betrekking tot avas in art. 5.3 Wet luchtvaart dat "het verweer van de verdediging slechts kan slagen in de situatie dat betrokkenen geen enkel verwijt kan worden gemaakt." Heeft de rechtbank avas onjuist geïnterpreteerd als deze interpretatie disutilitair is? Kan preventie dicteren dat art. 5.3 Wet luchtvaart anders geïnterpreteerd moet worden dan art. 5 WVV?

Dezelfde problematiek doet zich voor bij medici. Er wordt algemeen aangenomen dat strafrechtelijk ingrijpen niet snel gerechtvaardigd is. Enerzijds zijn nauwelijks positieve effecten te verwachten (speciale of generale preventie). Anderzijds zijn negatieve effecten te verwachten (daling meldingsbereidheid met betrekking tot medische fouten en stigmatisering). Vgl. Sluyters 1989, 'De gezondheidszorg en het strafrecht. De delicten; bewijsproblemen. Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht'; Vincent, Stanhope & Crowley-Murphy 1999, 'Reasons for not reporting adverse incidents: an empirical study'; Smeehuijzen 2000, 'Strafrechtelijke vervolging van medisch beroepsbeoefenaren wegens dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld: uiterste terughoudendheid gepast'; Molen-dijk, Borst & Van Dolder 2003, 'Vergissen is menselijk. Blamefree melden doet transparantie toenemen'; Giard 2003, 'Meer veiligheid voor patiënten vereist vertrouwelijkheid bij het onderzoek naar medische fouten'; Legemaate 2004, 'Veilig melden. Wettelijk kader zo gek nog niet, mits...' Smeehuijzen concludeert na een analyse van strafdoelen in medische situaties dat vervolging voor dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld alleen gerechtvaardigd is bij een extreme fout van de beroepsbeoefenaar (roekeloosheid). Dat roept de vraag op wat de rechter moet doen als vervolgd wordt voor schuld niet bestaande in roekeloosheid. Moet deze gedachtegang, indien voor juist gehouden, geïncorporeerd worden in de interpretatie van schuld? Moeten bij medici hogere eisen aan schuld in art. 307 Sr worden gesteld dan bij bouwvallers? Moet een rechtbank die art. 9a Sr toepast eigenlijk vrijspreken van schuld?

Schuld heeft betrekking op de relatie tussen de actor en een in een bepaald delict omschreven gevolg. In dat opzicht is de interpretatie van schuld per definitie delictsafhanke-lijk. Het stuit naar mijn mening op praktische bezwaren van de rechter te eisen dat hij

→

bij deze retrospectieve afweging (relatie actor en gevolg) eveneens acht slaat op niet-retrospectieve factoren (effectieve wetshandhaving). Preventie noopt in sommige gevallen tot het eisen van een hoge schuldgraad (vermijden 'overdeterrence'); in andere gevallen noopt preventie tot het eisen van een lage schuldgraad (vermijden 'underdeterrence'). Zie paragraaf 3.4.7 en 3.5. Ik denk dat de rol van preventie op rechtspraakniveau in beginsel beperkt moet blijven tot de strafoplegging. Hierbij kunnen ook louter op het individu toegesneden overwegingen, zoals speciale preventie, een rol spelen. De relatie tussen effectieve wetshandhaving en strafrechtelijke aansprakelijkheid vormt de primaire verantwoordelijkheid van de wetgever. In paragraaf 3.5 heb ik betoogd dat het belang van preventie mede kan bepalen welke verschoningsgrond – avas, schuld, roekeloosheid, opzet of voorbedachte raad – op een delict van toepassing is. Het is aan de wetgever een inschatting van 'underdeterrence' en 'overdeterrence' te maken. De rechter kan zich vervolgens beperken tot een retrospectieve interpretatie van verschoningsgronden, waarbij preventie er niet toe noopt bij verschillende delicten een verschillende schuldgraad te eisen.

Hoofdstuk 4

Opzet

4.1 INLEIDING

Dit hoofdstuk over opzet beslaat vier uitgebreide paragrafen. In paragraaf 4.2 staan de wetsgeschiedenis en de doctrine centraal. Ik besteed hier aandacht aan de betekenis van het begrippenpaar ‘willen’ en ‘weten’. Dit begrippenpaar speelt een belangrijke rol bij het omlijnen van het opzet. Ik bespreek drie theorieën van opzet. (1) De cognitieve opzettheorie: Nieboer en Strijards. (2) De volitieve opzettheorie: Rimmelink. (3) De normatieve opzettheorie: Kelk, De Hullu en De Jong & Knigge. Elk van deze theorieën kent een verschillende betekenis toe aan ‘willen’ en ‘weten’.

In paragraaf 4.3 wordt uitgebreid aandacht besteed aan de normatieve opzettheorie. De proefschriften van Peters en Brouns zijn belangrijke exponenten van deze stroming. Volgens Peters is opzet de sociale betekenis die wordt toegekend aan de psycho-fysisch neutrale handeling van de actor. De psychische gesteldheid van de actor is daarbij irrelevant: opzet is een normatief begrip. Brouns is eveneens van mening dat opzet geen betrekking heeft op een geestesgesteldheid. Brouns verdedigt de opvatting dat de niet-psychische componenten ‘willen’ en ‘weten’ variëren van delict tot delict. Soms ligt de nadruk op ‘willen’; soms ligt de nadruk op ‘weten’. In paragraaf 4.3 behandel ik een aantal thema’s die volgens Peters of Brouns nopen tot de conclusie dat opzet een normatief begrip is. Ik bespreek de visie van de wetgever, opzet bij rechtspersonen, de bewijsbaarheid van psychisch opzet en opzet bij psychisch gestoorde. Ten slotte verdedig ik de opvatting dat opzet psychisch moet worden geïnterpreteerd. Ik besteed daarbij aandacht aan het verband tussen opzet enerzijds en de Rawlsiaanse straftheorie (controle) en het retributivisme (morele laaikbaarheid) anderzijds.

In paragraaf 4.4 bespreek ik drie paradigma’s van opzet: doelopzet, zekerheidsopzet en kansopzet. Bij doelopzet handelt de actor omdat hij wenst en verwacht dat het gevolg kan intreden. In paragraaf 4.4 staat de vraag centraal of zelfstandige betekenis toekomt aan het doelopzet. Kan doelopzet ook leiden tot doleuze aansprakelijkheid als de actor zich enkel bewust is geweest van een niet-aanmerkelijke kans? Deze vraag houdt verband met de katholieke ‘Doctrine of Double Effect’. Deze doctrine hecht morele waarde aan het feit dat de wil van de actor bij doelopzet gericht is op het slechte gevolg. Uiteindelijk kom ik tot de conclusie dat deze wilsrichting geen rol moet spelen bij de interpreta-

tie van opzet. Dat brengt mee dat kansopzet het centrale paradigma van het strafrecht vormt.

In paragraaf 4.5 wordt het kansopzet nader geanalyseerd. In deze paragraaf staat de vraag centraal welke psychische gerichtheden noodzakelijk zijn om van opzet in strafrechtelijke zin te kunnen spreken. Gaat het om ‘willen’, ‘weten’ of een combinatie van beide? Een andere belangrijke vraag heeft betrekking op het object van de psychische gerichtheid. Waar moet de psyche op gericht zijn om van helings- of doodslagopzet te kunnen spreken? Hier komt ook de vraag aan de orde wat moet worden verstaan onder een ‘aanmerkelijke kans’. Deze vragen worden beantwoord aan de hand van filosofische en psychologische inzichten. De belangrijkste conclusie is dat strafrechtelijk opzet herleid kan worden tot ‘weten’: ‘willen’ is geen noodzakelijke component van opzet.

4.2 DE ACHTERGROND VAN HET DEBAT: WETSGESCHIEDENIS EN DOCTRINE

4.2.1 Inleiding

Hieronder bespreek ik achtereenvolgens de wetsgeschiedenis en de doctrine met betrekking tot opzet. De wetsgeschiedenis geeft inzicht in het systeem dat ten grondslag ligt aan het Wetboek van Strafrecht. Bovendien is de doctrine het best te begrijpen tegen de achtergrond van de wetsgeschiedenis. In de doctrine wordt vaak aansluiting gezocht bij de wetsgeschiedenis. Zo is het gebruikelijk opzet te omlijnen aan de hand van het begrippenpaar ‘willen’ en ‘weten’. Deze traditie heeft haar oorsprong in de wetsgeschiedenis. Ik besteed daarom aandacht aan de rol die deze termen gespeeld hebben bij de ontstaansgeschiedenis van het wetboek.

Bij het bespreken van de doctrine maak ik onderscheid tussen drie theorieën van opzet. Achtereenvolgens bespreek ik de cognitieve opzettheorie, de volitieve opzettheorie en de normatieve opzettheorie. Een saillant punt is dat de verschillende theorieën alle teruggrijpen op de in de wetsgeschiedenis geïntroduceerde termen ‘willen’ en ‘weten’. Er worden echter verschillende betekenissen aan deze termen toegekend. De bespreking van de doctrine vormt de opmaat tot de rest van dit hoofdstuk. Daar staat de vraag centraal of opzet cognitief, volitief of normatief geïnterpreteerd moet worden.

4.2.2 Wetsgeschiedenis

Het huidige Wetboek van Strafrecht kwam in plaats van de sterk verouderde Code Pénal. Het eerste nationale wetboek, het Crimineel Wetboek 1809, moest al na twee jaar plaatsmaken voor de Code Pénal. Na het vertrek van de Fransen zijn verscheidene pogingen een nationale codificatie te bewerkstelligen op niets uitgelopen. In 1870 werd een Staatscommissie benoemd om een nieuw wetboek te ontwerpen. De Staatscommissie bood in 1875 het ontwerp van het

wetboek aan de Koning aan. Minister van Justitie Modderman, die lid was geweest van de Staatscommissie, slaagde er in 1881 in het wetboek door beide Kamers te loodsen. Op 1 september 1886 trad het wetboek in werking.

De notulen van de Staatscommissie en de memorie van toelichting geven inzicht in het systeem van het wetboek. In het wetboek wordt onderscheid gemaakt tussen misdrijven (boek 2) en overtredingen (boek 3). Dat roept de vraag op waarop dit onderscheid gebaseerd is. De memorie van toelichting stelt dat misdrijven rechtsdelicten zijn, terwijl overtredingen wetsdelicten betreffen.¹ Een misdrijf was reeds onrecht voordat de wetgever was overgegaan tot strafbaarstelling. Overtredingen werden pas onrecht nadat de wetgever was overgegaan tot strafbaarstelling. Opzet werd beschouwd als het normale vereiste van misdrijven.² Slechts bij hoge uitzondering was er ruimte voor culpose misdrijven.

De Staatscommissie heeft ervoor gekozen geen definitie van opzet in het wetboek op te nemen. De commissie achtte het voldoende de betekenis van opzet in de memorie van toelichting uiteen te zetten. Opzet wordt in de regel tot uitdrukking gebracht met het woord ‘opzettelijk’. Als het opzetvereiste voldoende duidelijk blijkt uit de aard van het feit en de woorden waarmee het omschreven wordt, dan wordt het opzet niet afzonderlijk uitgedrukt.³ Dat is bijvoorbeeld het geval bij het delict opruiing (art. 131 Sr): opzet ligt besloten in het woord ‘opruien’. Daarnaast wordt opzet soms uitgedrukt door andere woorden, zoals ‘wetende dat’ of ‘voornemen’.⁴ Het bestanddeel ‘oogmerk’ neemt een bijzondere plaats in. Het wordt veelal gebruikt om opzet op een niet tot de *actus reus* behorende gebeurtenis uit te drukken.⁵ Deze gebeurtenis hoeft niet gerealiseerd te worden: opzet op de gebeurtenis volstaat. Zo moet een vervalser het oogmerk hebben het geschrift als echt en onvervalst te gebruiken (art. 225 Sr). Er is ook voldaan aan de delictsomschrijving als de actor het geschrift niet heeft gebruikt. In andere gevallen wordt ‘oogmerk’ gebruikt om een eerder in de delictsomschrijving omschreven gedraging nader te kwalificeren.⁶ Bij diefstal (art. 310 Sr) moet het (opzettelijke) wegnemen gepaard gaan met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening.

In de memorie van toelichting wordt gesteld dat elke opzettelijke daad voorafgegaan wordt door een psychisch moment, een “dessein formé avant l’action”.⁷ Dat roept de vraag op waar dit psychische moment, het opzet van de actor, op gericht moet zijn. De Staatscommissie heeft zich intensief beziggehouden met de vraag of opzet gericht moest zijn op de strafbaarheid of de on-

¹ Smidt I, p. 63-65.

² Smidt I, p. 73-78.

³ Smidt I, p. 78.

⁴ Zie paragraaf 4.3.9 over ‘wetende dat’. ‘Wetende dat’ heeft slechts betrekking op een deel van het voor een delict vereiste opzet. Zie paragraaf 4.5.3.4.

⁵ Zie paragraaf 4.5.3.3 over de correspondentie tussen het opzet-object en de *actus reus*.

⁶ Vgl. Nieboer 1991, ‘Schets materieel strafrecht’, p. 158-162.

⁷ Smidt II, p. 460.

geoorloofdheid van het feit (boos opzet). Commissielid De Pinto wierp zich op een preadvies over opzet te schrijven. In zijn preadvies trekt De Pinto fel van leer tegen boos opzet.⁸ De Staatscommissie verwierpt boos opzet uiteindelijk met vier stemmen tegen een.⁹ Modderman, die aanvankelijk ook tegen was, gaat ten slotte akkoord mits het inzicht van de dader bij de strafuitsluitingsgronden aan de orde zou kunnen komen. De memorie van toelichting over opzet is grotendeels te herleiden tot het preadvies van De Pinto. De memorie van toelichting stelt buiten twijfel dat het opzet alleen gericht hoeft te zijn op de bestanddelen in de delictsomschrijving. Uitgangspunt daarbij is dat het opzet gericht is op de bestanddelen die volgen op het doleuze bestanddeel.¹⁰

Tot zover laat de wetsgeschiedenis weinig aan duidelijkheid te wensen over. Dat wordt anders als we de aandacht richten op de vraag hoe opzet moet worden ingevuld. Welke psychische betrekking moet bestaan tussen de actor en de bestanddelen waarop het opzet gericht is? De Pinto schrijft in zijn preadvies over opzet dat geleerdheid “een hoogst eenvoudig en natuurlijk begrip in een verbazenden staat van verwarring” heeft gebracht.¹¹ In de volgende paragraaf blijkt dat het opzetbegrip tegenwoordig nog steeds in staat van verwarring verkeert. Deze verwarring kan denk ik voor een groot deel herleid worden tot de weinig heldere wetsgeschiedenis.

De volgende uitlating van Modderman speelt een belangrijke rol in veel beschouwingen over opzet. “*Willen en weten* – op beide komt het aan, gelijk men dan ook in het dagelijksch leven, zeer terecht, ‘*opzettelijk*’ en ‘*willens en wetens*’ door elkander gebruikt.”¹² De termen ‘willen’ en ‘weten’ beheersen meer dan een eeuw na de inwerkingtreding van ons wetboek nog steeds de discussie over opzet. De opvatting dat opzet bestaat uit ‘willen’ en ‘weten’ wordt breed gedragen in de doctrine. Sommige auteurs leggen de nadruk op het ‘weten’. Andere auteurs leggen het primaat bij het ‘willen’. De terminologie heeft zich ook een vaste plaats verworven in het vocabulaire van de Hoge Raad. Een van de bekendste uitdrukkingen van voorwaardelijk opzet is ‘het willens en wetens aanvaarden van de aanmerkelijke kans’.

Hoewel de termen ‘willen’ en ‘weten’ tegenwoordig bijna vanzelfsprekend deel uitmaken van het juridische vocabulaire, was dat tijdens de bespreking in de Staatscommissie nog niet het geval. In de grotendeels aan het preadvies van De Pinto ontleende memorie van toelichting wordt nauwelijks ingegaan op de invulling van het opzet. Waar dat wel gebeurt, ligt de nadruk op het ‘willen’. De memorie van toelichting sluit aan bij de definitie van opzet uit het Crimineel

⁸ Notulen Staatscommissie, bijlage 5.

⁹ Notulen Staatscommissie I, p. 97.

¹⁰ Smidt I, p. 78.

¹¹ Notulen Staatscommissie, bijlage 5, p. 45-46. Deze passage is niet overgenomen in de memorie van toelichting.

¹² Smidt I, p. 81.

Wetboek 1809. “Opzet is de wil om te doen of te laten die daden, welke bij de wet geboden of verboden zijn.”¹³ Modderman merkt later op dat deze definitie niet volledig is, maar alleen zoveel uitdrukt als nodig is om te constateren dat de wetgever geen boos opzet vordert.¹⁴ De volgende passage uit de memorie van toelichting heeft het meest om het lijf.

“De strafwet omschrijft en verbiedt de handelingen en verzuimen die niet alleen – zelfs niet altijd – de regten van anderen krenken, maar die in het algemeen de maatschappelijke zamenleving aantasten. Om aan dat verbod klem bij te zetten, verbindt zij aan de overtreding een gevoelig leed, eene straf. Die straf, de krachtigste uiting van het staatsgezag, moet echter in den regel alleen hem treffen die de verboden handeling heeft te weeg gebracht willens en wetens. Die wil is het normaal subjectief vereischte van alle misdrijven. Alleen bij uitzondering – eene uitzondering, binnen enge grenzen te beperken – wordt eene daad als misdrijf (*delictum culposum*) aangemerkt ook al heeft de dader haar niet gewild. Men mag dus aannemen, en het zoude onnoodig zijn daarvoor een breed betoog te leveren, dat in den regel geen daad als misdrijf strafbaar moet worden gesteld dan die welke de uiting is van des daders bewuste en vrije wilsbepaling.”¹⁵

Met enige goede wil is het cognitieve aspect – het ‘weten’ – in deze passage te onderkennen. De uitdrukking ‘willens en wetens’ wordt en passant ten tonele gevoerd. Het volitieve aspect – het ‘willen’ – staat duidelijk op de voorgrond.¹⁶ De memorie van toelichting geeft hoegenaamd weinig aanleiding opzet in termen van ‘willen’ en ‘weten’ te definiëren. De nu bijna vanzelfsprekende opsplitsing van opzet in ‘willen’ en ‘weten’ is te danken aan minister Modderman. Het is Modderman geweest die het begrippenpaar ‘willen’ en ‘weten’ in de Kamer op de voorgrond plaatste.¹⁷ Hoewel Modderman de indruk wekt dat de termen aansluiten bij het spraakgebruik, blijkt dat bij nadere analyse niet het geval te zijn. Tijdens de behandeling in de Kamer praten de minister en de Kamerleden dikwijls langs elkaar heen. Kamerlid Corver Hooft merkt tijdens de beraadslaging op: “Ik verbeeld mij dat ik Nederduitsch versta, maar ik moet erkennen dat ik mij dan bij de uitlegging van dit wetsontwerp nog al eens vergist heb en aan de uitdrukkingen eene andere beteekenis gegeven heb dan uit de inlichtingen (...) van den Minister blijkt de juiste te zijn.”¹⁸

¹³ Smidt I, p. 74.

¹⁴ Smidt I, p. 83.

¹⁵ Smidt I, p. 76-77.

¹⁶ In het oorspronkelijke preadvies was het cognitieve aspect nog geheel afwezig. De uitdrukking ‘willens en wetens’ werd daar gevolgd door de zinsnede “met de bepaalde intentie om haar te weeg te brengen.” Daarnaast spreekt de memorie van toelichting van “bewuste en vrije wilsbepaling”, terwijl het preadvies sprak van “bepaalden en vrijen wil”. Zie Notulen Staatscommissie, bijlage 5, p. 46-47.

¹⁷ Vgl. Strijards 1983, ‘Facetten van dwaling in het strafrecht’, p. 76.

¹⁸ Smidt II, p. 29.

De spraakverwarring tussen de minister en Kamer kwam duidelijk naar voren bij de behandeling van de gemeengevaarlijke delicten. In het oorspronkelijk regeringsontwerp kon art. 157 sub 3 Sr (opzettelijk brandstichten etc., indien het feit iemands dood ten gevolge heeft) maximaal bestraft worden met een gevangenisstraf van vijftien jaar. De Commissie van Rapporteurs vond dit maximum te laag.¹⁹ Kamerlid Des Amorie van der Hoeven stelt dat dit strafmaximum niet hoog genoeg is voor boosdoeners die nog grotere minachting voor het menselijk leven hebben dan moordenaars.²⁰ In dergelijke gevallen moest een levenslange gevangenisstraf tot de mogelijkheden behoren. Centraal in de discussie staat het geval van Thomas van Bremershaven. Thomas van Bremershaven had het plan opgevat een schip op zee met man en muis tot ontploffing te brengen, zodat hij de verzekeringsuitkering op zou kunnen strijken.²¹ Volgens Des Amorie van der Hoeven was in dat geval geen sprake van moord. De volgende uitlatingen geven inzicht in de betekenis die hij aan opzet toekent.

“Het zijn namelijk die gevallen, waarin de misdadiger tot zich zelf moet zeggen: ‘ik weet *nagenoeg* zeker, al is het ook niet mijne eigenlijke bedoeling, dat, ten gevolge van mijn misdrijf, velen, misschien zeer velen om het leven zullen komen. Maar die overweging houdt mij in het minst niet terug. Het is niet mijn *opzet* die mensen te doen sterven; het zou mij onverschillig, welligt aangenaam zijn indien zij er het leven mogten afbrengen; maar sneven zij er bij, dan is het mij ook wel, althans ik laat mij daardoor niet van mijne misdaad terughouden.’”²²

“Welnu – een dief, een roover van beroep, wenscht een spoortrein te doen derailleren, *alleen met het doel* om te stelen. Het is niet zijn wensch dat daarbij *iemand* gedood worden zal; hij *hoopt* zelfs het tegendeel. Evenwel komen bij de ramp een groot aantal mensen om het leven.”²³

“Hier heeft men te doen met lieden, die opzettelijk uit politieke wraakzucht eene geheele stad in brand steken, zonder met zekerheid te weten, zonder zelfs de bedoeling te hebben dat iemand daarbij zal omkomen, maar toch wetende, *bijna met zekerheid*, dat niet een persoon, maar duizenden mensen daarvan de slagtoffers zullen wor-

¹⁹ Smidt II, p. 121.

²⁰ Smidt II, p. 123-126.

²¹ De kwestie deed zich voor in 1875. Het plan mislukte, omdat het kruitvat al in de haven tot ontploffing kwam. Een deel van de Kamerdiscussie gaat over de vraag of Thomas van Bremershaven opzet had op de dood van de mensen die hierbij omkwamen. Het gaat mij hier alleen om de vraag of opzet op de dood van de opvarenden kan worden aangenomen.

²² Smidt II, p. 123.

²³ Smidt II, p. 125.

den. En voor dit gruwelijkste aller misdrijven acht de Minister een maximum van 15 jaren gevangenisstraf voldoende!”²⁴

Als het niet iemands *bedoeling*, *opzet* of *wens* is dat mensen komen te overlijden, dan is volgens het Kamerlid geen sprake van moord. Er is dan geen opzet op de dood. Deze uitlatingen doen vandaag de dag wellicht enigszins curieus aan. Op de keper beschouwd zijn ze echter goed te begrijpen. In het dagelijks leven wordt onder ‘willen’ meestal ‘wensen’ of ‘bedoelen’ verstaan.²⁵ Wie alleen geïnteresseerd is in de verzekeringsuitkering, terwijl het lot van de opvarenden hem koud laat, *wil* de dood van de opvarenden niet. Volgens het Kamerlid is alleen sprake van opzet als iemand handelt om een bepaald doel te bereiken.²⁶ Minister Modderman wijst erop dat hij en het Kamerlid er een verschillende opvatting over opzet op nahouden. Dit verschil komt tot uiting in de interpretatie van ‘willen’. In de onderstaande passage over Thomas van Bremerhaven blijkt dat Modderman ‘willen’ op geheel eigen wijze interpreteert.

“Al had deze den dood van menschen niet *gewenscht*, hij had dien toch *gewild*. Iemand die willens en wetens een machine afzendt, bestemd om een schip midden in den Oceaan uit elkaar te doen springen, een schip, waarvan hij toch weten kan dat het niet zonder menschen den Oceaan bevaart, *wil* den dood van menschen, al mogt dan zijn hoofddoel een ander geweest zijn. Het tegendeel te beweren ware eene *protestatio actui contraria*.”²⁷

De Pinto wees er in zijn preadvies al op dat het begrip opzet gemakkelijk in een “verbazenden staat van verwarring” is te brengen.²⁸ Men kan zich afvragen of het niet juist de termen ‘willen’ en ‘weten’ zijn die voor veel verwarring hebben gezorgd. De sterk van het spraakgebruik afwijkende betekenis die de minister aan ‘willen’ toekent, geeft gemakkelijk aanleiding tot misverstand. Voor de minister staat ‘willen’ niet gelijk aan ‘wensen’ of ‘bedoelen’. Een dergelijke gelijkstelling berust volgens Modderman op verwarring tussen wil en motief.²⁹ In

²⁴ Smidt II, p. 125.

²⁵ Het ‘Groot woordenboek van synoniemen en andere betekenisverwante woorden’ bestempelt ze als synoniemen.

²⁶ Zie paragraaf 4.4.1 over doelopzet. Een actor heeft doelopzet op het veroorzaken van een gevolg als hij handelt omdat hij wenst dat het gevolg intreedt en voorziet dat zijn handeling het gevolg kan veroorzaken.

²⁷ Smidt II, p. 130.

²⁸ Notulen Staatscommissie, bijlage 5, p. 45-46.

²⁹ Smidt II, p. 217. Met betrekking tot art. 102 Sr zegt de minister: “In aansluiting aan hetgeen de heer Patijn heeft gezegd, constateer ook ik, dat de geachte afgevaardigde uit Zevenbergen, het dubbelzinnige woord ‘*bedoeling*’ gebruikende, hier opzet en motief verwacht. Hij, die in oorlogstijd, opzettelijk oproer of muiterij onder het krijgsvolk van den Staat te weeg brengt of bevordert, hij *heeft* den wil om den Staat te benadeelen, om de weerkracht van den Staat te verzwakken. Zijne bewering van het tegendeel ware eene *protestatio actui contraria*.” Zie ook Smidt II, p. 26-29.

de ogen van de minister staat ‘willen’ gelijk aan het besluit te handelen ondanks wetenschap. Het komt aan op willens handelen ondanks wetenschap.

Moddermans eigengereide interpretatie van opzet vond weinig weerklank in de Tweede Kamer. De minister vreesde dat sommige rechters de begrippen opzet en moord net zo eng op zouden vatten als de Commissie van Rapporteurs.³⁰ Hij besloot daarom het amendement van de Commissie van Rapporteurs toch over te nemen. Het gevolg daarvan was dat art. 157 sub 3 Sr met levenslange gevangenisstraf bestraft kon worden. Nog dezelfde dag deed de minister een andere concessie aan de Kamer. In het oorspronkelijk regeringsontwerp konden culpose delicten alleen bestraft worden met hechtenis en niet met gevangenisstraf. Culpose vergrijpen waren geen uiting van “zedelijke verdorvenheid” en brachten geen “booze hartstogt” aan het licht.³¹ Volgens de minister gaf het geen pas “iemand die uit onvoorzigtigheid een vergrijp pleegt, niet omdat hij een vijand is van de wet, maar alleen omdat hij geen vriendschap genoeg heeft voor de wet” met gevangenisstraf te straffen.³² De Commissie van Rapporteurs was echter van mening dat hechtenis een te lichte straf was voor roekeloosheid.³³ De commissie stelde daarom voor de rechter te laten kiezen tussen hechtenis of gevangenisstraf. Bij de bespreking van art. 158 Sr nam de minister het amendement van de commissie alsnog over. De minister stelde dat hij het amendement eigenlijk diende te bestrijden, omdat opzet en schuld zuiver theoretisch scherp van elkaar zijn af te scheiden. Maar omdat sommige juristen schuld noemden wat de minister voorwaardelijk opzet noemde, terwijl de wetenschap nog geen stellige uitspraak had gedaan over de ‘Mittelstufe’ tussen opzet en schuld, leek het de minister raadzaam de rechterlijke macht de keus te laten tussen hechtenis en gevangenisstraf.³⁴

Tijdens de beraadslagingen in de Eerste Kamer verweet Kamerlid Borsius de minister dat het overnemen van het amendement blijk gaf van hinken op twee gedachten en gebrek aan vertrouwen in de rechter.³⁵ Bovendien, als voorwaardelijk opzet onder opzet gerekend moest worden, dan zou dat moeten blijken uit de bepalingen die over opzet handelen. De minister meende dat hij deze verwijten het best kon pareren door in te gaan op de begrippen opzet en schuld.³⁶ En zo geschiedde het – ruime tijd nadat de Tweede Kamer de concessies van de minister had afgedwongen, naar aanleiding van een vraag over het

³⁰ Smidt II, p. 130-131.

³¹ Smidt I, p. 299.

³² Smidt I, p. 53.

³³ Smidt I, p. 306 en Smidt II, p. 134-135.

³⁴ Smidt II, p. 136.

³⁵ Smidt I, p. 203-205. Zie ook Smidt I, p. 86-87.

³⁶ Smidt I, p. 205.

strafstelsel, op de dag dat het wetboek door de Eerste Kamer werd aangenomen – dat voorwaardelijk opzet bij gevolgsdelicten voor het eerst ter sprake kwam!³⁷

“Onvoorwaardelijk opzet, dikwerf kortweg ‘opzet’ genoemd, is de wil met bewustheid gerigt op een bepaald misdrijf, d. w. z. op alle feitelijke elementen die tot zijn wezen behooren. Maar behalve dat meest gewone opzet is er nog een ander, dat men ‘voorwaardelijk opzet’ zou kunnen noemen; het bestaat wanneer wij niet regtstreeks den wil hadden gerigt op het misdrijf, doch, de mogelijkheid voorziende dat ons handelen of niet handelen (onverschillig of het reeds op zich zelf een ander misdrijf oplevert) zeker gevolg zal hebben of met zekere omstandigheden gepaard zal gaan, toch handelen of niet handelen zonder ons door die voorziene mogelijkheid te laten weerhouden. Dat gevolg of die omstandigheden heeft men dan eventueel in zijn wil opgenomen. (...) Iemand wil een huis in brand steken; zijn oogmerk reikt primitief niet verder dan om het in vlammen te doen opgaan. Intusschen verneemt hij dat zich in dat huis een zieke bevindt in zoodanigen toestand, dat het transport of de schrik waarschijnlijk den dood zal veroorzaken. Voor dat gevolg onverschillig, steekt hij toch het huis in brand. Als nu de zieke verbrandt of door het transport het leven verliest, dan zou ik voor mij den dader schuldig verklaren *niet* aan *brandstichting*, maar aan *moord*; al heeft hij den dood niet *gewenscht*, hij heeft hem eventueel *gewild*.”³⁸

Vervolgens geeft de minister een voorbeeld van een casus waarbij hij voorwaardelijk opzet aanneemt, terwijl een aantal leden van de Commissie van Rapporteurs slechts schuld wilden aannemen.

“Het geval dat mij steeds werd tegen geworpen was dit: stelt u voor iemand die, te paard gezeten, in woesten, wilden draf door de straten rijdt; voor zich ziet hij een hoop kleine kinderen, zoodat hij duidelijk kan begrijpen dat, als hij voortgaat, dit of dat kind onder de hoeven van het paard zal worden verpletterd. Stel u verder voor dat die persoon, daarvoor onverschillig, zonder zelfs den minsten voorzorgsmaatregel te nemen, of, waar ’t nog mogelijk was, op zij te gaan, eenvoudig doorrijdt en een kind doodt of kwetst. Is dan hechtenisstraf niet veel te ligt? Wel zeker, maar dat noem ik geen bewuste schuld meer, maar voorwaardelijk opzet. Als die woestaard niet de minste voorzorgsmaatregelen neemt, dan vraag ik niet of hij de voorziene uitkomst heeft *gewenscht*; maar ik zeg, dat hij ze *gewild* heeft en dat zijne ontkenning is eene *protestatio actui contraria*.”³⁹

³⁷ Smidt I, p. 87-89. In de Tweede Kamer ging de minister alleen kort in op voorwaardelijk opzet met betrekking tot omstandigheden. Zie Smidt I, p. 81-83.

³⁸ Smidt I, p. 87-88.

³⁹ Smidt I, p. 88.

Het valt op dat Modderman in de bovenstaande passages het begrip ‘willen’ opnieuw invult met cognitieve termen. Wie handelt terwijl hij *de mogelijkheid voorziet of begrijpt* dat zijn handeling een bepaald gevolg zal hebben, die heeft de uitkomst (eventueel) *gewild*. De in de Eerste Kamer verdedigde visie stemt overeen met de visie die Modderman als hoogleraar strafrecht uitdroeg. In een collegedictaat stelde hij dat voorwaardelijk opzet zich voordoet “wanneer de dader voor of bij het misdrijf het bewustzijn heeft van de mogelijkheid van een aanvankelijk niet door hem beoogd gevolg zijner handeling en hij daarvoor onverschillig de handeling toch aanvangt of voleindigt.”⁴⁰ Ook hier ligt de nadruk op het cognitieve aspect.

In de memorie van toelichting en de notulen van de Staatscommissie werd met geen woord gerept over voorwaardelijk opzet. Het is in dit verband interessant hoe de voormalige Staatscommissieleden Pols en De Pinto aankeken tegen Moddermans beschouwingen in de Eerste Kamer. In een artikel over opzet en schuld haalt hoogleraar strafrecht Pols stevig uit naar Modderman.⁴¹ In het ontwerp van de Staatscommissie was de scheidslijn tussen opzet en schuld volgens Pols scherp getrokken. Hij verwijt Modderman vage, onzekere wanbegrippen als voorwaardelijk opzet en bewuste schuld te introduceren, waardoor het leerstuk van opzet en schuld bedorven zou worden. Volgens Pols staat de ergste graad van schuld nog ver af van het opzet. Iemand die met een tweespan een voetganger overrijdt, omdat hij onbesuisd, zonder acht te slaan op de gevolgen, de tweespan door een drukke straat voortdrijft, heeft geen opzet. Een dergelijke daad heeft geen enkele overeenkomst met het opzettelijk iemand overrijden: het is onverdedigbaar haar als opzet toe te rekenen. Het behoeft nauwelijks betoog dat deze casus opmerkelijke gelijkenis vertoont met de casus waarbij Modderman voorwaardelijk opzet aannam. De Pinto, de opsteller van het preadvies over opzet, schaarde zich later achter Pols’ kritische beschouwingen over voorwaardelijk opzet.⁴² Pols’ promovendus De Geer laat zich in zijn proefschrift kritisch uit over Moddermans opvatting over voorwaardelijk op-

⁴⁰ Citaat ontleend aan Bosch 1965, ‘Het ontstaan van het wetboek van strafrecht’, p. 99.

⁴¹ Pols 1889, ‘Het begrip van strafbare handeling. Bijdrage tot de leer van opzet en schuld’.

⁴² De Pinto 1897, ‘Nederlandsche literatuur’. De Pinto schaarde zich eveneens achter de analyse van Noyon. Noyon 1896, ‘Het Wetboek van Strafrecht verklaard door mr. T.J. Noyon. Eerste deel. Inleiding. Boek I’, p. 4-5 stelt: “Sprak de Memorie van toelichting van niets meer dan opzet met verwerping van alle adjectiva, in den loop van de behandeling der wet is eene afwijking van het oorspronkelijke zuivere stelsel binnen geslopen toen de Minister van justitie begon te spreken van voorwaardelijk opzet, een opzet waarbij de dader de mogelijkheid van de gevolgen zijner daad voorzien heeft, maar die daad niettemin heeft bedreven, en mitsdien geacht wordt hare gevolgen te hebben gewild; een opzet alzoo dat op niets dan eene fictie berust, terwijl alle fictie in deze materie behoort te worden uitgesloten, ook naar de oorspronkelijke bedoeling van de ontwerpers der wet.” Noyon 1896, p. 5 stelt naar aanleiding van het hollende paard voorbeeld van Modderman: “Men kan tegenover deze ontboezeming, dunkt mij, de eenvoudige vraag stellen: is de man doorgereden om een kind te dooden of te kwetsen? Wordt die vraag ontkennend beantwoord, dan is er ook geen opzet.”

zet.⁴³ De Geer hekelt Moddermans cognitieve herdefiniëring van ‘willen’. “Zoo wordt de vraag van willen of niet-willen ten slotte beslist door de meerdere of mindere waarschijnlijkheid van het gevolg in het oog van den dader.”⁴⁴ Volgens De Geer moet de grens tussen opzet en schuld niet afhankelijk gesteld worden van de door de actor voorziene waarschijnlijkheid. Volgens hem is beslissend of de actor de daad ook zou hebben verricht als hij het gevolg met absolute zekerheid voorzien zou hebben. De door de actor voorziene waarschijnlijkheid is van ondergeschikt belang.

In de literatuur over opzet wordt regelmatig een beroep gedaan op de wetsgeschiedenis. Strijards stelt in zijn proefschrift dat opzet een psychisch begrip is. Brouns beweert in zijn proefschrift echter dat opzet *geen* psychisch begrip is. Beide auteurs beroepen zich hierbij op dezelfde wetsgeschiedenis.⁴⁵ Dergelijke aanspraken nopen ertoe het gebruik van de wetsgeschiedenis kritisch te toetsen. Ik wil nu stilstaan bij de meer algemene vraag of het in casu überhaupt mogelijk is een beroep te doen op de wetsgeschiedenis. Kan men zich bij de interpretatie van opzet met recht beroepen op de wil van de wetgever?

Het is de vraag wat verstaan moet worden onder ‘de wil van de wetgever’. Vergelijk de volgende twee uitspraken. (1) Anton wil een ijsje kopen. (2) De wetgever wil dat voorwaardelijk opzet onder het strafrechtelijk opzetbegrip valt. In de loop van dit hoofdstuk zal duidelijk worden dat ik meen dat termen als ‘willen’ kunnen verwijzen naar psychische verschijnselen. In de eerste zin vormt het woord ‘wil’ een uiting van de psychische betrekking tussen Anton en het object van zijn verlangen. Het zal duidelijk zijn dat de tweede zin niet op dergelijke wijze geduid kan worden. Er bestaat geen psychische betrekking tussen de wetgever en een bepaalde wijze van interpretatie. Nu zou men, door het psychische uitgangspunt te verabsoluteren, kunnen stellen dat niet zoiets bestaat als ‘de wil van de wetgever’. Ik geef echter de voorkeur aan een andere opvatting. Als voldaan is aan bepaalde randvoorwaarden, dan kan het gemakkelijk zijn te stellen dat sprake is van ‘de wil van de wetgever’. Het is een metafoor die de communicatie vergemakkelijkt. Het toeschrijven van een wil aan de wetgever veronderstelt bepaalde toeschrijvingsregels. Er bestaat echter geen consensus over de vraag welke toeschrijvingsregels gevolgd moeten worden. Ik ga er hier van uit dat ten minste voldaan moet zijn aan twee voorwaarden. De eerste voorwaarde heeft betrekking op de vraag welke wil heeft te gelden als de wil van de veelhoofdige wetgever. Ik zou willen aannemen dat de wil van de wetgever herleid moet worden tot de wil van de meerderheid van de veelhoofdige wetgever.⁴⁶ De tweede voorwaarde heeft betrekking op de realiteit van de wil. Ik ga uit van de opvatting dat de wetgever daadwerkelijk moet hebben be-

⁴³ De Geer 1895, ‘De grenslijn tusschen opzet en schuld’, p. 84-146.

⁴⁴ De Geer 1895, ‘De grenslijn tusschen opzet en schuld’, p. 101.

⁴⁵ In paragraaf 4.3.4 en 4.3.8.6 betoog ik dat Strijards gelijk heeft.

⁴⁶ Vgl. Marmor 1992, ‘Interpretation and legal theory’, p. 159-165. Marmor spreekt van ‘shared intentions’.

schikt over een bepaalde opvatting.⁴⁷ Dat betekent dat geen contrafactische wil geconstrueerd moet worden: wat zou de wetgever gewild hebben als hij nagedacht had over een bepaalde kwestie? Ik moet toegeven dat deze toeschrijvingsregels niet erg scherp omlijnd zijn. Ik beoog echter slechts een indicatie te geven met betrekking tot de vraag wanneer het gerechtvaardigd is de wetgever een wil toe te schrijven. Laat ik een voorbeeld schetsen van een geval waarbij zich dat voordoet. Er worden Kamervragen gesteld over de interpretatie van een wetsbepaling. De minister geeft zijn visie over de wijze van interpretatie. De Kamerfracties achten dit antwoord bevredigend en stemmen voor het wetsvoorstel. In een dergelijk geval lijkt het mij niet bezwaarlijk te spreken van de wil van de wetgever. Dit drukt uit dat de door de minister geventileerde visie breed gedragen wordt.

Laten we de wetsgeschiedenis met betrekking tot (voorwaardelijk) opzet eens afzetten tegen dit ideaaltypische referentiekader. (1) In de memorie van toelichting en de notulen van de Staatscommissie werd niet gesproken over voorwaardelijk opzet. Twee voormalige leden van deze commissie lieten zich kritisch uit over Moddermans ruime opvatting met betrekking tot opzet. (2) De Commissie van Rapporteurs ging uit van een beperkt opzetbegrip. Modderman bestrijdt deze visie, maar gaat akkoord met twee amendementen omdat hij vreesde dat rechters opzet eveneens beperkt op zouden vatten. (3) Pas in de Eerste Kamer, naar aanleiding van een vraag over het strafstelsel, gaat Modderman uitgebreid in op voorwaardelijk opzet. Het betreft een poging de Eerste Kamer duidelijk te maken dat de amendementen het stelsel van het wetboek niet veranderd hadden. (4) Op dezelfde dag wordt het wetboek *in zijn geheel* door de Eerste Kamer goedgekeurd. Er zijn geen aanwijzingen dat de interpretatiewijze van opzet daarbij een rol heeft gespeeld. Het spreekt voor zich dat de Tweede Kamer zich geen rekenschap heeft kunnen geven van Moddermans beschouwingen.

De belangrijkste kenbron van de wetsgeschiedenis is Smidts 'Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht'. De memorie van toelichting over opzet en Moddermans belangrijkste beschouwingen over opzet zijn hier bij elkaar geplaatst. Daardoor kan de context van zijn uitlatingen gemakkelijk uit het oog worden verloren. Moddermans uitlatingen krijgen dan al gauw het predikaat 'wil van de wetgever' opgedrukt. Als Moddermans beschouwingen in de oorspronkelijke context worden geplaatst, dan wordt echter duidelijk dat zijn beschouwingen allerminst als wil van de wetgever kunnen worden beschouwd.⁴⁸

⁴⁷ Vgl. Marmor 1992, 'Interpretation and legal theory', p. 165-172.

⁴⁸ Daarmee wil ik niet suggereren dat geen waarde zou mogen worden toegekend aan de beschouwingen van Modderman. Vranken 1995, 'Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel', p. 99-100 stelt dat de wetsgeschiedenis de status van een eerste commentaar heeft, waarvan het gezag afhangt van de kracht van de argumenten. Het gaat met andere woorden niet om de autoriteit, maar om de validiteit van de argumenten. Men zou aldus kunnen menen dat Modderman (dus niet de wetgever) in de Eerste Kamer een valide theorie ontvouwt over de wijze waarop het

→

De wetsgeschiedenis met betrekking tot opzet is ver verwijderd van het boven geschetste ideaaltypische referentiekader. Dat brengt mee dat men zeer voorzichtig moet zijn opvattingen over opzet te herleiden tot de wil van de wetgever. Nieboer, die de wetsgeschiedenis over opzet zorgvuldig bestudeerd heeft, komt tot de volgende conclusie.

“Ik wil voorop stellen dat de wetgever naar mijn mening geen goed doordacht en afgerond opzetbegrip voor ogen heeft gehad en dat dus bij de historische interpretatie grote terughoudendheid past, omdat men anders het gevaar loopt de wetgever iets te laten zeggen waaraan hij nooit heeft gedacht.”⁴⁹

Witteveen vestigt de aandacht op het retorische karakter van het wetsgeschiedenisargument.⁵⁰ Passages die steun bieden aan een bepaalde opvatting worden strategisch voor het voetlicht gebracht. Het zal duidelijk zijn dat de wetsgeschiedenis met betrekking tot opzet zich goed leent voor selectieve argumentatie. De wetsgeschiedenis biedt voor ieder wat wils.⁵¹ In de volgende paragraaf bespreek ik een aantal verschillende visies met betrekking tot opzet. Volstrekt verschillende opvattingen worden daarbij herleid tot de wil van de wetgever. De onderhavige paragraaf laat zien dat deze aanspraken op zijn minst kritisch moeten worden getoetst.

4.2.3 De Nederlandse doctrine: drie theorieën van opzet

4.2.3.1 Inleiding

In deze paragraaf bespreek ik een drietal visies met betrekking tot opzet. Ik beperk mij tot een aantal handboeken die verschenen zijn tussen 1991 en 2003. Deze handboeken geven naar mijn mening een goed beeld van hoe over opzet gedacht kan worden. De handboeken vertonen een aantal relevante overeenkomsten. (1) Er wordt regelmatig teruggerepen op de wetsgeschiedenis. (2) Er wordt beoogd een beschrijving van het positieve recht te geven. (3) Opzet wordt gedefinieerd in termen van ‘willen’ en ‘weten’. De argeloze lezer kan gemakkelijk de indruk krijgen dat consensus bestaat over de invulling van het opzet. Dat is echter niet het geval. In deze paragraaf tracht ik inzichtelijk te

begrip opzet geïnterpreteerd moet worden. De in de volgende paragraaf te bespreken cognitieve opzettheorie van Nieboer en Strijards is in lijn met de beschouwingen van Modderman.

⁴⁹ Nieboer 1978, ‘Wetens en willens’, p. 21.

⁵⁰ Witteveen 1988, ‘De retoriek in het recht. Over retorica en interpretatie, staatsrecht en democratie’, p. 339-344.

⁵¹ Wald 1983, ‘Some observations on the use of legislative history in the 1981 Supreme Court term’, p. 214 stelt: “It sometimes seems that citing legislative history is still, as my

maken dat ‘willen’ en ‘weten’ soms op volstrekt verschillende wijze worden ingevuld. Deze verschillen komen tot uiting bij het bepalen van de ondergrens van opzet. Ik concentreer mij daarom op de afbakening van het voorwaardelijk opzet.

Ik onderscheid drie theorieën van opzet: de cognitieve, volitieve en normatieve opzettheorie. Het koppelen van een visie aan een theorie vereist interpretatie. De consequenties van een bepaald uitgangspunt worden door de auteurs zélf niet altijd doorgedacht. Ik neem hier de vrijheid dat wel te doen. Het doel van deze paragraaf is de verschillende opzettheorieën zo scherp mogelijk tegen elkaar af te zetten. Dat brengt mee dat niet altijd recht gedaan kan worden aan de nuances die de auteurs aanbrengen. Dat geldt met name als meerdere auteurs onder één theorie worden gebracht.

4.2.3.2 *De cognitieve opzettheorie: Nieboer en Strijards*⁵²

Nieboer en Strijards zien opzet als een psychisch begrip. Nieboer accentueert de cognitieve component van het opzet: ‘kennen’, ‘beseffen’, ‘zich realiseren’, ‘gebruiken van informatie’. Opzet drukt uit dat de persoon zijn gedraging doorzet, terwijl hij de mogelijke gevolgen ervan beseft. Wie dát beseft en toch niet ophoudt, die *wil*. “Kortom: weten + tòch doen = willen doen.”⁵³ Ook Strijards benadrukt de cognitieve strekking van het opzet: het duidt op wat de actor heel goed wist toen hij de gedraging beging. ‘Desbewustheid’ is een synoniem van opzet. Strafbaar opzet komt neer op desbewustheid van de causale strekking van de gestelde daad. Bij Strijards vervult ‘willen’ eveneens een afhankelijke rol. Strijards stelt dat het wilsmoment klakkeloos schijnt te volgen uit de desbewustheid. Als de rechter desbewustheid aanneemt, dan concludeert hij daaruit dat de actor de gedraging *dus* ook heeft gewild.

Welke implicaties heeft de cognitieve opzettheorie voor de ondergrens van het opzet? De ondergrens laat zich gemakkelijk afleiden uit twee stellingen van de theorie. (1) ‘Weten’ heeft een psychische betekenis. (2) ‘Willen’ is afhankelijk van ‘weten’. Als deze twee stellingen worden toegepast op voorwaardelijk opzet, dan volgt dat de ondergrens van opzet scharniert om de bewustheid van de aanmerkelijke kans. Een actor heeft voorwaardelijk opzet op het veroorzaken van een gevolg als hij handelt terwijl hij voorziet dat een aanmerkelijke kans bestaat dat zijn handeling het gevolg zal veroorzaken.⁵⁴ Een actor die de aanmerkelijke kans op een gevolg voorziet en tóch handelt, die heeft gewild. Bewustheid van een minder dan aanmerkelijke kans volstaat dus niet voor opzet. Wie zich niet bewust is van een aanmerkelijke kans, heeft niet

late colleague Harold Leventhal once observed, akin to ‘looking over a crowd and picking out your friends.’”

⁵² Nieboer 1991, ‘Schets materieel strafrecht’, p. 145-182 en Strijards 1992, ‘Hoofdstukken van materieel strafrecht’, p. 111-134.

⁵³ Nieboer 1991, ‘Schets materieel strafrecht’, p. 155.

⁵⁴ Zie paragraaf 4.4.1 over kansopzet.

gewild. In de cognitieve opzetheorie wordt opzet begrensd door ‘weten’ en ‘willen’. Aangezien ‘willen’ berust op ‘weten’ kan wellicht het best gesteld worden dat opzet scharniert om het ‘weten’. De wilcomponent vervult geen zelfstandige functie.

4.2.3.3 *De volitieve opzetheorie: Rimmelink*⁵⁵

Volgens Rimmelink is opzet een inwendig, psychisch proces. Anders dan Nieboer en Strijards kent Rimmelink het primaat toe aan de wil.⁵⁶ De tegenstelling tot de culpa zou daardoor het scherpst uitkomen. Volgens Rimmelink is ‘willen’ meer dan ‘menen’, ‘wensen’ en ‘hopen’. ‘Willen’ en ‘wensen’ liggen wel in elkaars buurt, maar ‘willen’ is resoluter. Men kan maar één ding tegelijk willen, maar men kan tegelijkertijd verschillende, soms tegengestelde zaken wensen. ‘Weten’ moet gelijkgesteld worden met ‘begrijpen’, ‘beseffen’ of ‘zich van iets bewust zijn’.

Voorwaardelijk opzet doet zich voor als de actor voor zichzelf heeft uitgemaakt dat hij zijn handeling wil, ook indien daaraan dat overigens niet-begeerde gevolg mocht blijken vast te zitten. Als hij desnoods dit gevolg wil, liever dan afzien van zijn daad, dan is zijn opzet ook op dit gevolg gericht. Bewuste schuld is aanwezig als de actor het funeste gevolg wél denkt, maar zijn daad toch aandurft, omdat hij in de verwezenlijking daarvan niet gelooft en haar zou nalaten als hij het intreden wél verwachtte.

“Dit kan het geval zijn bij een automobilist, die met grote snelheid door een drukke straat rijdt om zijn trein nog te halen. De mogelijkheid van een aanrijding flitst door zijn brein, maar wordt teruggedrongen door de overweging, dat hij het al zo dikwijls deed zonder ongelukken, dat immers het verkeer goed geregeld is en dat juist bij drukte iedereen goed oplet, enz. Overrijdt hij dan toch iemand, dan is er plaats voor het aannemen van bewuste culpa. Rijdt hij zo snel, omdat hij door de politie achtervolgd wordt en à tout prix ontkomen wil, dan is bij een aanrijding opzet aanwezig te achten. Dat gevolg neemt hij op de koop toe, die prijs betaalt hij, mits hijzelf maar ontkomt. (...) Bij voorwaardelijk opzet is het wilselement geheel aanwezig; het kenniselement is echter afgezwakt tot een slechts beseffen van de mogelijkheid van een gevolg. Bij bewuste culpa is het weten hetzelfde, maar het wilselement ontbreekt geheel.”⁵⁷

⁵⁵ Rimmelink 1996, ‘Mr. D. Hazewinkel-Suringa’s inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht’, p. 201-241.

⁵⁶ Rimmelink beroept zich hierbij op Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’. Dat is opmerkelijk, omdat Brouns nu juist betoogt dat ‘willen’ en ‘weten’ geen betrekking hebben op een inwendig, psychisch proces.

⁵⁷ Rimmelink 1996, ‘Mr. D. Hazewinkel-Suringa’s inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht’, p. 205.

Het is nu de vraag welke consequenties Remmelinks theorie heeft voor de ondergrens van het opzet. Volgens Remmelink is ‘weten’ gelijk aanwezig bij bewuste schuld en voorwaardelijk opzet. Dit markeert een belangrijk verschil met de cognitieve opzetteorie van Nieboer en Strijards. Volgens de cognitieve opzetteorie is ‘weten’ bij voorwaardelijk opzet en schuld *niet* in gelijke mate aanwezig. Dit verschil wordt verklaard door een andere interpretatie van ‘weten’. Het door Remmelink opgevoerde voorbeeld van de automobilist die zijn trein wil halen, kan als illustratie dienen. De automobilist denkt aan het funeste gevolg, maar durft zijn daad toch aan omdat hij in de verwezenlijking daarvan niet gelooft. De gedachte aan een aanrijding wordt teruggedrongen door andere overwegingen (in het verleden ging het altijd goed etc.). De cognitieve opzetteorie kan als volgt op deze casus toegepast worden. Er is geen sprake van ‘weten’, want de actor was zich tempore delicti niet bewust van de aanmerkelijke kans op het gevolg.⁵⁸ Daaruit volgt tevens dat geen sprake kan zijn van ‘willen’, want ‘willen’ veronderstelt de aanwezigheid van ‘weten’. De volitieve opzetteorie komt tot een andere duiding van de casus. Het feit dat de actor niet *geloof*t in de verwezenlijking van het gevolg, heeft kennelijk geen weerslag op het ‘weten’. ‘Weten’ doet zich voor als de actor op enig moment heeft beseft dat een gevolg kan intreden, al verwerpt hij die mogelijkheid later als onwaarschijnlijk. Het zal duidelijk zijn dat de grens tussen opzet en schuld niet via het ‘weten’ getrokken kan worden. ‘Weten’ en ‘willen’ staan – anders dan bij de cognitieve opzetteorie – niet in een logische relatie tot elkaar. Dat betekent dat ‘weten’ en ‘willen’ los van elkaar vastgesteld moeten worden.

In de volitieve opzetteorie fungeert ‘willen’ als onderscheidingscriterium tussen opzet en schuld. Het is lastig vast te stellen wat Remmelink verstaat onder ‘willen’. Een culpose actor *zou* de gedraging nalaten als hij het intreden wél verwachtte. Een doleuze actor is bereid de prijs van de aanrijding te betalen, mits hij zelf maar ontkomt. Hij wil nog liever de dood van een voetganger, dan dat hij zelf niet kan ontkomen. Het lijkt erop dat ‘willen’ bij Remmelink sterk moreel geladen is. Het gaat om de houding die de actor inneemt tegenover het gevolg. Een culpose actor zou het verschrikkelijk vinden als een voetganger omkwam: hij wil de dood van de voetganger niet. Een doleuze actor daarentegen staat onverschillig tegenover het leven van de voetganger: hij wil zijn dood. De culpose actor hoopt op een goede afloop; de doleuze actor aanvaardt het gevolg.

Het is belangrijk in te zien dat het verschil tussen opzet en schuld berust op de uitkomst van een contrafactische afweging van de actor. De doleuze actor *zou* de gedraging ook doorzetten als hij het gevolg verwachtte. Die hieruit

⁵⁸ Dit verklaart tevens waarom Nieboer en Strijards weinig op hebben met de term ‘bewuste schuld’. Het kenmerk van schuld is in hun optiek nu juist dat de voor opzet vereiste bewustheid ontbreekt.

blijkende grove onverschilligheid rechtvaardigt het aannemen van opzet.⁵⁹ Volgens Rummelink moet de wilsrichting bij opzet positief gericht zijn op het gevolg. “Naar onze mening is van opzet sprake, als de dader voor zichzelf heeft uitgemaakt, dat hij zijn handeling wil, ook indien daaraan dat overigens niet begeerde gevolg mocht blijken vast te zitten (...).”⁶⁰ Als dit opgevat mag worden als een minimumeis voor voorwaardelijk opzet, dan heeft dat twee consequenties. (1) Er is geen sprake van opzet als de actor voor zichzelf heeft uitgemaakt dat hij de handeling *niet wil* als het gevolg zou intreden. (2) Er is geen sprake van opzet als de actor *niet voor zichzelf heeft uitgemaakt* of hij de handeling wil als het gevolg zou intreden. In het eerste geval is de wil gericht op het niet-intreden van het gevolg: de actor hoopt dat het gevolg niet intreedt. In het tweede geval is überhaupt geen sprake van een wilsrichting: de actor denkt gewoonweg niet na over zijn houding met betrekking tot het contrafactische scenario. De laatste variant kan zich heel wel voordoen. Het ligt niet zonder meer voor de hand dat iemand die niet gelooft in de verwezenlijking van een gevolg, zich nochtans afvraagt of hij dat gevolg wil als hij het intreden wél zou verwachten.

Voor de volitieve opzettheorie geldt dat de grens van opzet zowel bij het ‘willen’ als het ‘weten’ ligt. Bij voorwaardelijk opzet moet aan twee voorwaarden voldaan zijn. (1) De actor moet het gevolg in ieder geval gedacht hebben (‘weten’). (2) De actor moet voor zichzelf uitgemaakt hebben dat hij het gevolg wil (‘willen’). Aangezien ‘weten’ zich in gelijke mate kan voordoen bij bewuste schuld, kan het best gesteld worden dat opzet scharniert om het ‘willen’. De essentie van opzet wordt gevormd door de wilscomponent.

4.2.3.4 De normatieve opzettheorie: Kelk, De Hullu en De Jong & Knigge⁶¹

De opvattingen van Kelk, De Hullu en De Jong & Knigge schaar ik onder de normatieve opzettheorie. Alle auteurs nemen in meerdere of mindere mate afstand van het klassieke, psychische opzetbegrip dat boven besproken is. Het

⁵⁹ Zie ook Rummelink 1975, ‘Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht’, p. 147-155. Rummelink 1975, p. 152 stelt: “Het grote verschil immers blijft, dat bij bewuste schuld de handeling alleen daarom gedaan wordt, omdat men de kans verwerpt, haar gelijk nul acht, terwijl bij voorwaardelijk opzet de handeling wordt gedaan met aanvaarding van 100% verwezenlijking van de kans.” Zie ook Michaels 1998, ‘Acceptance: the missing mental state’. Michaels’ visie is vergelijkbaar met die van Rummelink. Hij voert retributieve en utilitaristische redenen aan om ‘acceptance’ onder ‘recklessness’ te scharen. Zie ook Simons 2002, ‘Does punishment for ‘culpable indifference’ simply punish for ‘bad character’? Examining the requisite connection between mens rea and actus reus’ over de relatie tussen ‘culpable indifference’ en ‘the cognitive counterfactual criterion’.

⁶⁰ Rummelink 1996, ‘Mr. D. Hazewinkel-Suringa’s inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht’, p. 205. Zie ook Rummelink 1996, p. 232.

⁶¹ Kelk 1998, ‘Studieboek materieel strafrecht’, p. 163-220; De Hullu 2000, ‘Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands

pad voor de normatieve benadering is geëffend door de proefschriften van Ter Heide, Peters en Brouns. Ter Heide stelt dat onder opzet in juridische zin iets anders is te verstaan dan onder opzet in psychologische zin.⁶² Hij spreekt in dat verband van opzet in normatieve zin. Ter Heide definieert opzet als volgt: “risico nemen, behoren te weten, of de kans scheppen die een normaal mens niet zou scheppen”.⁶³ Deze opvatting vormt een duidelijke breuk met het klassieke strafrecht. Vanuit het klassieke referentiekader duidt deze definitie eerder op schuld.⁶⁴ Peters is eveneens van mening dat opzet een normatief begrip is.⁶⁵ Volgens Peters is niet van belang wat de actor gewild of geweten heeft. Opzet is de sociale betekenis die wordt toegekend aan de psycho-fysisch neutrale handeling van de actor. De psychische gesteldheid van de actor is daarbij irrelevant: opzet is een normatief begrip. Brouns’ visie met betrekking tot opzet blijkt uit de eerste drie stellingen van zijn proefschrift.⁶⁶ (1) Opzet is niet alleen ‘weten’, maar ook ‘willen’. (2) Opzet is geen geestesgesteldheid. (3) Opzet differentieert zich inhoudelijk naar gelang het delict waarvan het bestanddeel is. Brouns houdt vast aan het klassieke begrippenkader, maar pleit voor een niet-psychische invulling van ‘willen’ en ‘weten’.⁶⁷ Volgens Brouns varieert de inhoud van ‘willen’ en ‘weten’ van delict tot delict.

De visies van Kelk, De Hullu en De Jong & Knigge kunnen het best geduid worden tegen de achtergrond van het boven beschreven referentiekader. Kelks woordkeuze verraadt de invloed van Peters. De Hullu en De Jong & Knigge leunen meer op Brouns. Alle auteurs verwerpen de opvatting dat opzet een volledig psychisch begrip is. Ze houden echter vast aan het klassieke begrippenkader. ‘Willen’ en ‘weten’ zijn juridische begrippen die normatief worden ingevuld. Het gaat om een evenwicht tussen normatieve en psychische momenten. Wat de actor allemaal heeft gewild of geweten is irrelevant, wanneer komt vast te staan dat zijn handelen doelgericht is geweest. Alle auteurs menen – op geleide van Brouns – dat ‘willen’ en ‘weten’ kunnen variëren van delict tot delict. In het ene geval ligt de nadruk op het ‘willen’, in het andere geval op het ‘weten’. Anders dan bij Nieboer en Strijards’ cognitieve opzettheorie bestaat dus geen logische relatie tussen ‘weten’ en ‘willen’. ‘Weten’ en ‘willen’ kunnen onafhankelijk van elkaar vastgesteld worden.

recht’, p. 193-265; De Jong & Knigge 2003, ‘Ons strafrecht deel 1. Het materiële strafrecht’, p. 97-139.

⁶² Ter Heide 1965, ‘Vrijheid. Over de zin van de straf’.

⁶³ Ter Heide 1965, ‘Vrijheid. Over de zin van de straf’, p. 140.

⁶⁴ In Rammelinks exemplaar van Ter Heides proefschrift is het woord ‘behoren’ omcirkeld. In de kantlijn staat vermeld: “culpa!?”

⁶⁵ Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’.

⁶⁶ Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’.

⁶⁷ Brouns beroept zich hierbij overigens op de wetgeschiedenis. De niet-psychische invulling van opzet zou sporen met de visie van de wetgever. In paragraaf 4.3.4 en 4.3.8.6 bestrijd ik deze opvatting.

Het is moeilijk aan te geven waar de ondergrens van het opzet ligt bij de normatieve opzetteorie. Alle auteurs omlijnen het opzet aan de hand van voorbeelden die een sterk psychische inslag hebben. Er wordt gesproken van ‘het voorzien van een gevolg’, ‘het voor lief nemen van de dood’ of ‘het accepteren van een risico’. Zo kan gemakkelijk de indruk ontstaan dat de auteurs een psychisch opzetbegrip voorstaan. Men dient echter te bedenken dat de auteurs ‘willen’ en ‘weten’ op normatieve wijze invullen. Dat betekent dat ‘willen’ en ‘weten’ niet noodzakelijkerwijs betrekking hebben op psychische gesteldheden. Personen die ‘willen’ en ‘weten’ in psychische zin, zullen doorgaans ook wel ‘willen’ en ‘weten’ in normatieve zin. Anderzijds geldt dat personen die *niet* ‘willen’ en ‘weten’ in psychische zin, tóch kunnen ‘willen’ en ‘weten’ in normatieve zin.

De normatieve opzetteorie is in één opzicht ruimer dan de boven besproken theorieën. Een psychische gesteldheid is immers geen noodzakelijke voorwaarde voor opzet. Dat neemt niet weg dat de normatieve opzetteorie in andere opzichten minder ruim kan zijn. Een psychische gesteldheid die in een van de bovenstaande theorieën als opzet geldt, hoeft niet altijd opzet op te leveren. Het is niet mogelijk algemene uitspraken over de ondergrens van het opzet te doen, aangezien de auteurs geen criteria voor de afbakening van opzet specificeren. De nadruk ligt in sommige gevallen op het ‘willen’; in andere gevallen ligt de nadruk op het ‘weten’. Dat betekent dat hetzelfde geldt voor de grens tussen opzet en schuld: het varieert van geval tot geval.

4.2.3.5 *Besluit: opzet en Humpty Dumpty*

In Lewis Carrolls boek ‘Alice in Wonderland’ ontmoet Alice een eivormig schepsel dat luistert naar de naam Humpty Dumpty. Humpty Dumpty probeert Alice ervan te overtuigen dat het beter is cadeautjes te krijgen wanneer het niet je verjaardag is (un-birthday presents) dan op je verjaardag (birthday presents).

‘(...) and that shows that there are three hundred and sixty-four days when you might get un-birthday presents –’
 ‘Certainly,’ said Alice.
 ‘And only *one* for birthday presents, you know. There’s glory for you!’
 ‘I don’t know what you mean by «glory,»’ Alice said.
 Humpty Dumpty smiled contemptuously. ‘Of course you don’t – till I tell you. I meant «there’s a nice knock-down argument for you!»’
 ‘But «glory» doesn’t mean «a nice knock-down argument,»’ Alice objected.
 ‘When *I* use a word,’ Humpty Dumpty said, in rather a scornful tone, ‘it means just what I choose it to mean – neither more nor less.’
 ‘The question is,’ said Alice, ‘whether you *can* make words mean so many different things.’

‘The question is,’ said Humpty Dumpty, ‘which is to be master – that’s all.’⁶⁸

Het dispuut over de afbakening van opzet heeft veel weg van het gesprek tussen Humpty Dumpty en Alice. De vertegenwoordigers van de diverse stromingen definiëren opzet allen in termen van ‘willen’ en ‘weten’. Elke stroming kent daar echter haar eigen betekenis aan toe. Deze spraakverwarring begon al tijdens de Kamerbehandeling van het Wetboek van Strafrecht. Kamerlid Des Amorie van der Hoeven definieerde ‘willen’ – overeenkomstig het spraakgebruik – als ‘wensen’ of ‘bedoelen’. Volgens minister Modderman berustte een dergelijke gelijkstelling op verwarring tussen wil en motief. Wie handelt terwijl hij de mogelijkheid voorziet dat zijn handeling een bepaald gevolg zal hebben, die heeft de uitkomst (eventueel) gewild. Nieboer en Strijards definiëren ‘willen’ eveneens met cognitieve termen. Het ‘willen’ hangt af van het ‘weten’. Bij R Emmelink kunnen ‘willen’ en ‘weten’ los van elkaar vastgesteld worden. ‘Weten’ is gelijk aanwezig bij bewuste schuld en voorwaardelijk opzet. ‘Willen’ vormt een uitdrukking van de actors onverschilligheid ten aanzien van het gevolg. De actor moet voor zichzelf uitgemaakt hebben dat hij zijn handeling wil, ook indien daaraan dat gevolg mocht blijken vast te zitten. Kelk, De Hullu en De Jong & Knigge geven een normatieve invulling aan ‘willen’ en ‘weten’. Iemand bij wie geen sprake is van ‘willen’ en ‘weten’ in psychische zin, kan tóch ‘willen’ en ‘weten’ in normatieve zin.

De drie besproken opzettheorieën maken zich alle in meerdere of mindere mate schuldig aan Humpty Dumptyisme: ‘willen’ of ‘weten’ wordt gebruikt op een wijze die afwijkt van het spraakgebruik.⁶⁹ Dat komt, en dan druk ik het zacht uit, de inzichtelijkheid niet ten goede. In de Nederlandse opzetliteratuur ligt begripsverwarring voortdurend op de loer. Men dient zich altijd af te vragen of er wel staat wat er staat. Het achterhalen van de aan een visie ten grondslag liggende vooronderstellingen is van groot belang. Een rationele discussie is pas mogelijk indien men weet waarover men precies van mening verschilt.⁷⁰ Deze paragraaf kan beschouwd worden als een eerste stap in die richting.

⁶⁸ Carroll 1971, ‘Alice’s adventures in Wonderland and through the looking-glass and what Alice found there’, p. 190. In een boek over logica schaarst Carroll zich achter de opvatting van Humpty Dumpty. Carroll 1958, ‘Symbolic logic and the game of logic’, p. 166 stelt: “I maintain that any writer of a book is fully authorised in attaching any meaning he likes to any word or phrase he intends to use. If I find an author saying, at the beginning of his book, ‘Let it be understood that by the word *black* I shall always mean *white*, and that by the word *white* I shall always mean *black*,’ I meekly accept his ruling, however injudicious I may think it.”

⁶⁹ Wiktionary definieert ‘Humpty Dumptyism’ als volgt: “the insistence on a meaning of a word that is not generally accepted by others”.

⁷⁰ Vgl. Alexy 1983, ‘Theorie der Juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung’, p. 234-238 en Groenhuijsen 1987, ‘Straf en wet. Beschouwingen over de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het hedendaagse strafrecht, tegen de achtergrond van actuele legitimatieproblemen’, p. 39-43. Zie

→

4.2.4 Besluit en vooruitblik

In het voorgaande is een beeld geschetst van de wetsgeschiedenis en de doctrine met betrekking tot opzet. In de doctrine wordt regelmatig een beroep gedaan op de wetsgeschiedenis. Het door Modderman op de voorgrond geplaatste begrippenpaar ‘willen’ en ‘weten’ vervult een spilfunctie in de doctrine. De drie besproken stromingen geven ieder echter een verschillende invulling aan deze termen. Het is in dit verband interessant dat alle auteurs een beschrijving van het positieve recht beogen te geven. Dat betekent dat de jurisprudentie van de Hoge Raad kennelijk op verschillende manieren geïnterpreteerd kan worden.

De besproken handboeken zijn inmiddels in meerdere of mindere mate verouderd. De Hoge Raad heeft de laatste jaren veel arresten met betrekking tot opzet gewezen. Daarbij valt op dat de Hoge Raad zich de laatste tijd minder op de achtergrond houdt. In het verleden beperkte de Hoge Raad zich primair tot een marginale toetsing van de bewezenverklaring. Die werkwijze laat uitleggers van het materiële recht veel ruimte hun visie op de spaarzame overwegingen van de Hoge Raad te projecteren. Het is de vraag of de besproken visies nog steeds in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad gebracht kunnen worden. Ter illustratie bespreek ik HR 24 februari 2004, NJ 2004, 375. Het arrest bevat de volgende leerstellige overweging.

“Voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg – zoals hier de dood – is aanwezig indien de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat dat gevolg zal intreden. (...) Voor de vaststelling dat de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan zulk een kans is niet alleen vereist dat de verdachte wetenschap heeft van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden, maar ook dat hij die kans ten tijde van de gedraging bewust heeft aanvaard (op de koop toe heeft genomen). Uit de enkele omstandigheid dat die wetenschap bij de verdachte aanwezig is dan wel bij hem moet worden verondersteld, kan niet zonder meer volgen dat hij de aanmerkelijke kans op het gevolg ook bewust heeft aanvaard, omdat in geval van die wetenschap ook sprake kan zijn van bewuste schuld. 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. Of in een concreet geval moet worden aangenomen dat sprake is van bewuste schuld dan wel van voorwaardelijk opzet zal, indien de verklaringen van de verdachte en/of bijvoorbeeld eventuele getuigenverklaringen geen inzicht geven omtrent hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan, afhangen van de feitelijke omstandigheden van het geval.

bijv. paragraaf 4.3.3. Brouns stelt dat het gevolg van de visie van Nieboer en Strijards is dat de bewuste schuld grotendeels wordt opgeslokt door voorwaardelijk opzet. Dit verwijt berust op de onjuiste vooronderstelling dat Nieboer en Strijards ‘weten’ op dezelfde wijze definiëren als Brouns.

Daarbij zijn de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht, van belang. Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard (vgl. HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552).”

De overweging van de Hoge Raad past ogenschijnlijk goed bij de volitieve opzetttheorie van Rummelink. De Hoge Raad stelt dat wetenschap zich zowel bij opzet als bij schuld kan voordoen. Het onderscheidingscriterium tussen opzet en schuld wordt gevormd door de bewuste aanvaarding. De wijze waarop de Hoge Raad ‘bewuste aanvaarding’ definieert, wijkt echter af van Rummelinks contrafactische invulling van ‘willen’. Voor Rummelink is beslissend of de actor de gedraging ook *zou* doorzetten als hij het gevolg verwachtte. ‘Willen’ vormt een uitdrukking van de actors onverschilligheid ten aanzien van het gevolg. De Hoge Raad lijkt echter een reëel cognitief criterium te hanteren. Het is de vraag of de actor ervan uit is gegaan dat het gevolg zal intreden.

Het criterium van de Hoge Raad lijkt goed te passen bij de cognitieve opzetttheorie. In het volgende geval is volgens de Hoge Raad geen sprake van voorwaardelijk opzet. (1) De actor heeft weet van de aanmerkelijke kans op het gevolg. (2) De actor is ervan uitgegaan dat het gevolg niet zal intreden. Het is de vraag hoe deze twee stellingen zich ten opzichte van elkaar verhouden. Als de eerste cognitieve term (weet hebben van) gelijkgesteld wordt aan de tweede cognitieve term (uitgaan van), dan lijkt de overweging van de Hoge Raad innerlijk tegenstrijdig te zijn.⁷¹ Enerzijds weet de actor wél; anderzijds weet hij niet. De volgende interpretatie is niet innerlijk tegenstrijdig. (1) De actor beschikt over de kennis dat een bepaalde gedraging een aanmerkelijke kans op het gevolg in zich bergt. (2) De actor heeft zich *ten tijde van de gedraging* niet gerealiseerd dat het gevolg (mogelijk) zal intreden.⁷² De eerste zin heeft betrekking

⁷¹ Ik druk mij voorzichtig uit, omdat dat niet noodzakelijkerwijs het geval is. (1) De actor weet dat de kans op de dood bij een bepaalde gedraging 45 procent is. (2) Deze kansgrootte wordt aangemerkt als ‘aanmerkelijk’. (3) De actor gaat er, als rationele kansinschatter, van uit dat het gevolg niet zal intreden. Deze redenering berust op het feit dat de eerste zin betrekking heeft op *de kans op het gevolg*, terwijl de tweede zin betrekking heeft op *het gevolg*. In het navolgende ga ik niet uit van deze, ietwat gezochte, interpretatie.

⁷² Deze interpretatie grijpt terug op een eerder in de overweging gebezigde zinsnede, waar de Hoge Raad van belang acht “dat hij die kans ten tijde van de gedraging bewust heeft aanvaard”. Later spreekt de Hoge Raad van “hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan”. Merk op dat ik de plaats van de negatie heb gewijzigd. De Hoge Raad spreekt van ‘ervan uitgaan dat niet X’; ik spreek van ‘zich niet realiseren dat X’. Zie paragraaf 4.5.2 over het onderscheid tussen act en object. Bij de Hoge Raad zit de negatie in het object; bij mij drukt de negatie enkel uit dat iets zich niet voordoet. De door mij gekozen formulering heeft zowel betrekking op ‘niet denken aan X’ als ‘denken dat niet X’. Ik veronderstel aldus dat in beide gevallen geen sprake is van opzet.

op kennis, terwijl de tweede zin betrekking heeft op actueel bewustzijn. Voor opzet is aldus vereist dat de actor tempore delicti heeft beschikt over het bewustzijn van de aanmerkelijke kans. Latente kennis volstaat niet.⁷³

Een interessant punt is dat de Hoge Raad spreekt van “hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan”. De Jong wijst erop dat aanhangers van de psychische opzettheorie hierin wellicht een bevestiging van hun standpunt zullen zien.⁷⁴ Uit de woorden blijkt volgens hem dat de Hoge Raad het innerlijke, het psychische sterk op de voorgrond stelt. De Jong, een aanhanger van de normatieve opzettheorie, stelt dat dit niet altijd zo werkt en zou moeten werken. Volgens De Jong is de rechter niet altijd geïnteresseerd in de persoonlijke zielenroerselen op het moment van handelen en zijn deze niet doorslaggevend. De opvatting dat dit arrest geen weerlegging bevat van de normatieve opzettheorie, is verdedigbaar. Aanhangers van de normatieve opzettheorie zijn niet gehouden de stelling te verdedigen dat het psychische nooit van belang is. Ze hoeven slechts te verdedigen dat het niet altijd van belang is. Als men de zaken zo bekijkt, dan wijst de Hoge Raad hier slechts op een factor die van belang kan zijn bij de bewezenverklaring van opzet.

Het gaat mij hier niet om de vraag welke duiding het meeste recht doet aan de overwegingen van de Hoge Raad. Mijn psychische duiding en De Jongs normatieve duiding hebben beide een speculatief karakter. Van belang is dat men kennelijk nog steeds kan twisten over de vraag hoe de jurisprudentie van de Hoge Raad moet worden opgevat. Een nadeel van deze op de Hoge Raad georiënteerde benadering, is dat de grondslagen van een bepaalde visie gemakkelijk versluierd raken. Waarom moet opzet cognitief, volitief of normatief worden geïnterpreteerd? In het vervolg van dit hoofdstuk wil ik de aandacht primair richten op de argumenten die voor of tegen een bepaalde visie pleiten. Dat betekent dat minder belang wordt gehecht aan de vraag of een bepaalde visie overeenstemt met de zienswijze van de Hoge Raad.

4.3 IS OPZET PSYCHISCH OF NORMATIEF?

4.3.1 Inleiding

In de vorige paragraaf heb ik drie theorieën van opzet besproken: de cognitieve, volitieve en normatieve opzettheorie. De cognitieve en de volitieve opzettheorie bestempelen opzet als een psychisch begrip. Men verschilt echter van mening over de vraag welke psychische betrekking vereist is. De normatieve opzettheorie breekt met dit klassieke referentiekader. Opzet is niet psychisch, maar normatief. Deze paragraaf staat in het teken van de vraag of opzet psychisch of normatief opgevat moet worden. Het is daarbij van belang te specificeren wat

⁷³ Zie paragraaf 2.4.4.4 over latente kennis en schuld.

⁷⁴ Noot onder HR 28 september 2004, NJ 2004, 660.

ik versta onder ‘psychisch’ en ‘normatief’. De volgende definitie dient als uitgangspunt.

Het strafrechtelijk opzetbegrip is psychisch als de rechter bij het bewijs van opzet een uitspraak moet doen over een bepaalde psychische act.

Voor een nadere omschrijving van ‘psychische act’ verwijs ik naar paragraaf 4.5.2 en 4.5.4.1. Het gaat om een geestesgesteldheid die gericht is op een bepaald object. Bijvoorbeeld: Piet realiseert zich (psychische act) dat de door hem te kopen fiets van diefstal afkomstig is (object). De definitie van ‘normatief’ is opgehangen aan de definitie van ‘psychisch’.

Het strafrechtelijk opzetbegrip is normatief als de rechter bij het bewijs van opzet niet noodzakelijkerwijs een uitspraak hoeft te doen over een bepaalde psychische act.

De bovenstaande definities beogen uit te drukken dat ik scherp onderscheid maak tussen begrip en bewijs. Het materiële recht (begrip) heeft betrekking op datgene wat bewezen moet worden. Het formele recht (bewijs) heeft betrekking op de vraag hoe bewezen moet worden dat onder het materiële recht vallende feiten zich hebben voorgedaan. Dit uitgangspunt wordt niet door iedereen gedeeld. De Jong stelt dat de volgende twee punten wijzen op de normatieve component van opzet.

“1. De verdachte wordt zo nodig vergeleken met een gemiddeld mens, een normaal mens. Wat deze ‘criteriumfiguur’ in de desbetreffende situatie zal hebben geweten of begrepen, is doorgaans beslissend: deze wetenschap zal de verdachte ook hebben gehad. Hier vindt derhalve een objectiverend afmeten aan algemene kennis plaats.

2. Het opzet wordt mede en soms, met name bij ontkenkende of zwijgende verdachten, in hoofdzaak aan de hand van uiterlijke feiten en omstandigheden vastgesteld. Uit de wijze waarop de verdachte heeft geslagen en gestompt wordt bijvoorbeeld afgeleid dat hij opzet had op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel.”⁷⁵

Van belang is dat kennis over de psyche van een ander afgeleid wordt uit niet-psychische factoren.⁷⁶ Uit een bepaalde wijze van slaan, wordt afgeleid dat waarschijnlijk sprake is geweest van opzet. Voor De Jong is dit aanleiding het opzet als normatief te bestempelen. Ik vind het allerm minst verhelderend om de zaken zo voor te stellen. Als de wijze waarop opzet wordt bewezen beslissend

⁷⁵ De Jong 2004, ‘Het strafrechtelijk opzet anno 2003: vooral een psychologisch of vooral een normatief begrip?’, p. 76.

⁷⁶ In paragraaf 4.3.6 ga ik uitgebreid in op de vraag hoe kennis met betrekking tot de psyche van een ander gefundeerd moet worden.

is voor de kwalificatie ‘normatief’, dan wordt het lastig om een wetenschappelijke discussie te voeren. Opzet is dan namelijk per definitie normatief. Ik geef daarom de voorkeur aan een materieelrechtelijke benadering. De vraag *wat* moet worden bewezen en de vraag *hoe* dat moet worden bewezen, behoren tot een verschillend domein.

De Jong meent dat het bewijzen van opzet en de materieelrechtelijke inhoud wel te onderscheiden, maar niet te scheiden zijn. Vanuit een bepaald perspectief is deze stelling zeker waar. De Jong hanteert een op de rechtspraak georiënteerd perspectief. Het onderzoeksdomein bestaat dan uit uitspraken van feitenrechters en de toetsing door de Hoge Raad. In de feitenrechtspraak ligt de nadruk op het bewijs en de Hoge Raad beperkt zich veelal tot een marginale toetsing van de bewezenverklaring. Dat brengt mee dat het vaak moeilijk is materieelrechtelijke betekenis in uitspraken te ontwaren. Een gevolg daarvan is dat de uitspraken verklaard kunnen worden door verschillende materieelrechtelijke theorieën. Zo beoogden de in de vorige paragraaf besproken theorieën van opzet alle een beschrijving van het positieve recht te geven. Vanuit het op de rechtspraak georiënteerde perspectief is het materiële recht een moeilijk grijpbaar begrip. Men zou zelfs zo ver kunnen gaan te stellen dat *het* materiële recht helemaal niet bestaat. Wellicht, zo zou men kunnen opperen, verschilt het van rechter tot rechter.⁷⁷

Ik geef de voorkeur aan een ander uitgangspunt: bewijs en inhoud zijn strikt van elkaar gescheiden. Ik ben zo stellig, omdat het een methodologisch uitgangspunt betreft. Het materiële recht heeft betrekking op feiten die onder de bestanddelen van een delictomschrijving gebracht kunnen worden. Onder ‘feiten’ versta ik (samenstellingen van) dingen, gedragingen, rechtsfeiten, toestanden, geestesgesteldheden, etc. die zich kunnen voordoen in de werkelijkheid. Het bewijs heeft betrekking op de vraag of voldoende aannemelijk is dat onder het materiële recht vallende feiten zich daadwerkelijk hebben voorgedaan. Een bewezenverklaring bevat aldus een uitspraak over de werkelijkheid én over het recht. In een ideale wereld zou de rechter beginnen met een uiteenzetting over het materiële recht. Vervolgens zou hij uiteenzetten waarom hij de overtuiging heeft bekomen dat onder het materiële recht vallende feiten zich hebben voorgedaan. De praktijk is echter anders. Opzet wordt bewezenverklaard zonder dat duidelijk gespecificeerd wordt wat het inhoudt. De materieelrechtelijke vooronderstellingen blijven grotendeels verborgen.

Dit verklaart waarom mijn methodologische uitgangspunt zich moeilijk laat toepassen op de rechtspraktijk. Als opzet bewezen wordt verklaard op grond van objectieve factoren, dan kan dat zowel wijzen op een psychisch als op een normatief opzetbegrip. Dat brengt mee dat hieraan geen conclusies met betrekking tot de inhoud van het recht kunnen worden verbonden. Ik acht het niet

⁷⁷ Het is zelfs niet ondenkbaar dat sommige rechters in het geheel geen visie op het materiële recht hebben. Voorwaardelijk opzet laat zich maar al te gemakkelijk toepassen: bewijsmiddelen + voorwaardelijk opzet = bewijsmotivering.

verstandig om in zo'n geval te spreken van de normatieve component van opzet. Dat wekt de indruk dat geen verschil zou bestaan tussen een psychisch en een normatief opzetbegrip. De te beantwoorden vraag blijft aldus onbeantwoord. Moet de rechter bij het bewijs van opzet een uitspraak doen over een psychische act?

Het verdient opmerking dat veel recente publicaties over opzet uitgaan van hetzelfde perspectief als De Jong. De belangrijkste exponent van deze stroming is het later te bespreken proefschrift van Brouns. Deze stroming, die wellicht aangeduid kan worden als de Groningse School, kenmerkt zich door een geïntegreerde behandeling van materieel recht (begrip) en formeel recht (bewijs). De achterliggende gedachte is dat begrip en bewijs onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Auteurs die beïnvloed zijn door deze stroming zijn veelal te herkennen aan genuanceerde zinnen als: 'de wilcomponent staat centraal'; 'het accent ligt hier op weten'; 'het normatieve aspect treedt op de voorgrond'; 'het weten wordt benadrukt'; of 'bij bepaalde delicten worden minder hoge eisen aan willen gesteld'; etc. In de regel wordt niet vermeld of de kwalificaties betrekking hebben op begrip of bewijs.⁷⁸ Dat laat zich gemakkelijk verklaren: de auteurs hechten gewoon niet zo aan dit onderscheid. De geïntegreerde benadering en de door mij voorgestane materieelrechtelijke benadering gaan uit van onverenigbare vooronderstellingen. Auteurs die een geïntegreerde benadering voorstaan, zijn voor mij bijzonder lastig te doorgronden. Een vruchtbare discussie tussen mij en aanhangers van de geïntegreerde benadering is pas mogelijk nadat hun visie gezuiverd is van bewijsrechtelijke invloeden. Dat blijkt helaas geen gemakkelijke opgave te zijn.

Het bovenstaande heeft betrekking op het methodologische onderscheid tussen begrip en bewijs. Ik wil nu iets zeggen over de vraag hoe de inhoud van het materiële recht zich verhoudt tot de verborgen beweegredenen van individuele rechters. Het is in dit verband interessant aandacht te schenken aan De Jongs noot onder HR 28 september 2004, NJ 2004, 660. De Jong zoekt hier aansluiting bij de gedachtewereld van de rechter.

“Soms lijkt de rechter niet echt in de psyche van de verdachte te *wil-*
len doordringen. Ik noem het klassieke voorbeeld van de automobilist die bij een verkeerscontrole met onverminderde snelheid doorrijdt omdat hij niet aangehouden wil worden en daarbij inrijdt op een op de weg staande een stopteken gevende agent, die om het vege lijf te redden opzij moet springen. In zulke gevallen wordt gestandaardiseerd vervolgd en veroordeeld voor poging tot doodslag. (...) Op mijn vragen aan diverse groepen rechters of dit altijd zo gaat, wordt steeds bevestigend geantwoord. Hier is derhalve kennelijk sprake van een ander soort standaardprocédé, waarbij de rechter niet meer van be-

⁷⁸ Bij nadere analyse blijkt dat het vrijwel altijd gaat over bewijs. Dan bekijk ik het uiteraard vanuit mijn perspectief. In de geïntegreerde benadering gaat het om met elkaar verweven aspecten van begrip en bewijs.

lang acht wat déze voor hem staande verdachte op het moment van doorrijden nu precies heeft beziel. (...) Ik stel de enigszins speculatieve vraag of hier misschien onuitgesproken het oordeel of het rechterlijke rechtsgevoel achter zit dat dit gedrag, dat bovendien is gericht tegen de politie, als zeer ernstig moet worden aangemerkt en dus zo enigszins mogelijk onder de bestaande delictsomschrijving van een ernstig misdrijf moet worden gebracht. In ieder geval wordt hier nog verder afstand genomen van opzet als een zuiver innerlijke psychische gesteldheid van de verdachte ten tijde van zijn handeling.”

De Jong werpt voorzichtig de hypothese op dat rechters soms niet geïnteresseerd zijn in de psychische gesteldheid van de verdachte. Het betreft een speculatie naar aanleiding van niet in rechterlijke uitspraken neergelegde ontboezeningen van rechters. Het is mij hier niet te doen om de vraag of de hypothese waar is. Het gaat mij om de vraag of de hypothese, indien waar, noopt tot de conclusie dat opzet normatief is. Ik meen van niet. Ik roep het boven geformuleerde uitgangspunt in herinnering: het strafrechtelijk opzetbegrip is psychisch als de rechter bij het bewijs van opzet een uitspraak *moet* doen over een bepaalde psychische act. De Jongs hypothese behelst dat bepaalde rechters dit in de praktijk (soms) niet doen. Deze observatie past bij een rechtssociologische benadering, waarbij ‘law in action’ centraal staat. Vanuit het door mij ingenomen perspectief zegt de hypothese meer over de rechter dan over het recht. De Jongs stelling dat rechters soms niet geïnteresseerd zijn in de psyche van de verdachte, blijkt namelijk niet expliciet uit rechterlijke uitspraken. Dat betekent dat het om verborgen vooronderstellingen gaat. Ik reken dergelijke verborgen vooronderstellingen, die niet getoetst kunnen worden door de Hoge Raad, niet tot het materiële recht.⁷⁹

Een ander punt met betrekking tot de definitie van ‘normatief’ heeft betrekking op de afbakening van opzet. Aanhangers van psychisch opzet moeten twee vragen beantwoorden.⁸⁰ (1) Wat is de aard van de opzet-act? Hier is het bijvoorbeeld de vraag of opzet bestaat uit ‘willen’ of ‘weten’. (2) Wat is de inhoud van het opzet-object? Het gaat hier om de vraag waar de opzet-act bij een

⁷⁹ In mijn optiek dient de rechter zich toetsbaar op te stellen. Een rechter die meent dat de psychische gesteldheid van de verdachte er niet toe doet, zou niet in zijn vonnis mogen opnemen dat uit de bewijsmiddelen volgt dat verdachte welbewust de aanmerkelijke kans op de dood heeft aanvaard. Een rechter die toetsbaarheid nastreeft, zou het volgende kunnen overwegen. ‘Verdacht verweer dat hij zich niet gerealiseerd heeft dat het slachtoffer mogelijk de dood kon vinden, staat niet in de weg aan een bewezenverklaring van opzet. Opzet is een juridisch begrip dat, anders dan in het spraakgebruik, niet alleen betrekking heeft op iemands geestesgesteldheid. Verdacht handelwijze gaf blijk van een zodanige onverschilligheid met betrekking tot het welzijn van anderen dat in casu ook van opzet kan worden gesproken indien moet worden aangenomen dat verdachte zich niet bewust is geweest van de kans op de dood.’ Een dergelijke overweging stelt de Hoge Raad in de gelegenheid de rechters visie op het materiële recht te toetsen. Als de Hoge Raad niet casseert, dan moet opzet kennelijk als een normatief begrip worden opgevat.

⁸⁰ Zie paragraaf 4.5.

bepaald delict op gericht is. Voorwaardelijk opzet wordt wel gedefinieerd als het welbewust aanvaarden van de aanmerkelijke kans op een gevolg. Nieboer en Strijards hebben bepleit dat de grootte van ‘aanmerkelijke kans’ wordt bepaald door de inhoud van het rechtsbelang.⁸¹ ‘Aanmerkelijke kans’ betekent ‘onaanvaardbare kans’. De Jong kenschetst deze benadering als normatief.⁸² De Hoge Raad wees deze benadering af in de Hiv-arresten.⁸³ De Hoge Raad oordeelde dat er geen grond is de inhoud van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ afhankelijk te stellen van de aard van het gevolg. De Jong stelt terecht dat ook dit een normatief bepaalde keuze inhoudt.

Het aanmerkelijke kans vraagstuk bevat twee aspecten.⁸⁴ (1) Is in casu sprake van een aanmerkelijke kans (intersubjectieve kans in de actus reus)? (2) Is de door de actor voorziene kansgrootte aanmerkelijk (kans in opzet-object)? Alleen het tweede aspect heeft betrekking op het opzet. Zo kan men zich afvragen of een voorziene kansgrootte X volstaat voor strafrechtelijk opzet. De Jong stelt terecht dat deze interpretatieve keuze gedetermineerd wordt door normatieve factoren. Deze kwestie staat echter buiten het vraagstuk dat ik in deze paragraaf wil behandelen. Het gaat mij om de vraag of strafrechtelijk opzet noodzakelijkerwijs betrekking heeft op een bepaalde psychische act. Het aanmerkelijke kans vraagstuk heeft betrekking op de afbakening van het object van de psychische act.⁸⁵ De wijze waarop het begrip ‘aanmerkelijke kans’ wordt afgebakend, heeft geen weerslag op de vraag of opzet psychisch of normatief is.

Ik vat het bovenstaande samen. Het strafrechtelijk opzetbegrip is psychisch als de rechter bij het bewijs van opzet een uitspraak moet doen over een bepaalde psychische act. De volgende drie punten volstaan niet om een psychisch opzetbegrip te falsificeren. (1) De rechter slaat bij het bewijs van opzet acht op een criteriumfiguur en uiterlijke feiten en omstandigheden. (2) Bepaalde rechters nemen opzet aan, hoewel ze niet overtuigd zijn van de aanwezigheid van een psychische gesteldheid. (3) Het begrip ‘aanmerkelijke kans’ wordt afgebakend aan de hand van normatieve criteria.

⁸¹ Nieboer 1978, ‘Wetens en willens’, p. 19; Nieboer & Strijards 1980, ‘Toerekening van gevolgen – om het eigen juridisch karakter’; Strijards 1983, ‘Facetten van dwaling in het strafrecht’, p. 71-73.

⁸² De Jong 2004, ‘De inwendige en de normatieve component van opzet en culpa’ en De Jong 2004, ‘Het strafrechtelijk opzet anno 2003: vooral een psychologisch of vooral een normatief begrip?’

⁸³ HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552 en HR 24 juni 2003, NJ 2005, 555.

⁸⁴ Zie paragraaf 4.5.4.3.c.

⁸⁵ Deze stelling veronderstelt dat opzet een psychisch begrip is. Als opzet geen psychisch begrip is, dan is het onlogisch te spreken over een opzet-object. Intentionaliteit, de gerichtheid op een object, is een exclusief kenmerk van psychische verschijnselen. Als opzet normatief is, dan is het aanmerkelijke kans vraagstuk simpelweg een factor in de toerekening van opzet. Zie paragraaf 4.5.2 over intentionaliteit.

Het is niet mijn bedoeling de betekenis van het meerduidige woord ‘normatief’ in gijzeling te nemen. Ik geef slechts aan hoe ik het woord hier gebruik, zodat een inhoudelijke discussie gevoerd kan worden. Het strafrechtelijk opzetbegrip is normatief als de rechter bij het bewijs van opzet niet noodzakelijkerwijs een uitspraak hoeft te doen over een bepaalde psychische act. Volgens deze definitie dient het schuldbegrip als normatief te worden bestempeld. Hoewel een schuldoordeel betrekking heeft op bepaalde psychische vermogens (kon deze actor het gevolg vermijden?), is niet vereist dat de psyche van de actor gericht is op het gevolg. De vraag die in deze paragraaf centraal staat, is aldus of hetzelfde geldt voor het opzet. Mag opzet worden aangenomen als geen sprake is van een psychische gerichtheid met betrekking tot de niet-geobjectiveerde bestanddelen?

Het is in dit verband interessant de Nederlandse subjectieve bestanddelen te vergelijken met de subjectieve bestanddelen uit de Model Penal Code. De Model Penal Code vormt een soort blauwdruk voor de inrichting van het materiële recht in Amerika. Het materiële strafrecht van veel Amerikaanse staten is beïnvloed door de Model Penal Code. Met name de richtlijnen met betrekking tot subjectieve bestanddelen hebben veel invloed gehad.⁸⁶ De Model Penal Code onderscheidt vier subjectieve bestanddelen: ‘purposely’, ‘knowingly’, ‘recklessly’ en ‘negligently’. Hieronder volgen de omschrijvingen van deze subjectieve bestanddelen met betrekking tot gevolgen.⁸⁷

A person acts purposely with respect to a result when it is his conscious object to cause such a result.

A person acts knowingly with respect to a result when he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result.

A person acts recklessly with respect to a result when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that he will cause such a result.

A person acts negligently with respect to a result when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that he will cause such a result.

In het officiële commentaar bij de Model Penal Code wordt benadrukt dat ‘purposely’, ‘knowingly’ en ‘recklessly’ alle betrekking hebben op een geestgesteldheid.⁸⁸ Alleen ‘negligence’ is normatief. Tegen deze achtergrond wordt

⁸⁶ Vgl. Dressler 2001, ‘Understanding criminal law’, p. 137-142 en Robinson & Dubber 2006, ‘The American Model Penal Code: a brief overview’.

⁸⁷ Zie art. 2.02 Model Penal Code. Het betreft geen letterlijke weergave, doch een tekstgetrouwe parafrase die alleen betrekking heeft op gevolgen.

⁸⁸ Zie American Law Institute 1985, ‘Model Penal Code and commentaries (official draft and revised comments)’. With text of Model Penal Code as adopted at the 1962 annual

goed duidelijk dat de normatieve opzetteorie een bijzonder ruim gebied bestrijkt. Als opzet psychisch wordt opgevat, dan is het opzetgebied ongeveer vergelijkbaar met het gebied dat in Amerika bestreken wordt door ‘purposely’, ‘knowingly’ en ‘recklessly’. Als opzet echter normatief wordt opgevat, dan wordt ook nog een deel van het Amerikaanse ‘negligence’ onder opzet geschaard. Zo bezien concentreren de aansprakelijkheidsgronden in Nederland zich aan de onderkant van het aansprakelijkheidsspectrum. Er moet gekozen worden tussen een ruim en een extreem ruim opzetbegrip.⁸⁹

De opbouw van deze omvangrijke paragraaf is als volgt. Ik begin met het bespreken van Peters’ normatieve opzetteorie. Vervolgens behandel ik de normatieve opzetteorie van Brouns. Daarna ga ik in op de volgende vier door Peters en Brouns gegenereerde argumenten. (1) Opzet is geen psychisch begrip, want de wetgever heeft nergens expliciet laten merken dat hij opzet beschouwde als een geestesgesteldheid. (2) Opzet is geen psychisch begrip, want een psychisch opzetbegrip biedt geen verklaring voor het aannemen van opzet bij rechtspersonen. (3) Opzet is geen psychisch begrip, want de psyche van een ander is principieel onkenbaar. (4) Opzet is geen psychisch begrip, want een psychisch opzetbegrip biedt geen verklaring voor het aannemen van opzet bij gestoorden en benevelden. Ik betoog dat al deze argumenten verworpen dienen te worden. Vervolgens bespreek ik een aantal argumenten die voor een psychisch opzetbegrip pleiten. Ik ga in op het verband tussen psychisch opzet enerzijds en controle, het retributivisme, laakbaarheid en gerechtvaardigde straf anderzijds. Bovendien bespreek ik de vraag of opzet überhaupt normatief mag worden geïnterpreteerd.

meeting of the American Law Institute at Washington, D.C., may 24, 1962. Part I. General provisions §§ 1.01 to 2.13’, p. 229-244. The American Law Institute 1985, p. 234-235 stelt: “The Model Code’s approach to purpose and knowledge is in fundamental disagreement with the position of the House of Lords in *Director of Public Prosecutions v. Smith*. That case effectively equated ‘intent to inflict grievous bodily harm’ with what the defendant as a reasonable man must be taken to have contemplated, thus erecting an objective instead of a subjective inquiry to determine what the defendant ‘intended.’ In the Code’s formulation, both ‘purposely’ and ‘knowingly,’ as well as ‘recklessly,’ are meant to ask what, in fact, the defendant’s mental attitude was. It was believed to be unjust to measure liability for serious criminal offenses on the basis of what the defendant should have believed or what most people would have intended.” The American Law Institute 1985, p. 240 stelt: “The fourth kind of culpability is negligence. It is distinguished from purposeful, knowing or reckless action in that it does not involve a state of awareness.” Denno 2005, ‘Criminal law in a post-Freudian world’, p. 640-647 bespreekt het psychische referentiekader van deze bestanddelen.

⁸⁹ Bezien vanuit dit externe perspectief. Kool 2004, ‘Veranderde zeden? Een overzicht en waardering van recente wetswijzigingen en jurisprudentie betreffende de zedelijkheids-wetgeving’ bestempelt de gangbare interpretatie van opzet als strikt. In die visie moet gekozen worden tussen een strikt en een minder strikt opzetbegrip.

4.3.2 Peters

In paragraaf 4.2.2 bleek dat minister Modderman opzet definieerde in termen van ‘willen’ en ‘weten’. Deze terminologie heeft zich stevig genesteld in de doctrine. Bijna alle auteurs plaatsen hun opvatting in de sleutel van ‘willen’ en ‘weten’. De visie van Peters vormt een verfrissende uitzondering. Peters stelt onomwonden dat het er niet toe doet wat de actor gewild of geweten heeft. Opzet is de sociale betekenis die wordt toegekend aan de psycho-fysisch neutrale handeling van de actor. De psychische gesteldheid van de actor is daarbij irrelevant: opzet is een normatief begrip. In deze paragraaf plaats ik een aantal kanttekeningen bij de normatieve opzettheorie. Ik geef Peters’ normatieve opzettheorie weer aan de hand van het volgende uitgebreide citaat.

“Hoe moeten wij nu het begrip opzet begrijpen, dat de wet bij het aanduiden van gedragingen gebruikt? Opzet wordt meestal opgevat in psychologische, feitelijke zin. Het is echter niet noodzakelijk om het zo te zien. Opzet kan worden opgevat als uitdrukking van de intentionele gerichtheid van het gedrag op het gevolg. Deze doelgerichtheid bepaalt de gedraging. Men herkent een gedraging als doodschieten vóórdat men onderzocht heeft of er bij de dader opzet was in psychologische zin. Men zegt zelfs dat hij het opzettelijk deed, ook zonder dat men dit heeft onderzocht! De omstanders hebben namelijk *gezien* dat de dader het opzettelijk deed! Zo’n gedraging heeft reeds de objectieve, sociale betekenis van ‘een ander opzettelijk van het leven beroven’, ongeacht de subjectieve bedoeling van de dader. Evenals een warme handdruk de betekenis heeft van vriendelijk, ongeacht de subjectieve bedoeling van degeen die de handdruk geeft, heeft deze gedraging de betekenis van opzettelijk, ongeacht de subjectieve bedoeling van degeen die schiet. Opzettelijk wordt dan normatief gebruikt, evenals vriendelijk.”⁹⁰

“Bij de vraag, of er opzet is of niet, moet niet worden vooruitgegrepen op de schuldvraag. Het gaat er alleen nog maar om het gedrag te karakteriseren. Het gaat er om, het gedrag te vatten in zijn sociale betekenis. De wet stelt diefstal strafbaar: heeft de verdachte een diefstal gepleegd? Diefstal is iets opzettelijks (niet iets per ongeluk): is het gebeurde iets opzettelijks? Als met bevestigende beantwoording van deze vraag nog niets van de dader is gezegd, niets van zijn schuld, alleen dat hij een diefstal heeft gepleegd, dat hij iets gedaan heeft (misschien wel met de beste bedoelingen), dat wordt opgevat als diefstal, dan is er ook niet zoveel op tegen om deze vraag bevestigend te beantwoorden, ook al heeft de dader niet geheel bewust, willens en wettens, gehandeld. In dat geval is er een discrepantie tussen de objectieve, sociale, betekenis en de subjectieve, persoonlijke, betekenis van de gedraging. (...) De sociale betekenis van een handeling wordt niet bepaald door haar subjectieve zin. *Ook de vraag naar het opzet betreft de sociale betekenis van de gedraging.* In het vorige werd reeds gesteld, dat opzet kan worden opgevat als uitdrukking van de intentio-

⁹⁰ Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’, p. 45-46.

nele gerichtheid van het gedrag op het gevolg. Deze intentionele gerichtheid van het gedrag is iets anders dan de subjectieve bedoeling van het handelend subject, al kunnen beide natuurlijk samenvallen. Ziet men het zo, dan kan voor opzet niet beslissend zijn wat de dader precies heeft gewild. Of iemand een diefstal heeft gepleegd wordt niet bepaald door een mogelijkheidsbewustzijn bij de dader of door een op verwerkelijking van het gevolg gerichte wil van de dader. (...) Met deze opvatting van finaliteit (en van opzet dus) zijn wij al een stuk verder dan zij, die finaliteit (en opzet) beschouwen als een zuiver interne, psychische, aangelegenheid. Het gaat om de in de handeling tot uitdrukking komende wil. Om de uit de gedraging sprekende intentionaliteit.”⁹¹

“[Is opzet iets of is het niets?] Volgens de finale handelingsleer is de handeling een psycho-fysisch geheel. Het opzet is een psychisch iets dat van de handeling deel uitmaakt. In dit proefschrift wordt de handeling gesteld als iets, dat psycho-fysisch neutraal is (Buytendijk). Het opzet behoort tot de handeling (deze stelling wordt overgenomen van de finale handelingsleer). Maar omdat de handeling niet iets psycho-fysisch is, kan het opzet ook niet psychisch zijn. De betekenis van de handeling wordt normatief bepaald (Glastra van Loon). Welnu, wanneer de handeling een normatief begrip is, en het opzet behoort tot de handeling, dan moet ook het opzet normatief worden opgevat.”⁹²

“[Behoort opzet tot de handeling of niet?] In het algemeen moet de vraag, of het intentionele tot de handeling behoort, bevestigend worden beantwoord. Veel handelingen ontleen hun sociale betekenis immers aan de bedoelingen, die uit die handelingen spreken. Deze bedoelingen vallen evenwel niet samen met het hoogst subjectieve opzet van degenen die handelt. Mogelijk is dat natuurlijk wel. Zo’n hoogst persoonlijk opzet, zo’n motief (veelal misschien een rationalisatie van dieper in de psyche liggende drijfveren) is in het sociale verkeer privé-zaak van het handelend subject en heeft in het vlak van het sociale communiceren geen betekenis.”⁹³

“[Is opzet psychologisch of niet?] Ik ben geneigd deze vraag zonder meer ontkennend te beantwoorden. Wat heeft men in het recht met psychologische begrippen te maken? Dat wil zeggen met begrippen, die in de psychologie een bepaalde functie kunnen hebben die men in het recht niet kent? (De betekenis van die begrippen leert men immers eerst kennen door *als psycholoog* met die begrippen aan het werk te gaan.) Het gevaar zou trouwens erg groot zijn, dat in het recht burgerrecht verkregen hebbende psychologie, psychologisch weer spoedig zou zijn verouderd. (Zo meent men bijvoorbeeld wel dat bij het opzet eigenlijk ten onrechte alleen het *bewuste* willen in rekening wordt gebracht.) Maar het antwoord werd reeds op andere wijze gegeven. Ervan uitgaande dat de betekenis van de handeling normatief is bepaald (welke normatieve betekenisbepaaldheid óók in de psy-

⁹¹ Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’, p. 91-92.

⁹² Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’, p. 97-98.

⁹³ Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’, p. 114. ‘Communiceren’ in origineel.

chologie is voorondersteld) en voorts aannemend dat opzettelijke delicten zijn gekenmerkt door een intentionele betrokkenheid op een bepaald gevolg, welke intentionaliteit in juridische terminologie wordt uitgedrukt door ‘opzet’ (opzet ‘element’ van de handeling), moet de conclusie worden getrokken, dat ook deze intentionaliteit, dit opzet, normatief is bepaald. Het opzet verwijst niet naar het bewuste en onbewuste willen van het handelend subject, maar heeft een normatief bepaalde betekenis binnen het kader van de handeling zoals die in principe door iedereen (niet alleen door psychologen of dieptepsychologen of met behulp van een psychologische röntgenapparatuur) kan worden *gezien*. Men moet slechts de sociale normen kennen, die binnen een bepaald verband de betekenissen der handelingen bepalen, om de in die handelingen gelegen, de ‘uit die handelingen sprekende intenties’ te kunnen kennen. (Het is niet nodig om er psychologie voor te studeren.)

Wat is nu de praktische betekenis van dit inzicht? Ik meen dat de betekenis van een normatieve opvatting van het opzet vooral hierin is gelegen, dat zij het aannemen door de rechter van opzet kan verklaren in allerlei gevallen waarin dat bij een psychologische opvatting van opzet zeer dubieus is. Bij een normatieve opvatting van het opzet komt duidelijk naar voren dat het steeds gaat om de sociale betekenis van het gedrag. De vraag is niet: wat dacht of wat wilde de dader toen hij schoot?, maar: pleegde hij een doodslag!”⁹⁴

Peters’ theorie van opzet kan herleid worden tot drie inspiratiebronnen. Aan Buytendijk ontleent hij de visie dat de handeling psycho-fysisch neutraal is. Aan Welzels finale handelingsleer ontleent hij de stelling dat het opzet tot de handeling behoort. Aan Glastra van Loon ontleent hij de visie dat de betekenis van een handeling normatief wordt bepaald. Dit amalgaam van theorieën resulteert in een volstrekt eigen theorie van opzet. Opzet is de sociale betekenis die wij, als buitenstaanders, toekennen aan de psycho-fysisch neutrale handeling van de actor.

Buytendijk was een fysioloog en medicus die in 1947 benoemd werd tot hoogleraar psychologie aan de Universiteit van Utrecht.⁹⁵ Buytendijk stond ook wel bekend als de dierpsycholoog. Hij schreef boeken over de wijsheid van mieren en de psychologie van de hond. Buytendijk kan beschouwd worden als de belangrijkste exponent van de Utrechtse School.⁹⁶ De wetenschappers uit deze psychologische Utrechtse School hielden zich bezig met de zogenaamde fenomenologische psychologie. De fenomenologie bestudeert de fenomenen zoals deze ervaren worden door bewuste wezens.⁹⁷ Een belangrijk fenomenologisch

⁹⁴ Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’, p. 116-117.

⁹⁵ Vgl. Dehue 1990, ‘De regels van het vak. Nederlandse psychologen en hun methodologie 1900-1985’, p. 73-111 en Kivits 1992, ‘Geschiedenis van de psychologie’, p. 213-221.

⁹⁶ Deze psychologische Utrechtse School moet onderscheiden worden van de criminologische Utrechtse School.

⁹⁷ Vgl. Van Zuuren 1990, ‘Kwalitatieve onderzoeksmethoden’.

uitgangspunt is dat menselijk gedrag beschouwd wordt als iets dat zinvol betrokken is op de wereld.

Peters baseert zich op Buytendijks boek over de menselijke houding en beweging.⁹⁸ Buytendijk betreft in dit boek een functioneel gezichtspunt. Dat betekent dat bewegingen en houdingen geduid worden tegen de achtergrond van de functie die daaraan wordt toegedicht. Bewegingen als het bewaren van evenwicht, zich oprichten of iets grijpen kunnen niet geduid worden zonder de functie in ogenschouw te nemen. Men krijgt geen inzicht in de eigen aard van de menselijke beweging als men het waargenomene fysisch tracht te duiden als het verplaatsen van lichaamsdelen. Men dient daarom de functie van de beweging in aanmerking te nemen. De functie van de beweging wordt bepaald door het eindpunt dat zich in de toekomst bevindt. De beweging is zinvol op iets betrokken. Wie aangeduwd wordt, reageert met een schrapzetreactie: deze reactie is zinvol gericht op het bewaren van evenwicht. Buytendijk past deze functionele benadering onder meer toe op lopen, springen, staan, werpen, grijpen, de ooglidopslag, de glimlach, het behoud van evenwicht, het zich krabben en de afweerbeweging.

Ter illustratie bespreek ik de afweerbeweging die zich voordoet als iemand plotseling met agressie wordt geconfronteerd.⁹⁹ Men zal dan bijvoorbeeld zijn hoofd wegtrekken om deze te beschermen. Dergelijke handelingen kenmerken zich volgens Buytendijk door het automatisch en dwangmatig optreden bij mens en dier. De handeling is doelgericht: het dient om het hoofd te beschermen. Hoewel de reactie onbewust en vanzelf optreedt, kan men na afloop een rationele verklaring bieden. De reactie verloopt *alsof* zij op een verstandelijk oordeel berust. Buytendijk meent dat het terugslaan van een tennisbal vergeleken kan worden met een afweerbeweging. Het bewegingsverloop van een tennisspeler wordt evenzeer bepaald door het toekomstige. De tennisspeler 'weet' als het ware wat hij moet doen, hoewel geen sprake is van daadwerkelijke bewustheid. Hij beschikt over senso-motorische intelligentie.

Deze zinvolle betrokkenheid van het lichaam op de buitenwereld kan aangeduid worden met de term fungerende intentionaliteit.¹⁰⁰ Deze fungerende intentionaliteit verloopt onbewust: het gaat niet gepaard met psychische voorstellingen. Buytendijk maakt onderscheid tussen deze onbewust verlopende

⁹⁸ Buytendijk 1957, 'Algemene theorie der menselijke houding en beweging als verbinding en tegenstelling van de fysiologische en de psychologische beschouwing'.

⁹⁹ Zie Buytendijk 1957, 'Algemene theorie der menselijke houding en beweging als verbinding en tegenstelling van de fysiologische en de psychologische beschouwing', p. 226-239.

¹⁰⁰ Vgl. Dekkers 1985, 'Het bezielde lichaam. Het ontwerp van een antropologische fysiologie en geneeskunde volgens F.J.J. Buytendijk', p. 163-167 en 190-193 en Dekkers 1995, 'F.J.J. Buytendijk's concept of an anthropological physiology'. Van der Ploeg 1995, 'Opvoeding en politiek in de overleg-democratie. Democratische verdeling en normering van pedagogische autoriteit', p. 89-125 spreekt in dit verband van lichamelijke intentionaliteit. Lichamelijke intentionaliteit is een dimensie van onbewuste intentionaliteit.

fungerende intentionaliteit en bewust geïntendeerde acten.¹⁰¹ Bij de laatste categorie, men zou kunnen spreken van bewuste intentionaliteit, is sprake van een voorstelling van de handeling.¹⁰² Het gaat om de bewuste, cognitieve relatie tot de wereld. Buytendijk meent dat bewust geïntendeerde acten (het bedoelde) in hun uitvoering steunen op de zich in het lichaam constituerende fungerende intentionaliteiten.

De beschouwingen waar Peters zijn visie aan ontleent, hebben alle betrekking op de fungerende intentionaliteit. Volgens Buytendijk ligt de beoordeling van de zin van gedragingen in een psycho-fysisch neutrale sfeer.¹⁰³ Dat wil zeggen dat de tegenstelling fysisch-psychisch nog niet is voltrokken, althans niet werkzaam is. Volgens Buytendijk heeft de mens het vermogen deze fungerende intentionaliteit direct waar te nemen.¹⁰⁴ We kunnen waarnemen dat bepaalde bewegingen zinvol op iets anders betrokken zijn. Peters past deze zienswijze rechtstreeks toe op het strafrecht. Wat geldt voor grijpen, afweren, evenwicht bewaren, etc., geldt binnen het strafrecht voor mishandelen, doodslaan, helen, etc.¹⁰⁵

Het is nu de vraag of Buytendijks observaties van menselijke bewegingen toegepast kunnen worden op strafrechtelijk opzet. Het antwoord luidt ontkenkend. Gedragingen als het trappen tijdens het fietsen, het verplaatsen van de benen tijdens het lopen of de afweerreactie bij dreigend gevaar kunnen geduid worden aan de hand van het begrip fungerende intentionaliteit. De conclusie dat het menselijk functioneren niet gereduceerd kan worden tot een stroom bewustheidsmomenten is zeker gerechtvaardigd.¹⁰⁶ Maar daaruit volgt niet dat strafrechtelijk opzet geheel herleid moet of kan worden tot een zich onbewust

¹⁰¹ Buytendijk 1965, 'Prolegomena van een antropologische fysiologie', p. 32-35, 60-64, 197-201 en 265-267.

¹⁰² Buytendijk 1957, 'Algemene theorie der menselijke houding en beweging als verbinding en tegenstelling van de fysiologische en de psychologische beschouwing', p. 117 stelt het volgende over de zogenaamde willekeurige bewegingen: "De wilsacten als zodanig worden inwendig voltrokken, de willekeurige beweging is de belichaming van een wilsact, een uitwendig of inwendig *bevolen* daad. Aan de uitvoering gaat een min of meer duidelijke voorstelling van de handeling, althans van de hoofdrichting der beweging vooraf." Buytendijk 1958, 'Das Menschliche der menschlichen Bewegung', p. 187 stelt: "In der Willkürhandlung, zu der ein Vorher-Wissen, ein Entschluß und eine Intention gehört, ist das Selbstbewußtsein das Bewußtsein einer *Spannung* zwischen Aktivität und Passivität, die sich in ein 'Geschehenlassen-wollen' löst."

¹⁰³ Buytendijk 1957, 'Algemene theorie der menselijke houding en beweging als verbinding en tegenstelling van de fysiologische en de psychologische beschouwing', p. 32-37.

¹⁰⁴ Buytendijk 1957, 'Algemene theorie der menselijke houding en beweging als verbinding en tegenstelling van de fysiologische en de psychologische beschouwing', p. 24-37, 48-51 en 99-103.

¹⁰⁵ Zie m.n. Peters 1966, 'Opzet en schuld in het strafrecht', p. 27 en 30 voor de gemakkelijke overstap van Buytendijks visie naar het strafrecht.

¹⁰⁶ Zie paragraaf 2.4.4.4 over de grondslag van de niet-doleuze schuld. Buytendijks fungerende intentionaliteit kan gerelateerd worden aan Searles visie met betrekking tot het Netwerk en de Achtergrond.

voordoend fenomeen als fungerende intentionaliteit. Het lijkt mij zelfs niet of nauwelijks mogelijk doleuze delicten te duiden aan de hand van fungerende intentionaliteit. Licht het in de strafrechtelijke context niet meer voor de hand acht te slaan op wat Buytendijk noemt bewust geïntendeerde acten? Ik zie niet goed in hoe complexe menselijke activiteiten als opzetheling, verduistering of diefstal geduid kunnen worden zonder bewustheidsmomenten in aanmerking te nemen. In mijn optiek wordt de kern van het delict opzetheling gevormd door een bepaalde psychische gerichtheid, zoals de gedachte ‘ik ga een gestolen fiets kopen’.¹⁰⁷ Dergelijke psychische gerichtheden hebben weinig of niets van doen met manifestaties van fungerende intentionaliteit, zoals de afweerreactie bij dreigend gevaar. Stel, iemand die plotseling wordt aangevallen, trekt instinctief zijn hoofd weg. We zouden met Buytendijk kunnen stellen dat deze reactie *gericht* is op het vermijden van letsel. Maar de gedraging van de opzetheler kan toch niet op dezelfde wijze geduid worden door te stellen dat het lichaam gericht is op de helingshandeling? Is niet juist die psychische gerichtheid – ‘deze fiets is gestolen’ – van belang om opzetheling van een niet onder die bepaling vallende gedraging te onderscheiden? Men kan zich ook de vraag stellen hoe Buytendijks visie toegepast moet worden op omissiedelicten, zoals het *opzettelijk* nalaten kennis te geven van een samenspanning (art. 135 Sr). Ik zie niet in hoe men zou kunnen stellen dat het opzet besloten ligt in een bepaalde gedraging – bijvoorbeeld televisie kijken in plaats van naar de politie gaan. Het ligt meer voor de hand acht te slaan op een *beslissing* niet tot het inlichten van de politie over te gaan. Het aantal voorbeelden kan gemakkelijk uitgebreid worden. Buytendijks observatie dat veel menselijke (en dierlijke) bewegingen gepaard gaan met een zekere doelgerichtheid, is van groot belang. Er is echter geen grond zijn bevindingen rechtstreeks toe te passen op de belangrijkste pijler van de strafrechtelijke aansprakelijkheid. De stelling dat het psychische niet van belang is voor het strafrechtelijk opzet, behoeft zelfstandige argumentatie.

Het elimineren van het psychische uit het strafrechtelijk opzetbegrip kan niet gegrond worden op de visie van Buytendijk. Dat brengt mee dat Peters’ normatieve opzettheorie zelfstandig gedragen moet worden door de twee andere door hem aangehangen vooronderstellingen. (1) Opzet behoort tot de handeling (Welzels finale handelingsleer). (2) De betekenis van handelingen wordt normatief bepaald (Glastra van Loon). Het combineren van deze twee uitgangspunten brengt mee dat het aankomt op de vraag of een bepaalde gedraging de betekenis heeft van een doleus misdrijf. Heeft een bepaalde gedraging de betekenis van ‘het opzettelijk een ander van het leven beroven’?

Volgens Peters hangt de sociale betekenis van de gedraging niet af van de psychische gesteldheid van de actor. Hij illustreert deze stelling aan de hand van twee voorbeelden. (1) Een warme handdruk heeft de sociale betekenis van

¹⁰⁷ Zie paragraaf 4.5.

vriendelijk, ongeacht de subjectieve bedoeling van degenen die de handdruk geeft.¹⁰⁸ (2) Als een handeling geen van de subjectieve intentie onafhankelijke betekenis zou hebben, dan zou men zich niet in de betekenis van een woord kunnen vergissen.¹⁰⁹ Peters beroept zich bij het laatste voorbeeld op Glastra van Loon.¹¹⁰ Het beroep op Glastra van Loon overtuigt niet. De door Peters aangehaalde passage heeft betrekking op causaliteit. Glastra van Loon betoogt dat handelingen als doodbieden niet beschouwd worden als veroorzakingsdaden of pogingen tot het bewerkstelligen van bepaalde gevolgen, hoezeer de actor zelf ook de overtuiging heeft dat hij iets bewerkstelligt. Volgens Glastra van Loon hebben dergelijke handelingen voor ons die betekenis niet. Nu is het zonder meer waar dat causaliteit niet exclusief scharniert om de psychische gesteldheid van de actor. Enerzijds volstaat psychisch opzet niet voor causaliteit. Anderzijds kan sprake zijn van causaliteit zonder psychisch opzet. Daaruit volgt echter niet dat de bevindingen met betrekking tot causaliteit eveneens gelden voor het opzet. Uit de premisse dat de betekenis van ‘veroorzaken van een gevolg’ onafhankelijk is van de psychische gesteldheid van de actor, volgt niet dat hetzelfde geldt voor ‘*opzettelijk* veroorzaken van een gevolg’.¹¹¹ De stelling dat de betekenis van ‘*opzettelijk* veroorzaken van een gevolg’ niet scharniert om de psychische gesteldheid van de actor, vereist zelfstandige argumentatie. Het beroep op Glastra van Loon volstaat niet.

Ik vind het lastig Peters’ denktrant te volgen. In mijn optiek speelt de veronderstelde psychische gesteldheid van de actor een belangrijke rol bij de betekenisbepaling in het sociale verkeer.¹¹² In paragraaf 4.3.8.4.a bespreek ik het volgende uitgangspunt. Een actor die een bepaald slecht gevolg met opzet veroorzaakt, is *ceteris paribus* nooit minder laakbaar dan een actor die dat gevolg

¹⁰⁸ Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’, p. 45-46.

¹⁰⁹ Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’, p. 26 en 122-123.

¹¹⁰ Zie Glastra van Loon 1956, ‘Norm en handeling. Bijdrage tot een kentheoretische fundering der sociale wetenschappen’, p. 193-199.

¹¹¹ Op de premisse valt ook wel wat af te dingen. In mijn optiek is de causaliteit niet geheel onafhankelijk van de psychische gesteldheid van de actor. Een gevolg wordt eerder aan de actor toegerekend als sprake is van opzet. Vgl. Hart & Honoré 1985, ‘Causation in the law’, p. 41-44 en 170-172. Zie ook paragraaf 2.4.4.2.b en 4.5.4.3.c. Ik betoog daar dat de kans op het intreden van een gevolg niet onafhankelijk is van de psychische gesteldheid van de actor. Tegen deze achtergrond is de stelling dat de psychische gesteldheid van de actor geen rol zou spelen bij het vaststellen van de betekenis van ‘*opzettelijk* veroorzaken van een gevolg’ nog moeilijker te plaatsen.

¹¹² Ik spreek van ‘veronderstelde psychische gesteldheid’, omdat het toekennen van sociale betekenis een buitenstaandersperspectief impliceert. Het gaat niet om de psychische gesteldheid van de actor, maar om de door buitenstaanders gepercipieerde psychische gesteldheid. Dat laat de mogelijkheid open dat verschillende personen een verschillende betekenis aan de gedraging van de actor toekennen. Wat de een opvat als een judaskus, vat de ander op als een teken van genegenheid.

zonder opzet veroorzaakt.¹¹³ De kern van dit uitgangspunt is dat opzet in psychische zin een cruciale factor in het determineren van laakbaarheid is. Als dit uitgangspunt wordt aanvaard, dan is het wel degelijk van belang de psychische gesteldheid van de actor in aanmerking te nemen. Dat brengt mee dat kennis over de psychische gesteldheid van de actor van invloed is op de sociale betekenis die aan de handeling wordt toegekend.¹¹⁴ Het verband loopt van het opzet naar de sociale betekenis en niet andersom! Ik laat dit punt voor wat het is en conformeer mij aan Peters' opvatting. Het is denkbaar het begrip 'sociale betekenis' zo op te vatten dat psychische aspecten irrelevant zijn. Boven heb ik betoogd dat het elimineren van het psychische niet gegrond kan worden op Buytendijk en Glastra van Loon. Het is nu de vraag of andere argumenten pleiten voor Peters' normatieve opzetteorie.

Peters betoogt dat opzet een normatief begrip is, omdat het in de praktijk normatief wordt toegepast. Hij voert twee gronden aan. (1) De onkenbaarheid van opzet.¹¹⁵ Peters meent dat de rechter niet kan weten wat zich in de psyche van de verdachte heeft afgespeeld. Dat brengt volgens hem mee dat de praktijk werkt met een fictie van psychisch opzet. (2) Opzet bij storing geestvermogens.¹¹⁶ Delicten worden vaak gepleegd door personen die geïntoxiceerd of geestelijk gestoord zijn. Dergelijke storingen staan doorgaans niet in de weg aan het aannemen van opzet. Volgens Peters kan dit alleen verklaard worden door uit te gaan van een normatief opzettebegrip. Als de twee door Peters aangevoerde argumenten gegrond zijn, dan staat de validiteit van de psychische opzetteorie inderdaad ter discussie. In paragraaf 4.3.6 en 4.3.7 sta ik uitgebreid stil bij deze argumenten. Ik trek daar de conclusie dat de argumenten verworpen dienen te worden.

Peters heeft nog een ander argument voor de normatieve interpretatie van opzet. Bij de vraag of al dan niet sprake is van opzet moet niet worden vooruitgelopen op de schuldvraag.¹¹⁷ Peters wijst er terecht op dat opzet in ons stelsel nog geen schuld impliceert. De vraag naar het opzet komt aan de orde bij de eerste materiële vraag. De elementen wederrechtelijkheid en schuld komen pas aan de orde bij de derde materiële vraag. Volgens Peters is het niet bezwaarlijk bij de eerste materiële vraag te abstraheren van psychische aspecten, aangezien

¹¹³ Vgl. Zaibert 1998, 'Intentionality, voluntariness, and culpability: a historical-philosophical analysis'; Zaibert 2002, 'Intentionality and wickedness'; Zaibert 2005, 'Five ways Patricia can kill her husband. A theory of intentionality and blame', p. 18, 21, 74, 209-214. Zaibert 1998, p. 493 spreekt van de 'principle of the normative ascription of intentionality': "Ceteris paribus, it is never less blameworthy to bring about an evil outcome when the agent has the intention of bringing it about than it is to bring it about when the agent does not have the intention of bringing it about."

¹¹⁴ Peters 1966, 'Opzet en schuld in het strafrecht', p. 26 (voetnoot 80) impliceert dat dit niet het geval is.

¹¹⁵ Zie Peters 1966, 'Opzet en schuld in het strafrecht', p. 117-119.

¹¹⁶ Zie Peters 1966, 'Opzet en schuld in het strafrecht', p. 135-142.

¹¹⁷ Zie Peters 1966, 'Opzet en schuld in het strafrecht', p. 89-92, 114-116, 121 en 142-145.

deze aspecten later nog aan de orde kunnen komen. De psychische aspecten zijn pas van belang indien de rechter overweegt een sanctie op te leggen. Bij de eerste materiële vraag kan volstaan worden met het vaststellen van de objectieve betekenis van het gedrag.

Het is nu van belang nader te beschouwen hoe de relatie tussen opzet en schuld bij Peters gestalte krijgt. Peters' opvatting wijkt zodanig af van hetgeen gebruikelijk is dat ik de door hem aan deze begrippen toegekende betekenis aanduid als «opzet» en «schuld». Als ik doel op de door mij wenselijk geachte betekenis, dan geef ik de begrippen zonder Franse aanhalingstekens weer. In mijn visie is voor opzet ten minste vereist dat sprake is van bewustheid in psychische zin.¹¹⁸ Voor schuld is ten minste vereist dat de actor controle heeft over het al dan niet intreden van het feit.¹¹⁹ Peters meent dat sprake is van «opzet» als de gedraging van de actor een bepaalde sociale betekenis heeft. Peters' opvatting met betrekking tot «schuld» is in paragraaf 3.3.4 aan de orde geweest. Volgens Peters heeft «schuld» betrekking op de crimineel-politieke rechtvaardiging van de toe te passen sanctie in het concrete geval.¹²⁰ Peters meent dat misdrijven geen generaal preventief effect kunnen hebben. Dat brengt mee dat «schuld» bij misdrijven betrekking heeft op de noodzaak van speciale preventie. Simpel gezegd, een actor heeft «schuld» als verwacht mag worden dat het opleggen van straf een speciaal preventief effect heeft. «Schuld» is niet iets dat in de werkelijkheid bestaat; het is een toerekeningshandeling van de rechter. Peters' visie geldt zowel voor het bestanddeelniveau als het elementniveau.

Peters' visie kan nu in twee stellingen worden weergegeven. (1) Bij het bepalen van «opzet» is het opzet van de actor irrelevant. (2) Bij het bepalen van «schuld» is de schuld van de actor irrelevant. Peters' visie leidt in vier gevallen tot een ander resultaat: (a) wel opzet, maar geen «opzet»; (b) wel schuld, maar geen «schuld»; (c) geen opzet, maar wel «opzet»; en (d) geen schuld, maar wel «schuld». De laatste twee gevallen betreffen een uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Peters' visie biedt burgers maar weinig rechtsbescherming. Er is sprake van «opzet» als een handeling een bepaalde sociale betekenis heeft. Er is sprake van «schuld» als een speciaal preventief effect verwacht wordt. Het kenmerkende van Peters' visie is dat het perspectief van de verdachte geen gewicht in de schaal legt. Het ontbreken van opzet en schuld staat op zichzelf beschouwd niet aan een veroordeling voor een doleus misdrijf in de weg.

Peters' visie kan bekritiseerd worden aan de hand van de in het vorige hoofdstuk behandelde straftheorieën. Het negatieve retributivisme en de op controle geënte Rawlsiaanse theorie hechten beide – net als Peters – aan de preventieve werking van straf. In deze theorieën is de strafbevoegdheid echter aan beperkingen onderhevig. Er mag alleen gestraft worden voor een bepaald

¹¹⁸ Zie paragraaf 4.5.

¹¹⁹ Zie paragraaf 2.4 en 3.6.3.

¹²⁰ Zie Peters 1966, 'Opzet en schuld in het strafrecht', p. 146 e.v.

delict als sprake is van voldoende morele verderfelijkeid (retributivisme) of voldoende controle (Rawlsiaanse theorie). Verschoningsgronden spelen in dit verband een belangrijke rol. Bij de meeste misdrijven wordt opzet geëist. Daaruit volgt dat alleen gestraft mag worden als sprake is van opzet én schuld op elementniveau (verwijtbaarheid). De opzeteis brengt mee dat over het algemeen sprake is van veel laakbaarheid of controle.¹²¹ De verwijtbaarheidseis garandeert dat in concreto sprake is van voldoende verderfelijkeid of controle.

Peters' visie heeft een utilitaristische inslag.¹²² Peters' uitwerking van het utilitarisme behelst dat het gelegitimeerd is onschuldigen te straffen als een preventief effect verwacht wordt. Het is echter de vraag of deze eenzijdige nadruk op het utilitaristische subdoel preventie utilitair is. In paragraaf 3.3.3 bleek dat de utilitaristische straftheorie toegepast moet worden op een strafrechtelijk stelsel. In een strafrechtelijk stelsel gelden bepaalde regels die de aansprakelijkheid omlijnen. Het is vervolgens de vraag of deze regels *over het geheel genomen* utilitair zijn. Dat brengt mee dat niet elke handeling binnen het stelsel op zichzelf beschouwd utilitair hoeft te zijn. De utiliteit wordt niet op handelingsniveau, maar op stelselniveau beoordeeld. Peters past het utilitarisme echter op handelingsniveau toe. Een rechter mag een onschuldige straffen als hij een preventief effect verwacht. Het is zeer de vraag of de utiliteitswinst op handelingsniveau zich op stelselniveau uitbetaalt. In paragraaf 3.3.3 heb ik vier utilitaristische argumenten besproken die pleiten tegen het uitbannen van het schuldbeginnsel.¹²³ Tegen deze achtergrond acht ik het waarschijnlijk dat Peters' visie disutilitair is.

De bovenstaande behandeling van «opzet» en «schuld» stond in het teken van Peters' boven besproken argument voor de normatieve interpretatie van opzet. Dit argument behelst dat bij de vraag of sprake is van opzet niet moet worden vooruitgelopen op de schuldvraag. De in dit stadium genegeerde psychische aspecten kunnen immers later nog een rol spelen. Deze rol blijkt bij nader inzien zeer beperkt te zijn. «Schuld» heeft betrekking op de noodzaak van speciale preventie. De psychische aspecten zijn alleen van belang in verband met het vaststellen van de effectiefste sanctie.¹²⁴ Een stelsel waarin de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor misdrijven bepaald wordt door «opzet» en «schuld» biedt burgers slechts weinig rechtsbescherming. Dit stelsel staat op gespannen voet met de retributieve, de Rawlsiaanse en de utilitaristische straftheorie. Het is onrechtvaardig én disutilitair.

¹²¹ Zie paragraaf 4.3.8.2 en 4.3.8.3.

¹²² Zie Peters 1966, 'Opzet en schuld in het strafrecht', p. 253 en 324.

¹²³ Het straffen van onschuldigen kan leiden tot: (1) maatschappelijke beroering; (2) extra kosten om strafrechtelijke aansprakelijkheid te vermijden ('overdeterrence'; zie ook paragraaf 3.5); (3) extra leed bij de bestrafte en zijn dierbaren; en (4) aantasting van de legitimiteit van het strafrecht, hetgeen ten koste gaat van de preventieve werking van straf (zie ook paragraaf 3.4.7).

Ik vermoed dat Peters de verregaande consequenties van zijn theorie niet goed heeft doordacht. Peters is fel gekant tegen de retributieve straftheorie: vergelding van schuld is onwetenschappelijke hocus-pocus.¹²⁵ Hij ageert met name tegen het opleggen van straf bij culpose gevolgsdelicten. Volgens Peters is hier sprake van «schuld» als de verdachte meer dan gemiddeld ‘accident-prone’ is.¹²⁶ In dat geval is speciale preventie geëigend. Peters meent dat deze grotere ‘accident-proneness’ doorgaans niet vastgesteld kan worden. Daaruit volgt dat slechts zeer zelden veroordeeld moet worden voor een culpoos gevolgsdelict. Peters’ utilitaristische invulling van «schuld» is denk ik primair ingegeven door de wens geen zinloze straf op te hoeven leggen. Hij heeft echter onvoldoende oog gehad voor de keerzijde van deze visie. Door het schuldbeginsel in utilitaristische termen te herdefiniëren, zijn burgers verstoken van rechtsbescherming.

Het heeft er alle schijn van dat Peters de in zijn proefschrift verdedigde visie later heeft herzien.¹²⁷ In zijn oratie verdedigt Peters de opvatting dat rechtsbeginselen, zoals het schuldbeginsel, orthogonaal staan op de door het strafrecht nagestreefde doelen, zoals preventie. Het strafrecht ontleent zijn rechtskarakter aan het feit dat deze beginselen autonoom functioneren. Peters wijst op een drietal strategieën om strijdigheid tussen rechtspraktijk en rechtsbeginselen te ontkennen. In de volgende passage doelt Peters op een door hemzelf in zijn proefschrift toegepaste methode.

“De tweede methode is om een beginsel zo te interpreteren dat het geheel komt te passen in een doelrationeel beleid en daarvan een onderdeel gaat vormen. Dit gebeurt bijvoorbeeld met het schuldbeginsel, wanneer de rechter eerst nagaat welke sanctie het meest geschikt is om de maatschappij voor een bepaalde tijd tegen een delinquent te beschermen en/of een delinquent te resocialiseren, en dan vervolgens deze beslissing fundeert op de daarvoor theoretisch vereiste schuld en toerekeningsvatbaarheid. Het strafrecht wordt aldus ‘functioneel’ toegepast.”¹²⁸

In zijn proefschrift liggen het schuldbeginsel en preventie in elkaars verlengde: er is sprake van een horizontale verhouding. Het perspectief van de verdachte speelt geen rol van betekenis. In zijn oratie lijkt Peters afstand van deze visie te

¹²⁴ Zie Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’, p. 121.

¹²⁵ Zie Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’, p. 249. Zie ook Peters 1966, p. VIII, 261 en 298.

¹²⁶ Zie Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’, p. 266-280.

¹²⁷ Zie Peters 1972, ‘Het rechtskarakter van het strafrecht’ en Peters 1993, ‘Strafrechtelijke toerekening in vergelijkend cultureel perspectief: de Japanse benadering’. Peters 1993 kan verstaan worden als een pleidooi voor het belang van het subjectieve in het strafrecht. Ook in dit geval zoekt Peters aansluiting bij de fenomenologische psychologie van Buytendijk.

¹²⁸ Peters 1972, ‘Het rechtskarakter van het strafrecht’, p. 10.

nemen. Het schuldbeginsel staat nu orthogonaal op de door de staat nagestreefde preventie.¹²⁹ De visie van de latere Peters past goed bij het in het vorige hoofdstuk door mij verdedigde controleprincipe. Het controleprincipe dicteert dat burgers een redelijke gelegenheid moet worden geboden uit de greep van het strafrecht te blijven. Des te zwaarder kan worden gestraft, des te groter is het belang van controle. Dit uitgangspunt vereist een op controle geënte interpretatie van opzet, schuld en schulduitsluitingsgronden. Het perspectief van de verdachte staat daarbij centraal: is sprake van voldoende controle? De vraag of preventie geëigend is, komt pas later aan de orde.

Ik maak de balans van deze paragraaf op. Peters stelt dat opzet een normatief, niet-psychisch begrip is. Opzet is de sociale betekenis die wordt toegekend aan de psycho-fysisch neutrale handeling van de actor. Ik heb betoogd dat Peters ten onrechte aansluiting zoekt bij de opvattingen van Buytendijk en Glastra van Loon. Vervolgens ben ik ingegaan op Peters' these dat opzet normatief is, omdat niet moet worden vooruitgelopen op de schuldvraag. In mijn optiek biedt een stelsel waarin strafrechtelijke aansprakelijkheid voor misdrijven uitsluitend bepaald wordt door «opzet» en «schuld» burgers te weinig rechtsbescherming. De conclusie is dat de theoretische onderbouwing van de normatieve opzettheorie tekortschiet. Een open vraag is of de door Peters aan de praktijk ontleende argumenten valide zijn. Peters stelt dat opzet onkenbaar is en dat een actor met gestoorde geestvermogens geen opzet kan hebben. Dat brengt volgens hem mee dat rechters opzet in de praktijk normatief toepassen. In paragraaf 4.3.6 en 4.3.7 bestrijd ik deze argumenten.

4.3.3 Brouns

Brouns' opvatting kan het best geduid worden tegen de achtergrond van de opvattingen van Nieboer en Strijards. De oratie van Nieboer en het proefschrift van zijn promovendus Strijards bevatten een cognitieve theorie van opzet.¹³⁰ Nieboer en Strijards beschouwen opzet als een psychisch begrip. Volgens hen bestaat opzet uit 'willen' en 'weten'. Daarbij geldt: 'willen' = 'weten' + toch doen. Brouns' opvatting verschilt in een aantal opzichten van die van Nieboer

¹²⁹ Het verdient opmerking dat deze orthogonale verhouding op handelingsniveau is gesitueerd. Het feit dat preventie en schuld op handelingsniveau orthogonaal op elkaar staan, brengt niet mee dat dit eveneens geldt op stelselniveau. Het is goed denkbaar dat het schuldbeginsel op stelselniveau leidt tot maximale preventie of utiliteit. Hetzelfde geldt mogelijk voor de andere rechtsbeginselen.

¹³⁰ Nieboer 1978, 'Wetens en willens' en Strijards 1983, 'Facetten van dwaling in het strafrecht', p. 67-79. In paragraaf 4.2.3.2 heb ik de cognitieve opzettheorie besproken aan de hand van Nieboer 1991, 'Schets materieel strafrecht' en Strijards 1992, 'Hoofdstukken van materieel strafrecht'. Deze boeken waren nog niet verschenen ten tijde van Brouns' proefschrift.

en Strijards. De eerste drie stellingen bij Brouns' proefschrift geven inzicht in deze verschillen.¹³¹

- 1 Opzet is niet alleen weten, maar ook willen.
- 2 Opzet is geen geestesgesteldheid.
- 3 Opzet differentieert zich inhoudelijk naar gelang het delict waarvan het bestanddeel is.

Brouns' eerste stelling doet uitkomen dat opzet en 'willen' volgens hem onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Brouns werpt Nieboer en Strijards tegen dat ze 'willen' uit het opzetbegrip geëlimineerd hebben.¹³² Dat is uiteraard niet hoe Nieboer en Strijards het zien. Zij definiëren opzet immers in termen van 'willen' en 'weten'. Brouns heeft echter wel een punt. Bij Nieboer en Strijards berust 'willen' op 'weten'. 'Willen' betekent iets in de trant van handelen ondanks 'weten'. Dat brengt mee dat 'willen' nauwelijks zelfstandige betekenis heeft.

Brouns meent dat Nieboer en Strijards een op het bewijs geënte betekenis aan opzet toekennen.¹³³ Om bewijsmoeilijkheden te voorkomen zou volgens Brouns bij het bewijs van opzet geabstraheerd mogen worden van 'willen'. Daardoor zou de onjuiste indruk kunnen ontstaan dat opzet toch vooral 'weten' is. Ik kan de visie van Brouns moeilijk plaatsen. Volgens Brouns is 'willen' de centrale component van het opzet. Ik zie niet in waarom bij het bewijs geabstraheerd zou mogen worden van een onmisbare component. De tegengestelde conclusie – 'willen' is kennelijk van ondergeschikt belang – lijkt mij meer voor de hand te liggen. Nieboer en Strijards' opvatting dat 'weten' de kern van het opzetbegrip vormt, is in lijn met dat uitgangspunt.

Brouns' tweede stelling behelst dat opzet geen geestesgesteldheid is. Volgens Brouns moet opzet niet worden opgevat als iets psychologisch of psychisch.¹³⁴ Brouns' tweede stelling laat zich op het eerste gezicht moeilijk verenigen met zijn eerste stelling. 'Willen' en 'weten' lijken immers te verwijzen naar iets psychisch. In het dagelijks leven en in de filosofie wordt algemeen aangenomen dat iemand opzet op het veroorzaken van een gevolg heeft als hij handelt omdat hij wil en weet dat het gevolg intreedt.¹³⁵ 'Willen' en 'weten'

¹³¹ Zie Brouns 1988, 'Opzet in het wetboek van strafrecht', p. 309-312.

¹³² Zie Brouns 1988, 'Opzet in het wetboek van strafrecht', p. 18-24, 165, 210-216, 229, 247 en 295.

¹³³ Zie Brouns 1988, 'Opzet in het wetboek van strafrecht', p. 155-156, 165, 210-212, 247 en 295. Dit verwijt is misplaatst. Nieboer en Strijards maken consequent onderscheid tussen bewijs en inhoud van opzet. Brouns doet dit niet. De wijze waarop opzet bewezen of gekwalificeerd wordt, maakt volgens hem deel uit van het opzetbegrip. Hieronder besteed ik aandacht aan Brouns' processuele perspectief.

¹³⁴ Zie bijv. Brouns 1988, 'Opzet in het wetboek van strafrecht', p. 3 en 5.

¹³⁵ Zie paragraaf 4.4.1 over doelopzet. In de daar opgenomen definitie van doelopzet maak ik gebruik van de term 'wensen' in plaats van 'willen'. De reden daarvoor is dat 'willen' in

verwijzen dan naar de psyche van de actor. Brouns heeft echter niet het oog op deze gebruikelijke betekenis van ‘willen’ en ‘weten’. Twee vragen dringen zich op. Ten eerste, waarom is opzet geen psychisch begrip? Ten tweede, wat behelst deze niet-psychische invulling van ‘willen’ en ‘weten’?

Brouns voert drie redenen aan waarom men opzet niet psychisch op zou moeten vatten. Brouns’ eerste argument steunt op de wetsgeschiedenis.¹³⁶ Een beschouwing van de wetsgeschiedenis zou de vanzelfsprekendheid waarmee opzet later als een psychisch iets is opgevat van veel gewicht ontdoen. Volgens Brouns zijn nergens in de wetsgeschiedenis aanknopingspunten te vinden waaruit *direct* zou kunnen worden afgeleid dat de wetgever het opzet zag als een geestesgesteldheid. Brouns’ tweede argument lijkt gestoeld op de wens de psychologie buiten de deur te houden.¹³⁷ Een psychisch opzetbegrip is volgens Brouns vatbaar voor invloeden uit de psychologie. Het denken over opzet zou daardoor in aanraking komen met richtingen die het onderbewuste thematiseren. Brouns’ derde argument heeft betrekking op de strafbaarheid van de rechtspersoon.¹³⁸ Een niet-psychisch opzetbegrip maakt het mogelijk rechtstreeks opzet aan te nemen bij een rechtspersoon. Ook een rechtspersoon kan ‘willen’ en ‘weten’. De door Brouns opgevoerde argumenten overtuigen geen van alle. In paragraaf 4.3.4, 4.3.5 en 4.3.6.5 bestrijd ik deze argumenten.

De vraag wat Brouns’ niet-psychische invulling van ‘willen’ en ‘weten’ behelst, is moeilijk te beantwoorden. Brouns maakt duidelijk dat hij van mening is dat de visie van Nieboer en Strijards niet deugt. Hij komt echter nergens met een helder alternatief. Volgens Brouns zijn pogingen om tot één gelijkvormig opzet te komen, gedoemd te mislukken.¹³⁹ Er zijn mogelijk evenveel opzetvormen als er opzetsdelicten zijn. Deze visie maakt het moeilijk algemene uitspraken te doen over de gemeenschappelijke kenmerken van deze opzetvormen: ‘willen’ en ‘weten’. Ik beperk mij daarom tot het aanstippen van enige aspecten die betrekking hebben op deze componenten. Ik begin met Brouns’ opvatting over bewustzijnsmodaliteiten.¹⁴⁰ Hoe moeten begrippen als mogelijkhedenbewustzijn of zekerheidsbewustzijn worden opgevat?

“Bij een psychologiserende opvatting van het opzet worden genoemde bewustzijnsvormen beschouwd als reële psychische inhouden. Het opzet wordt herleid tot voorstellingen die de dader omtrent een gevolg of omstandigheid heeft gehad of kon hebben gehad. Bij het bewijs van het opzet zou in enigerlei vorm een psychische inhoud bij de dader moeten worden vastgesteld, waaruit dan zijn opzet kan volgen.

de Nederlandse doctrine diverse betekenissen heeft. Brouns’ niet-psychische invulling van ‘willen’ is een van die betekenissen.

¹³⁶ Zie Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’, p. 5 en 310.

¹³⁷ Zie Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’, p. 24 en 288-289.

¹³⁸ Zie Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’, p. 59, 243, 287-288 en 301.

¹³⁹ Zie m.n. Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’, p. 3, 5, 143 en 301-302.

¹⁴⁰ Zie Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’, p. 37-39, 262-263 en 280.

Door te spreken van vormen van ‘bewustzijn’ komt echter niet goed tot uitdrukking, waarom bij de bewijsvraag op deze vormen wordt teruggesproken. Waar de belangstelling naar uitgaat is niet naar een reële psychische inhoud. Het invoeren van deze vormen van bewustzijn gebeurt in een generaliserende context, waarbij de normaliteit van een gang van zaken de maatstaf voor beoordeling vormt.”¹⁴¹

In de literatuur en rechtspraak wordt regelmatig onderscheid gemaakt tussen zekerheidsbewustzijn en mogelijkheidsbewustzijn. Auteurs die een psychisch opzetbegrip voorstaan, veronderstellen dat deze begrippen betrekking hebben op iets psychisch. Zo vat Rimmelink deze begrippen op als een geesteshouding waarbij het gevolg als zeker of als een mogelijkheid is voorgesteld.¹⁴² Brouns ziet dat anders. Volgens hem gaat het om de dwingendheid van het verband tussen het handelen van een dader in een bepaalde context en zijn opzet.¹⁴³ Zijn handelen wordt opgevat als een teken voor het bestaan van zijn opzet. Als dat verband minder sterk is, dan moeten andere aanwijzingen bij het bewijs van opzet meer gewicht in de schaal leggen.

Als ik het goed zie dan meent Brouns dat deze aanwijzingen, ofwel algemene ervaringsregels, integraal deel uitmaken van het opzetbegrip.¹⁴⁴ Het opzetbegrip kan volgens Brouns het best geformuleerd worden als een verzameling van algemene regels. Weten wat ‘opzettelijk’ betekent, is weten hoe het in een bepaald geval aan te wenden.¹⁴⁵ Deze algemene regels verschillen van delict tot delict: er zijn mogelijk evenveel opzetvormen als er opzetdelicten zijn. Het volgende citaat bevat een aantal van deze algemene regels.

“Zo zouden mishandelingsopzet, beledigingsopzet, dodingsopzet, beschadigingsopzet één familie kunnen vormen, die van het opzet. Bij beschadiging wordt om tot de aanwezigheid van opzet te besluiten, wel gekeken naar de aard van de gedraging. Brengt deze noodzakelijkerwijze schade met zich en was zij zelf opzettelijke (d.i. was er formeel opzet), dan was er de wil tot beschadigen. Op overeenkomstige wijze wordt oplichtingsopzet vastgesteld. Zijn er onbehoorlijke middelen in het spel en is hun aanwending opzettelijk, dan is er de wil tot wederrechtelijke bevoordeling. Voor belediging is het bewustzijn van het beledigend karakter van de gesproken woorden of van de inhoud van een stuk een vereiste. Zegt de verdachte zich daarvan be-

¹⁴¹ Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’, p. 263.

¹⁴² Rimmelink 1996, ‘Mr. D. Hazewinkel-Suringa’s inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht’, p. 203-206.

¹⁴³ Ik weet niet precies hoe Brouns’ opvatting geduid moet worden. De volgende typering geven het verschil wellicht weer. Psychische opzettheorie: mogelijkheidsbewustzijn = bewustheid van een mogelijkheid. Brouns: mogelijkheidsbewustzijn = het is mogelijk dat sprake is van bewustheid.

¹⁴⁴ Zie m.n. Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’, p. 300-302.

¹⁴⁵ Deze benadering verraadt de invloed van Wittgenstein. In paragraaf 4.3.6.2 besteed ik kort aandacht aan Wittgensteins taalbehavioristische opvatting.

wust te zijn geweest, dan heeft hij beledigingsopzet gehad. Wanneer geen informatie over het weten van verdachte voorhanden is, dan treedt het objectief beledigend karakter van de uiting op de voorgrond. Om tot beledigingsopzet te besluiten komt de opzettelijke daad weer om de hoek kijken; er moet nu een toegevoegde activiteit zijn (bijvoorbeeld het verzenden van het stuk met de beledigende inhoud). Verschil tussen het beschadigingsopzet en de andere twee opzetvormen is dat bij het eerste het gevolg in de handeling besloten moet liggen, terwijl dat voor de andere twee niet geldt. Van mishandelingsopzet is sprake bij het op niet te grote afstand schieten met een hagelpatroon of het gewelddadig beetpakken en knijpen in de keel. Bij mishandeling lijkt de activiteit, in dit geval om letsel toe te brengen, eveneens te overheersen. De *aard* van het letsel lijkt daarentegen een grotere rol te spelen in de regels die rond het dodingsopzet worden geformuleerd. Het gaat daarbij met name om dodelijke verwondingen in kwetsbare delen van het menselijk lichaam.”¹⁴⁶

Auteurs die opzet als iets psychisch zien, zouden het bovenstaande denk ik opvatten als een verzameling bewijsregels. Een bepaalde handeling (knijpen in de keel) kan het bewijs opleveren van een bepaalde psychische gesteldheid (mishandelingsopzet). Een dergelijke materieelrechtelijke benadering veronderstelt een onderscheid tussen bewijs en hetgeen bewezen moet worden. Brouns lijkt nauwelijks onderscheid te maken tussen bewijs en inhoud van opzet. ‘Willen’ en ‘weten’ zijn componenten waaraan in een bepaalde context voldaan is. Iemand die zich in een bepaalde context zus en zo gedraagt, *heeft* geweten en gewild. Brouns’ processuele benadering behelst dat de wijze waarop opzet door de rechter wordt vastgesteld in het opzetbegrip is geïntegreerd. Eventueel aanwezige psychische aspecten verdwijnen in deze benadering gemakkelijk naar de achtergrond. Men zou op vergelijkbare wijze kunnen betogen dat het begrip maximumsnelheid uit de RVV niets met snelheid te maken heeft. Bijvoorbeeld: er is sprake van een snelheidsoverschrijding als een lasergun een bepaalde waarde aangeeft. Het snelheidsbegrip wordt aldus herleid tot de snelheidsmeting.

Brouns’ processuele perspectief maakt het moeilijk zijn visie met betrekking tot de inhoud van opzet te doorgronden. Brouns laat zich slechts zelden uit over de betekenis van ‘willen’ en ‘weten’. Brouns meent dat ‘weten’ een noodzakelijke voorwaarde voor ‘willen’ vormt.¹⁴⁷ Het ‘weten’ van de dader is geen psychisch gebeuren, maar de informatie waarover de dader beschikt. Het ‘willen’ vervult een oorsprongsfunctie en een verklaringsfunctie.¹⁴⁸ ‘Willen’ betekent dat de wil als begin oorzaak is van de buiten de dader liggende keten

¹⁴⁶ Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’, p. 301-302. ‘Opzettelijke’ en ‘het het’ in origineel.

¹⁴⁷ Zie Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’, p. 60 en 309-312.

¹⁴⁸ Zie Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’, p. 102-104, 292-295, 307 en 309-312.

van oorzaken en gevolgen. Bovendien vervult de wil een verklarende functie: er is opzet indien het gevolg als oorzaak van de wil kan gelden. Hierbij spelen sociale conventies een rol. Deze visie is in lijn met Peters' normatieve opzettheorie. Een bepaalde handeling heeft de sociale betekenis van 'willen'.

'Weten' heeft aldus betrekking op de kennis waarover de actor beschikt. Volgens Brouns is dit 'weten' bij voorwaardelijk opzet en bewuste schuld beide aanwezig.¹⁴⁹ Daaruit volgt dat 'willen' nodig is om opzet en schuld uit elkaar te houden. Brouns werpt Nieboer en Strijards tegen dat zij opzet reduceren tot 'weten'. Het gevolg daarvan zou zijn dat de bewuste schuld grotendeels opgeslokt wordt door voorwaardelijk opzet.¹⁵⁰ Deze gevolgtrekking doet geen recht aan de opvatting van Nieboer en Strijards. Brouns projecteert zijn visie op 'weten' op die van Nieboer en Strijards. Vervolgens impliceert hij dat de bewuste schuld aldus is opgeslokt.

Nieboer en Strijards interpreteren 'weten' anders dan Brouns. Dit verschil kan geïllustreerd worden aan de hand van een recente publicatie van Brouns. In deze publicatie betoogt Brouns dat het verschil tussen opzet en schuld scharniert om het 'willen'. "Opzet is willen en weten. De andere schuldvorm, culpa, is weten zonder willen."¹⁵¹ In de volgende passage gaat Brouns in op het verschil tussen voorwaardelijk opzet en schuld.

"Wanneer bewezen is verklaard dat verdachte zich bewust was van de aanmerkelijke kans dat het gevolg kon intreden, dan is daarmee nog niet zijn opzet op het gevolg bewezen. Beslissend is wat hij, dat wetende, heeft gedaan. Heeft hij van de gedraging afgezien? Of heeft hij gedacht dat het zo'n vaart niet zou lopen en eventueel zijn gedrag aangepast, zodanig dat hij kon menen dat hij voldoende had gedaan om het gevaar te keren. Dat kan onachtzaam, onvoorzichtig, zelfs roekeloos zijn, maar er is dan nog geen sprake van opzet op het ingetreden gevolg. Anders wordt het wanneer hij, hoewel hij zich bewust was van het gevaar, op de oude voet is voortgegaan. Bijvoorbeeld omdat hij het beoogde gevolg zo graag wilde verwezenlijken dat hij de

¹⁴⁹ Zie Brouns 1988, 'Opzet in het wetboek van strafrecht', p. 22, 35, 103 en 247.

¹⁵⁰ Zie Brouns 1988, 'Opzet in het wetboek van strafrecht', p. 1-2, 247, 295 en 309. Brouns 1988, p. 247 zegt het volgende over Nieboers cognitieve opvatting van opzet: "Maar daarbij kan het niet blijven, omdat hetzelfde weten zich ook in gevallen van bewuste schuld kan voordoen. Om opzet en culpa van elkaar gescheiden te houden, hetgeen een uitgesproken verlangen van de wetgever is, moet een ander kenmerk als differentia specifica fungeren. Hiervoor hebben dienst gedaan de onverschilligheid van de dader en verschillende manifestaties van de wil. Het willen kan als een actief instemmen worden opgevat, maar ook als een passiever zich bij gevolg of omstandigheid neerleggen." Brouns 1988, p. 295 stelt dat Nieboers opvatting tot gevolg heeft dat de werkingssfeer van de opzettelijke strafbepalingen sterk wordt uitgebreid.

¹⁵¹ Brouns 2006, 'Een kleine inleiding in het opzet in het Wetboek van Strafrecht aan de hand van rechtspraak van de Hoge Raad in de eerste helft van 2006', p. 936.

nevengevolgen op de koop toenam of omdat hij onverschillig was tegenover de nevengevolgen.”¹⁵²

Als ik de cognitieve opzettingtheorie van Nieboer en Strijards toepas op het bovenstaande, dan kom ik tot hetzelfde resultaat. Van een actor die afziet van zijn gedraging, denkt dat het zo'n vaart niet zal lopen of zich minder gevaarlijk gaat gedragen, kan men zeggen dat hij *tempore delicti* niet beschikt over voldoende bewustheid. Dat betekent dat geen sprake is van 'weten'. Volgens de cognitieve opzettingtheorie is 'weten' bij voorwaardelijk opzet en schuld niet in gelijke mate aanwezig. De kennis die geleid heeft tot gedragsverandering en een andere gevaarsinschatting wordt niet aangemerkt als 'weten'. 'Weten' heeft betrekking op de inschatting ten tijde van de handeling. Zo bezien leidt de cognitieve opzettingtheorie niet tot een ruimer bereik van voorwaardelijk opzet. Het tegendeel lijkt eerder het geval: de cognitieve opzettingtheorie vereist dat sprake is van actueel bewustzijn. In Brouns' visie kan daarentegen ook sprake zijn van opzet zonder deze geestesgesteldheid.

Brouns heeft nog een ander bezwaar tegen de cognitieve opzettingtheorie. De cognitieve opzettingtheorie leidt namelijk tot een geleidelijke overgang tussen opzet en schuld.¹⁵³ Volgens Brouns staat dit op gespannen voet met de visie van de wetgever, aangezien de wetgever opzet en schuld als een zuivere tegenstelling zag. Dat moge zo zijn, Brouns maakt nergens aannemelijk dat 'willen' wél leidt tot een scherpe scheiding tussen opzet en schuld. Het is mij niet duidelijk hoe Brouns' niet-psychische, van delict tot delict variërende wilsbegrip een scherpe scheiding zou kunnen bewerkstelligen.

Een andere vraag is of Brouns' theorie niet even slecht uit de voeten kan met rechtspersonen als een psychische opzettingtheorie. Volgens Brouns toonde de wetgever van 1886 zich gelukkig psychologie-neutraal, zodat het opzetbegrip zelf geen belemmering behoeft te vormen om de rechtspersoon rechtstreeks opzet toe te schrijven.¹⁵⁴ Het denken over opzet als een psychische gesteldheid zou eraan in de weg staan rechtstreeks opzet bij de rechtspersoon aan te nemen. Brouns heeft gelijk: een rechtspersoon kan niet 'willen' en 'weten' in psychische zin. Maar hoe zit het dan met Brouns' invulling van 'willen' en 'weten'?

¹⁵² Brouns 2006, 'Een kleine inleiding in het opzet in het Wetboek van Strafrecht aan de hand van rechtspraak van de Hoge Raad in de eerste helft van 2006', p. 941.

¹⁵³ Zie Brouns 1988, 'Opzet in het wetboek van strafrecht', p. 215 en 289. Brouns 2006, 'Een kleine inleiding in het opzet in het Wetboek van Strafrecht aan de hand van rechtspraak van de Hoge Raad in de eerste helft van 2006', p. 937 stelt dat de praktijk weinig heeft aan Nieboers glijdende overgang van opzet naar schuld, omdat de praktijk een alles of niets beslissing met betrekking tot opzet moet nemen. Dit is een *non sequitur*. Het strafrecht staat bol van geleidelijke overgangen. Geleidelijke overgangen staan echter niet in de weg aan het nemen van een alles of niets beslissing. Het in de praktijk verwaarloosbare verschil tussen een snelheid van 50 en 50,01 kilometer per uur, kan materieelrechtelijk geïdentificeerd worden als het al dan niet overtreeden van de maximumsnelheid.

¹⁵⁴ Zie Brouns 1988, 'Opzet in het wetboek van strafrecht', p. 243 en 287-288.

‘Willen’ betekent dat de wil als begin oorzaak is van de buiten de dader liggende keten van oorzaken en gevolgen. ‘Weten’ heeft betrekking op de informatie waarover de dader beschikt. Hoe worden ‘willen’ en ‘weten’ ingevuld als opzet rechtstreeks wordt toegeschreven aan een rechtspersoon?

Tot slot bespreek ik de validiteit van de differentiatiethese.¹⁵⁵ Opzet differentieert zich inhoudelijk naar gelang het delict waarvan het bestanddeel is. Het is mij hier te doen om de materieelrechtelijke implicaties van deze these.¹⁵⁶ Levert een bepaalde combinatie van ‘willen’ en ‘weten’ bij delict X opzet op, terwijl dat bij delict Y niet het geval is? Brouns stelt dat bij belediging, doodslag en heling de nadruk op het ‘weten’ ligt. Bij vernieling zou de nadruk echter liggen op het ‘willen’.

Brouns baseert zijn these dat de wil bij vernieling een centrale rol speelt primair op HR 1 mei 1893, W 6344.¹⁵⁷ Een binnenschipper had zijn lading overboord geworpen om zijn schip vlot te maken. Voor het Hof volstond de wetenschap van het toebrengen van schade. De Hoge Raad casseerde, omdat de schipper die goederen werpt met het doel zijn schip vlot te maken rechtens niet geacht kan worden het doel, de wil of het opzet te hebben schade toe te brengen aan de eigenaar van die goederen. De noodzakelijke wetenschap van schade bracht volgens de Hoge Raad niet mee dat de schipper handelt om schade toe te brengen.

Dit arrest staat inderdaad op gespannen voet met Nieboer en Strijards’ cognitieve theorie. ‘Weten’ en toch doen levert in casu geen opzet op. Een mogelijke conclusie is dat vernielingsopzet inderdaad verschilt van dodingsopzet. Bij een schipper die mensen overboord zet om zijn schip vlot te maken, zou allicht opzet op de dood worden aangenomen. Daaruit zou afgeleid kunnen worden dat ‘willen’ bij vernielingsopzet belangrijker is dan bij dodingsopzet. Men zou echter ook kunnen beargumenteren dat het arrest inmiddels achterhaald is. Het arrest is slechts korte tijd na de inwerkingtreding van ons wetboek gewezen. De

¹⁵⁵ Zie Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’, p. 143-167.

¹⁵⁶ Boven heb ik uiteengezet dat Brouns een processueel perspectief betreft. De wijze waarop opzet bewezen of gekwalificeerd wordt, maakt deel uit van het opzetbegrip. Brouns meent dat bij de kwalificatie de nadruk ligt op ‘willen’, terwijl ‘weten’ bij het bewijs op de voorgrond treedt. Volgens Brouns brengt dat mee dat opzet in die gevallen een andere betekenis heeft. Zie bijv. Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’, p. 143 en 167. Deze processuele benadering maakt het moeilijk uitspraken over opzet te doen die losstaan van de strafprocessuele context. Brouns 2006, ‘Een kleine inleiding in het opzet in het Wetboek van Strafrecht aan de hand van rechtspraak van de Hoge Raad in de eerste helft van 2006’, p. 941-942 stelt: “Wat weten en willen op het niveau van het concrete delict inhouden, zal per delict kunnen verschillen. Bijvoorbeeld in gevallen van voorhanden hebben, aanwezig hebben, in voorraad hebben, onder zich hebben enz. In die gevallen worden niet zulke hoge eisen aan (het bewijs van) het opzet gesteld.” Uit de laatste zinsede leid ik af dat Brouns ook materieelrechtelijke betekenis toekent aan de differentiatiethese. Dat wil zeggen dat de inhoud van ‘willen’ en ‘weten’ per delict kan verschillen.

¹⁵⁷ Zie Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’, p. 156-158, 166 en 296.

jurisprudentiële erkenning van voorwaardelijk opzet en de rechtvaardigingsgrond overmacht-noodtoestand zou nog geruime tijd op zich laten wachten.¹⁵⁸ Zou het vandaag de dag niet meer voor de hand liggen opzet op het vernielen, beschadigen of het wegmaken van goederen aan te nemen?¹⁵⁹ Het feit dat de schipper handelde om zijn schip vlot te maken kan aan de orde komen bij de vraag of overmacht-noodtoestand de wederrechtelijkheid aantast.

De jurisprudentie van de afgelopen veertig jaar noopt mijns inziens niet tot de conclusie dat ‘willen’ en ‘weten’ bij de door Brouns onderzochte delicten een verschillende betekenis hebben. Laat ik echter ‘for argument’s sake’ aannemen dat wél materieelrechtelijke betekenis toekomt aan de differentiatiethe-se. Dat roept de vraag op waarom dat het geval is. Waarom is ‘willen’ belangrijker bij vernieling dan bij doodslag? Brouns biedt een wetsystematische verklaring. De wilsrichting van de dader zou vernieling (art. 350 Sr) van baldadigheid (art. 424 Sr) moeten onderscheiden. Dit argument overtuigt niet. Een minder prominente rol voor ‘willen’ kan hoogstens leiden tot samenloop. Dat betekent dat voor beide delicten opzet kan worden aangenomen. Dat lijkt mij niet bezwaarlijk.

De differentiatiethe-se brengt mee dat het interpreteren van de wet een lastige opgave vormt. Er bestaat geen eenvormig opzetbegrip, zodat de inhoud van ‘willen’ en ‘weten’ per delict verschilt. Brouns’ onderzoek heeft zich beperkt tot een handvol delicten. Dat roept de vraag op hoe ‘willen’ en ‘weten’ bij de talloze andere opzetsdelicten moet worden geïnterpreteerd. Hier wreekt zich het feit dat de differentiatiethe-se geen fundamentele theoretische onderbouwing heeft. Het is onmogelijk het recht te voorspellen zolang de rechter geen uitspraak heeft gedaan. Dat brengt tevens mee dat de differentiatiethe-se niet falsificeerbaar is. Elke nieuwe uitspraak kan gelden als een bevestiging van de hypothe-se.¹⁶⁰

De onvoorspelbaarheid die kleeft aan de differentiatiethe-se is onwenselijk.¹⁶¹ Als de differentiatiethe-se waar is, dan zou men op zoek moeten gaan naar een fundamentele grondslag.¹⁶² Deze grondslag moet verklaren waarom

¹⁵⁸ Zie respectievelijk HR 9 november 1954, NJ 1955, 55 (Cicero) en HR 15 oktober 1923, NJ 1923, p. 1329 (Opticien).

¹⁵⁹ Uit HR 13 november 2001, NJ 2002, 245 blijkt dat voorwaardelijk opzet volstaat bij art. 350 Sr.

¹⁶⁰ Zie bijv. Brouns 2006, ‘Een kleine inleiding in het opzet in het Wetboek van Strafrecht aan de hand van rechtspraak van de Hoge Raad in de eerste helft van 2006’, p. 942. Volgens Brouns vormt HR 9 mei 2006, DD 2006, 66.5 een illustratie van het feit dat bij bepaalde delicten niet zulke hoge eisen aan ‘willen’ en ‘weten’ worden gesteld.

¹⁶¹ In paragraaf 4.3.9 besteed ik opnieuw aandacht aan deze kwestie.

¹⁶² Kugler 2002, ‘Direct and oblique intention in the criminal law. An inquiry into degrees of blameworthiness’ bespreekt een mogelijke grondslag. Deze grondslag berust op de vooronderstelling dat een actor die doelopzet heeft ceteris paribus een groter moreel verwijt valt te maken dan een actor die kans- of zekerheidsopzet heeft. Bij doelopzet vormt de wil het gevolg te veroorzaken een reden om te handelen. De wetgever (of interpretator van de wet) zou onderscheid kunnen maken tussen drie typen opzetsdelicten: (1) alleen doelop-

→

‘opzettelijk’ in het ene geval anders wordt geïnterpreteerd dan in het andere geval. Als een dergelijke grondslag niet kan worden gelokaliseerd, dan vormt dat een reden de rechtspraak kritisch te beschouwen. De delictsafhankelijke interpretatie van ‘willen’ en ‘weten’ is dan te beschouwen als willekeurig.

Ik sluit af. Brouns’ proefschrift laat het opzet achter in staat van verwarring. Er bestaat geen eenvormig opzet, maar er zijn wellicht net zoveel opzetvormen als er opzetsdelicten zijn. Deze opzetvormen verschillen van elkaar met betrekking tot de niet-psychische componenten ‘willen’ en ‘weten’. Een aantal belangrijke vragen blijven grotendeels onopgehelderd. Wat is de betekenis van dit niet-psychische ‘willen’ en ‘weten’? Hoe kan ‘willen’ een scherpe scheiding tussen opzet en schuld bewerkstelligen? Waarom variëren ‘willen’ en ‘weten’ van delict tot delict? Ik laat deze vragen verder voor wat ze zijn. In de rest van de paragraaf beperk ik mij tot de vraag of opzet een psychisch begrip is. Brouns voert drie redenen aan waarom men opzet niet psychisch op zou moeten vatten. Deze redenen hebben betrekking op de wetsgeschiedenis, de vatbaarheid voor invloeden uit de psychologie en het rechtstreeks kunnen toeschrijven van opzet aan rechtspersonen. In de volgende paragrafen bestrijd ik deze argumenten.

4.3.4 Wetsgeschiedenis

Hierboven hebben we gezien dat Brouns van mening is dat opzet geen psychisch begrip is. Hij beroept zich hierbij onder andere op de wetsgeschiedenis. Zo stelt Brouns op pagina 5 van zijn proefschrift: “De bijna vanzelfsprekendheid waarmee het opzet later is opgevat als een psychisch iets, als een geestesgesteldheid, wordt bij beschouwing van de wetsgeschiedenis van veel van haar gewicht ontdaan.”¹⁶³ Brouns lost deze belofte niet in. De bewering wordt in de hoofdttekst niet van een betekenisvolle onderbouwing voorzien. In de samenvatting keert Brouns terug op dit thema. Zijn tweede stelling – opzet is geen geestesgesteldheid – wordt geheel opgehangen aan de visie van de wetgever. Het wetsgeschiedenisargument blijkt bij nader inzien te rusten op een a contrario redenering: “Nergens zijn er in de wetsgeschiedenis aanknopingspunten te vinden waaruit *direct* zou kunnen worden afgeleid, dat de wetgever het opzet zag als een geestesgesteldheid.”¹⁶⁴ Deze a contrario redenering overtuigt niet.

zet volstaat; (2) alleen doelopzet en zekerheidsopzet volstaan; en (3) doelopzet, zekerheidsopzet en kansopzet volstaan. In paragraaf 4.4 bespreek ik deze drie typen van opzet. Het verdient opmerking dat daar wordt uitgegaan van een psychisch perspectief. Voorstanders van een normatief opzetbegrip dienen een vierde opzettype te onderscheiden: normatief opzet niet bestaande uit doelopzet, zekerheidsopzet of kansopzet.

¹⁶³ Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’, p. 5.

¹⁶⁴ Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’, p. 310. Zie ook Brouns 1988, p. 287-289.

In het onderstaande betoog ik dat de wetgever wel degelijk uitging van een psychisch opzetbegrip.

In de memorie van toelichting van het Wetboek van Strafrecht valt te lezen dat elke opzettelijke daad voorafgegaan wordt door een psychisch moment, een “dessein formé avant l’action”.¹⁶⁵ Dit ‘dessein’ wordt in de regel slechts door een zeer kleine tijdsruimte van de daad gescheiden. De memorie van toelichting over opzet sluit aan bij de definitie van opzet uit het Crimineel Wetboek 1809. “Opzet is de wil om te doen of te laten die daden, welke bij de wet geboden of verboden zijn.”¹⁶⁶ De memorie van toelichting en de beschouwingen van minister Modderman ademen de geest van een psychisch opzetbegrip.¹⁶⁷ Dat blijkt in de eerste plaats uit het gebruik van de termen ‘willens en wetens’, ‘voorbedachtelijk’, ‘wil’, ‘wetenschap’ en ‘desbewust’. Daarnaast worden bij het omlijnen van opzet vaak werkwoorden met een psychische lading gebruikt. Naast ‘willen’ en ‘weten’ zijn dat: ‘bekend zijn met’, ‘zekerheid hebben over’, ‘erop wagen’, ‘menende dat’, ‘wetende dat’, ‘kennis dragende van’, ‘voorzien’ en ‘begrijpen’. Bovendien wordt dwaling met betrekking tot essentialia geacht het opzet uit te sluiten. Dwaling is een antoniem van de cognitieve termen waarmee opzet omlijnd wordt. Wie dwaalt, beschikt niet over de vereiste wetenschap. Ten slotte kan gewezen worden op het feit dat het daderschap van rechtspersonen door de wetgever werd afgewezen.

“Een strafbaar feit kan alléén worden gepleegd door den natuurlijken persoon. De fictie der rechtspersoonlijkheid geldt niet op het gebied van het strafregt. Alzoo, waar de strafwet wordt overtreden door het besluit eener vereeniging, (...) treft de strafbepaling slechts hen wier persoonlijke medewerking tot het besluit of de daaraan gegeven uitvoering bewijsbaar is. Bij misdrijven geldt deze regel algemeen, omdat geen misdrijf bestaat zonder bewezen opzet of schuld (...).”¹⁶⁸

De rechtspersoon wordt beschouwd als een fictie. De fictieleer past bij een visie waarbij strafrechtelijke aansprakelijkheid berust op eigenschappen van de menselijke psyche.¹⁶⁹ De strafbaarheid van rechtspersonen laat zich slecht verenigen

¹⁶⁵ Smidt II, p. 460. De uitdrukking is afkomstig uit de Code Pénal. Art. 297 Code Pénal luidde: “Met voorbedachten rade wordt een doodslag begaan, wanneer er vóór de daad, een opzet genomen is, om eenen bepaalden persoon of zelfs dengene, dien men vinden of ontmoeten zal, aan te vallen; wanneer zelfs dit opzet van eenige omstandigheid of eenig voorval mogt afhangen.” Zie Van Hamel & Noyon 1876, ‘Mr. M. Schooneveld. Het Wetboek van Strafrecht (Code Pénal). Met aantekeningen. Vierde uitgave’, p. 284.

¹⁶⁶ Smidt I, p. 74.

¹⁶⁷ Zie Smidt I, p. 73-89.

¹⁶⁸ Smidt I, p. 450-451.

¹⁶⁹ Vgl. Torringa 1984, ‘Strafbaarheid van rechtspersonen’, p. 1-10 en 66-71; Loth 1988, ‘Handeling en aansprakelijkheid in het recht’, p. 233-235; Jörg 1990, ‘Strafbare rechtspersonen in Amerika. Corporaties en hun functionarissen in het Amerikaanse strafrecht in rechtsvergelijkend perspectief’, p. 149-151.

met deze benadering: hij is onvatbaar voor opzet en schuld. Brouns onderkent dat deze passage opgevat kan worden als een aanwijzing dat de wetgever opzet als een geestesgesteldheid zag.¹⁷⁰ Hij merkt echter op dat de wetgever dat nergens expliciet laat merken. Voor zover dat al het geval is, zou het meer voor de hand liggen dat op te vatten als een aanwijzing dat de wetgever een psychisch opzetbegrip voor ogen stond. Kennelijk was het zo vanzelfsprekend dat de wetgever het niet nodig vond dit expliciet te benoemen. Een bakker die een dampend brood uit de oven haalt, wijst de klant er ook niet op dat het vers is.

Ten tijde van de invoering van ons Wetboek van Strafrecht werd opzet algemeen als een psychisch verschijnsel gezien. Stromingen als het psychologisch behaviorisme (Watson), het filosofisch behaviorisme (Ryle) of het taalbehaviorisme (Wittgenstein) kwamen pas in de vorige eeuw in zwang.¹⁷¹ Daaruit volgt dat geen enkele aanleiding bestaat toen gebezigde psychische termen op niet-psychische wijze op te vatten. Psychische termen verwijzen naar de menselijke psyche; het zijn geen verkapte verwijzingen naar gedragskenmerken. Het psychische denkkader van die tijd wordt treffend geïllustreerd door een artikel van de hand van hoogleraar strafrecht Pols – een van de ontwerpers van het wetboek. In het artikel definieert hij de wil als “de psychische kracht waarmee de geest inwerkt op de stoffelijke wereld”¹⁷² Pols beschouwt de wil als een op handelen gerichte gedachte. In de volgende passage zet hij uiteen hoe het opzet wordt gevormd.

“De mensch, wiens wil door een motief bewogen op een bepaald gevolg is gericht, die een bepaald gevolg wil verkrijgen, een bepaald oogmerk bereiken en daartoe eene materiele daad heeft te verrichten, overdenkt nu welke daad hij daartoe zal verrichten, welke daad noodig en geschikt is om dat oogmerk te bereiken. Hij gaat daarover met zich zelve *te rade*. Dit *beraad* eindigt met een *besluit* d.i. een slotsom van het beraad, waardoor hij voor zichzelf de noodige zekerheid verkrijgt omtrent de vraag, welke daad noodig en geschikt is. Op dat *besluit* richt zich nu de wil en maakt er een *voornemen* van. Met andere woorden de mensch heeft nu den wil gevormd om het besluit van zijn beraad uit te voeren. En daarmee is eindelijk de inwendige werking, de evolutie van den geest geeindigd, het *opzet* geboren. De wil is nu geheel voorbereid tot de handeling, heeft den vorm bekomen waarin hij op de buitenwereld kan inwerken, buiten den geest kan treden en zich in de handeling openbaren.”¹⁷³

¹⁷⁰ Zie Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’, p. 287-288 en 310.

¹⁷¹ Zie Marres 1985, ‘Filosofie van de geest. Een kritisch overzicht’, p. 34-51 en 81-98. Zie paragraaf 4.3.6.2 over Ryle en Wittgenstein.

¹⁷² Pols 1889, ‘Het begrip van strafbare handeling. Bijdrage tot de leer van opzet en schuld’, p. 98.

¹⁷³ Pols 1889, ‘Het begrip van strafbare handeling. Bijdrage tot de leer van opzet en schuld’, p. 104.

Volgens Pols is het opzet altijd in drie verrichtingen te onderscheiden: het beraden, besluiten en voornemen. De ontzettende snelheid waarmee de geest kan werken, belet ons echter ze bij het verrichten van een handeling te onderscheiden. De visie van de medeontwerper van ons wetboek is representatief voor de wijze waarop in die tijd over psychische verschijnselen werd gedacht. Deze visie behelst onder meer dat psychische verschijnselen wezenlijk verschillen van fysische verschijnselen. Ik meen dat deze visie weinig aan zeggingskracht heeft ingeboet. In paragraaf 4.5 zoek ik bij het omlijnen van een psychisch opzetbegrip aansluiting bij Brentano. De psycholoog en filosoof Brentano was een tijdgenoot van de ontwerpers van ons wetboek. Brentano's visie leent zich goed voor het duiden van het psychische opzetbegrip dat de ontwerpers aan het wetboek ten grondslag hebben gelegd.

Deze paragraaf stond in het teken van Brouns' opvatting dat de wetgever opzet niet beschouwde als een psychische gesteldheid. Deze opvatting ligt ten grondslag aan de tweede stelling van zijn proefschrift: opzet is geen geestesgesteldheid. De grondslag van de stelling is onjuist. Uit de wetsgeschiedenis komt naar voren dat de wetgever een psychisch opzetbegrip voor ogen stond.¹⁷⁴ Dat betekent dat de wetsgeschiedenis geen argument oplevert voor een normatieve interpretatie van opzet. Brouns wekt ten onrechte de indruk dat zijn opvatting gedekt wordt door de wetgever. Aanhangers van de normatieve opzettheorie zullen – net als Peters – moeten breken met het begrippenkader van de wetgever. Een normatieve 'hineininterpretierung' van de wetsgeschiedenis vormt een wankel basis.

4.3.5 De rechtspersoon: van een ziellose entiteit naar een zielloos opzetbegrip?

Sinds 1976 bepaalt art. 51 Sr dat ook rechtspersonen strafbare feiten kunnen begaan. Dat betekent dat rechtspersonen geacht worden met opzet of schuld te kunnen handelen. Volgens Brouns pleit de strafbaarheid van rechtspersonen tegen een psychisch opzetbegrip.¹⁷⁵ Het denken over opzet als een psychische gesteldheid zou eraan in de weg staan rechtstreeks opzet bij de rechtspersoon

¹⁷⁴ Vgl. Nieboer 1978, 'Wetens en willens', p. 27; Strijards 1983, 'Facetten van dwaling in het strafrecht', p. 68-70; Loth 1988, 'Handeling en aansprakelijkheid in het recht', p. 211-217.

¹⁷⁵ Zie Brouns 1988, 'Opzet in het wetboek van strafrecht', p. 59, 243, 287-288, 301 en 310. Zie ook Ter Heide 1965, 'Vrijheid. Over de zin van de straf', p. 117-151 en De Hullu 1997, 'Opzet en schuld in het verkeer'. Ter Heide stelt dat onder opzet in juridische zin iets anders is te verstaan dan onder opzet in psychologische zin. Er is sprake van opzet als iemand de kans schept die een normaal mens niet zou scheppen. Volgens Ter Heide opent de ontmenselijking van de strafrechtstheorie de deur voor de strafbaarheid van rechtspersonen. Zo bezien behoeft het leerstuk van schuld en daderschap geen wijziging met betrekking tot rechtspersonen.

aan te nemen. Dit probleem doet zich niet voor bij Brouns' normatieve interpretatie van opzet: ook een rechtspersoon kan 'willen' en 'weten'.

Het laat zich goed denken dat aanhangers van de psychische opzetteorie in verlegenheid worden gebracht door de strafbaarheid van de rechtspersoon. Een rechtspersoon als zodanig heeft immers geen psyche. Hoe kan een rechtspersoon dan opzet hebben? Een voor de hand liggende oplossing is het herleiden van het opzet van de rechtspersoon tot psychische gesteldheden van natuurlijke personen. Hierbij kunnen twee varianten onderscheiden worden. In het eerste geval heeft een natuurlijk persoon het voor het misdrijf vereiste opzet. Het opzet van deze persoon kan vervolgens worden toegerekend aan de rechtspersoon.¹⁷⁶ De memorie van toelichting bij art. 51 Sr lijkt uit te gaan van een dergelijke opvatting.¹⁷⁷ In het tweede geval beschikt niemand over het voor het misdrijf vereiste opzet. Een aantal psychische gesteldheden van verschillende personen kunnen nu worden samengevoegd tot één volwaardig opzet. Dit samengestelde opzet wordt vervolgens toegerekend aan de rechtspersoon.¹⁷⁸

Het is een illusie dat een psychisch opzetbegrip behouden kan worden door het opzet van de rechtspersoon te herleiden tot psychische gesteldheden van natuurlijke personen. Het is de rechtspersoon die strafrechtelijk aansprakelijk wordt gehouden. En rechtspersonen beschikken nu eenmaal niet over een menselijke psyche. Dat betekent dat het aannemen van opzet in deze gevallen alleen verklaard kan worden door de normatieve opzetteorie. Brouns lijkt te menen dat dit pleit tegen de psychische opzetteorie. Ik zie dat anders. Brouns' opvatting berust op de vooronderstelling dat opzet bij mensen en opzet bij rechtspersonen op dezelfde leest geschoeid moet worden. Als opzet bij rechtspersonen normatief is, dan moet hetzelfde gelden voor natuurlijke personen. De wetgever van 1886 volgde waarschijnlijk een vergelijkbare redenering.¹⁷⁹ Rechtspersonen kunnen geen opzet hebben, want ze hebben geen psyche. De wet van de uitgesloten derde voldoet hier echter niet. Er bestaan goede redenen opzet bij rechtspersonen anders op te vatten dan opzet bij natuurlijke personen. Hieronder ga ik eerst in op de relatie tussen strafdoelen en rechtspersonen. Vervolgens besteed ik aandacht aan de interpretatie van het rechtspersoonlijk opzet.

In paragraaf 3.4 heb ik de contouren geschetst van een rechtvaardig strafrechtstelsel. In dit stelsel worden de belangen van preventie en de gestrafte tegen

¹⁷⁶ Khanna 1999, 'Is the notion of corporate fault a faulty notion?: the case of corporate mens rea' spreekt van de 'single actor mens rea standard'.

¹⁷⁷ Zie Kamerstukken II 1975-1976, 13 655, nr. 3, p. 14 en 19, waar gesproken wordt van het toerekenen van het bij een natuurlijk persoon aanwezige opzet aan de rechtspersoon. De natuurlijke persoon wordt als uitgangspunt genomen. De memorie van toelichting stelt daarom dat de strafbaarheid van de rechtspersoon gebaseerd is op een fictie.

¹⁷⁸ Khanna 1999, 'Is the notion of corporate fault a faulty notion?: the case of corporate mens rea' spreekt van de 'collective mens rea standard'.

¹⁷⁹ Smidt 1, p. 450-452. Zie paragraaf 4.3.4.

elkaar afgewogen aan de hand van Rawls' theorie van rechtvaardigheid. Ik heb daar betoogd dat de ratio van verschoningsgronden gevormd wordt door het controleprincipe. Verschoningsgronden bieden burgers controle over het al dan niet in aanraking komen met het strafrecht. Dat geldt in het bijzonder voor het opzet.¹⁸⁰ Het bewustheidsmoment in het opzet biedt de actor een goede gelegenheid de wetsovertreding te voorkomen. De met opzet samenhangende controle vormt een rechtvaardiging voor de hoge straffen die opgelegd kunnen worden bij dodelijke delicten. Het belang van preventie kan pas nagestreefd worden nadat is vastgesteld dat de actor gehandeld heeft met de vereiste geestesgesteldheid. Aldus beschermt het strafrecht burgers tegen ernstige vrijheidsinbreuken door middel van straf.

Deze Rawlsiaanse ratio laat zich niet goed toepassen op rechtspersonen. Bij natuurlijke personen wordt het belang van preventie afgewogen tegen de met straf gepaard gaande vrijheidsinbreuken. De rechtvaardige bejegening van het individu dicteert dat zijn belang boven het belang van preventie wordt gesteld. Het straffen van rechtspersonen kan eveneens geplaatst worden in de sleutel van preventie. Het is echter de vraag of het belang van de rechtspersoon eveneens boven preventie gesteld moet worden. Is het onrechtvaardig een rechtspersoon te straffen die niet beschikt heeft over opzet of schuld (wat daar in deze context ook onder moege worden verstaan)? Vanuit het Rawlsiaanse perspectief bestaan geen fundamentele bezwaren tegen een stelsel waarin de strafbaarheid van rechtspersonen geheel of gedeeltelijk beheerst wordt door causale aansprakelijkheid. De Rawlsiaanse contractant is geïnteresseerd in het vermijden van nadelige posities. Aangezien hij getroffen kan worden door misdaad van rechtspersonen, is het in zijn belang misdaad door rechtspersonen tegen te gaan door middel van straf. De gestrafte rechtspersoon wordt door de Rawlsiaanse contractant echter niet beschouwd als een relevante nadelige positie. De Rawlsiaanse contractant is een mens: de negatieve gevolgen voor een gestrafte rechtspersoon laten hem koud. Daaruit volgt dat het loslaten van het schuldbeginsel bij de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen niet op principiële bezwaren stuit.¹⁸¹

¹⁸⁰ Zie paragraaf 4.3.8.2 over opzet en controle.

¹⁸¹ Deze uitkomst is een logisch gevolg van de inrichting van de originele toestand. De hun eigenbelang nastrevende contractanten hechten alleen belang aan de positie van de rechtspersoon voor zover dat invloed heeft op hun eigen positie. French 1984, 'Collective and corporate responsibility', p. 31-47 beschouwt de rechtspersoon als een volwaardige morele actor (zie hieronder). French karakteriseert Rawls' uitgangspunt als antropocentrisch. Fisse 1983, 'Reconstructing corporate criminal law: deterrence, retribution, fault, and sanctions', p. 1170 (voetnoot 128) doet een poging de retributieve bejegening van rechtspersonen te verenigen met Rawls' theorie van rechtvaardigheid. Dit resulteert echter in een consequentialistische herformulering van het retributivisme.

Het schuldbeginsel kan ook op retributieve leest geschoeid worden.¹⁸² Het belangrijkste retributieve bezwaar tegen het loslaten van het schuldbeginsel wordt gevormd door Kants categorische imperatief: een mens mag nooit alleen als middel tot doel worden gebruikt.¹⁸³ Dit beginsel wordt met voeten getreden als iemand wordt gestraft die geen straf verdient. Ik zie niet goed in hoe het kantiaanse uitgangspunt toegepast kan worden op rechtspersonen. Een rechtspersoon vormt geen doel op zichzelf.¹⁸⁴ De rechtspersoon is een middel om bepaalde doelen te realiseren. Het lijkt mij niet bezwaarlijk dit middel te gebruiken als middel om het welzijn van mensen te bevorderen. Al met al meen ik dat de retributieve straftheorie zich slecht laat toepassen op rechtspersonen.¹⁸⁵

Ik meen dat Rawlsiaanse of retributieve rechtvaardigheidsbeginselen geen rol zouden moeten spelen in het strafrecht voor rechtspersonen. Het is belangrijk onder ogen te zien wat het gevolg van de tegengestelde visie is. Het toepassen van rechtvaardigheidsbeginselen op rechtspersonen behelst dat het belang van preventie ondergeschikt is aan de rechtvaardige bejegening van rechtspersonen. Dat betekent dat gekozen wordt voor een situatie met meer doden, ge-

¹⁸² Zie voor pogingen het retributivisme toe te passen op het strafrecht voor rechtspersonen: Von Hirsch 1982, 'Desert and white-collar criminality: a response to dr. Braithwaite'; Fisse 1983, 'Reconstructing corporate criminal law: deterrence, retribution, fault, and sanctions'; French 1984, 'Collective and corporate responsibility', p. 187-202; Schlegel 1988, 'Desert, retribution, and corporate criminality'; Laufer & Strudler 2000, 'Corporate intentionality, desert, and variants of vicarious liability'.

¹⁸³ Zie paragraaf 3.2.3.2.

¹⁸⁴ Vgl. Dan-Cohen 1986, 'Rights, persons, and organizations. A legal theory for bureaucratic society', p. 60-78 en Kim 2000, 'Characteristics of soulless persons: the applicability of the character evidence rule to corporations'.

¹⁸⁵ Vgl. Coffee 1981, 'No soul to damn: no body to kick': an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment'; Braithwaite 1982, 'Challenging just deserts: punishing white-collar criminals'; Byam 1982, 'The economic inefficiency of corporate criminal liability'; Moore 1985, 'The moral and metaphysical sources of the criminal law'; Alschuler 1991, 'Ancient law and the punishment of corporations: of Frankpledge and deodand'; Khanna 1996, 'Corporate criminal liability: what purpose does it serve?'; Moore 1997, 'Placing blame. A general theory of the criminal law', p. 36-45 en 610-636; Oakes 1999, 'Anthropomorphic projection and chapter eight of the Federal Sentencing Guidelines: punishing the good organization when it does evil'; Khanna 2000, 'Corporate liability standards: when should corporations be held criminally liable?' Moore, een van de belangrijkste retributieve theoretici, trekt de morele status van rechtspersonen in twijfel, aangezien ze niet beschikken over de essentiële kenmerken van 'personhood'. Deze analyse lijkt mij juist. Alschuler 1991, p. 312-313 is erg sceptisch: "The corporation thus becomes for some of us, not Frankpledge, but deodand. Just as primitive people hated and punished the wheel of a cart that had run someone over, or the horse that had thrown its rider, or the sword that a murderer had used, some of us truly manage to hate the corporate entity. (...) Attributing intention and blame to an artificial person is no wiser than attributing intention and blame to a dagger, a fountain pen, a Chevrolet, or any other instrumentality of crime."

wonden, milieuvervuiling en kosten.¹⁸⁶ Al deze negatieve effecten komen uiteindelijk op de schouders van natuurlijke personen te rusten. Simpel gezegd: de mens lijdt voor corporatieve rechtvaardigheid. Ik ben niet bereid deze prijs te betalen voor het realiseren van rechtvaardigheid bij een abstracte entiteit. Ik meen daarom dat de inrichting van het strafrecht voor rechtspersonen primair gedictieerd moet worden door utilitaristische of rechtseconomische beginselen. Dat brengt mee dat geen principiële, op rechtvaardigheid gebaseerde redenen bestaan de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen af te laten hangen van opzet of schuld.¹⁸⁷ Dat neemt natuurlijk niet weg dat het toekennen van verschoningsgronden soms in een utilitaristische sleutel geplaatst kan worden.¹⁸⁸

De bovenstaande overwegingen zijn van belang voor de inrichting van het (straf)recht voor rechtspersonen. Dit thema valt echter buiten het bestek van deze paragraaf. De wetgever heeft het voor natuurlijke personen ontworpen strafrecht simpelweg van toepassing verklaard op rechtspersonen. Dat laat de vraag open hoe opzet bij rechtspersonen geïnterpreteerd moet worden. De bovenstaande overwegingen kunnen mogelijkwjs betrokken worden bij de interpretatie van het rechtspersoonlijk opzet. Ik bespreek twee interpretatieve benaderingen. (1) Opzet bij rechtspersonen moet – tot op zekere hoogte – weggeïnterpreteerd worden (minimalistische benadering). (2) Opzet bij rechtsper-

¹⁸⁶ Dat is alleen anders als rechtvaardigheid en utiliteit tot hetzelfde resultaat zouden leiden. Zie over de utiliteit van retributieve rechtvaardigheid: Robinson & Darley 1997, 'The utility of desert' (zie ook paragraaf 3.3.3 en 3.4.7). De strekking van dit argument is dat gepercipieerde onrechtvaardigheid de legitimiteit van het strafrecht ondermijnt. Ik meen dat dit argument minder kracht heeft in de context van rechtspersonen. Vgl. Khanna 2000, 'Corporate liability standards: when should corporations be held criminally liable?', p. 1277-1281. Merk op dat het een consequentialistisch argument betreft: het is nuttig rechtvaardigheid na te streven.

¹⁸⁷ Laufer & Strudler 2000, 'Corporate intentionality, desert, and variants of vicarious liability', p. 1286-1287 geven een goede weergave van de tegengestelde opvattingen: "Those in a second camp, our camp, are less concerned with creating optimal liability and sanctioning regimes. We maintain an allegiance to the foundation of the general part of the criminal law, requiring evidence of moral fault in the offending person, whether biological or corporate. By conceiving of the corporation as a moral actor, we challenge the work of those who see the corporate person as 'soulless,' and the only or primary objective of the corporate criminal law as deterrence. Principles of desert that meld the notions of harm and culpability flow directly from the idea of an organizational fault. Simply stated, principles of desert inform liability rules and sanctioning regimes, and trump considerations of efficiency or desirability. At the heart of the difference between those promoting optimal regimes and those who do not is the weight placed on corporate intentionality. We argue that an assessment of the intentionality of the corporation is indispensable for those crimes requiring it. They argue that it is imprudent, unnecessary, or wrong to attribute intentionality to a corporate entity."

¹⁸⁸ Een belangrijke reden wordt gevormd door het vermijden van 'overdeterrence' (zie paragraaf 3.5). Het snel strafrechtelijk aansprakelijk houden van rechtspersonen kan in bepaalde gevallen een negatief effect hebben op maatschappelijk wenselijke activiteiten.

sonen moet analoog geïnterpreteerd worden aan opzet bij natuurlijke personen (volwaardige benadering).

Minimalistische benadering. Het is goed mogelijk dat het stellen van hoge eisen aan opzet bij rechtspersonen haaks staat op de belangen van preventie.¹⁸⁹ Het is vervolgens de vraag of het begrip opzet weggeïnterpreteerd mag worden door het geheel te herleiden tot utiliteit. Peters heeft iets dergelijks gedaan bij de schuld van natuurlijke personen.¹⁹⁰ Iemand heeft schuld als het zinvol is een straf op te leggen (ik noem dit «schuld»). Men zou opzet bij rechtspersonen op dezelfde voet kunnen interpreteren. Er is sprake van opzet als het zinvol is een straf op te leggen («opzet»). Dat betekent dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid alleen wordt beperkt door daderschapscriteria. In paragraaf 4.3.2 heb ik betoogd dat Peters' herdefiniëring van schuld op gespannen voet staat met het negatieve retributivisme en de Rawlsiaanse straftheorie. Volgens deze theorieën mag alleen gestraft worden voor een bepaald delict als sprake is van voldoende morele verderfelijke (retributivisme) of voldoende controle (Rawlsiaanse theorie). Hierboven heb ik echter gesteld dat deze theorieën geen gelding hebben met betrekking tot rechtspersonen. Dat brengt mee dat een utilitaristische herinterpretatie van opzet in elk geval niet wordt belet door deze theorieën.

Dat neemt niet weg dat men andere bezwaren tegen een dergelijke interpretatie in zou kunnen brengen. Een klassiek kenmerk van opzet en schuld is dat de begrippen betrekking hebben op factoren die voor of tijdens het delict spelen. Het gaat om delictogerelateerde gedragingen, geestesgesteldheden of vaardigheden. Als men de inhoud van opzet of schuld geheel zou herleiden tot preventie, dan is dat niet noodzakelijkerwijs het geval. Men zou dan kunnen stellen: de rechtspersoon heeft opzet of schuld, want straffen is in casu zinvol. Deze op Peters geïnspireerde benadering gaat de interpretatiegrenzen te buiten. Het verdient de voorkeur opzet bij rechtspersonen te omlijnen aan de hand van delictogerelateerde factoren. Binnen die grens zou geopteerd kunnen worden voor een min of meer utilitaristische interpretatie. Dat wil zeggen dat het belang van effectieve wetshandhaving niet te veel wordt belemmerd door het opzetvereiste.¹⁹¹

¹⁸⁹ Vgl. Khanna 1999, 'Is the notion of corporate fault a faulty notion?: the case of corporate mens rea' en Khanna 2000, 'Corporate liability standards: when should corporations be held criminally liable?' Zie met betrekking tot daderschap: Knigge 1997, 'Dat deed mijn handje. Enige opmerkingen over het daderschap van de rechtspersoon'.

¹⁹⁰ Zie paragraaf 3.3.4 en 4.3.2.

¹⁹¹ Zie voor een vergelijkbare benadering met betrekking tot het daderschap van rechtspersonen: Knigge 1992, 'Doen en laten; enkele opmerkingen over daderschap'; Knigge 1997, 'Dat deed mijn handje. Enige opmerkingen over het daderschap van de rechtspersoon'; Gritter 2003, 'Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch ordeningsrecht', p. 349-355 en 422-424. Zie deze studie, p. 207 (voetnoot 369) over de praktische bezwaren die verbonden zijn aan het betrekken van preventie bij de interpretatie van verschoningsgronden.

Volwaardige benadering. Het kan zijn dat men de bovenstaande minimalistische interpretatie van opzet te ver vindt gaan. De wetgever heeft er nu eenmaal voor gekozen de klassieke verschoningsgronden ook toe te kennen aan rechtspersonen. Dat brengt mee – zo zou men kunnen betogen – dat getracht moet worden de verschoningsgronden een volwaardige inhoud te geven. In dat geval zou men aansluiting kunnen zoeken bij auteurs die – anders dan ik – een retributieve bejegening van rechtspersonen voorstaan. Deze auteurs beschouwen de rechtspersoon als een volwaardige morele actor. Opzet en schuld worden beschouwd als een indicatie van de morele verderfelijke van de rechtspersoon. In deze visie vervullen de begrippen opzet en schuld dezelfde functie bij rechtspersonen als bij natuurlijke personen. Dat betekent dat getracht wordt de begrippen zo te interpreteren dat recht gedaan wordt aan deze functie.

Er zijn diverse pogingen ondernomen de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen van een eigen grondslag te voorzien.¹⁹² Een gemeenschappelijk kenmerk van deze benaderingen is dat de rechtspersoon – en niet de natuurlijke persoon – als uitgangspunt wordt genomen. Dat betekent dat het opzet van de rechtspersoon niet gereduceerd kan worden tot psychische gesteldheden van natuurlijke personen. Ter illustratie bespreek ik de invloedrijke theorie van French.¹⁹³ French beschouwt rechtspersonen als volwaardige morele

¹⁹² Zie Note Harvard Law Review 1979, 'Developments in the law. Corporate crime: regulating corporate behavior through criminal sanctions'; French 1984, 'Collective and corporate responsibility'; Fisse 1983, 'Reconstructing corporate criminal law: deterrence, retribution, fault, and sanctions'; Foerschler 1990, 'Corporate criminal intent: toward a better understanding of corporate misconduct'; Bucy 1991, 'Corporate ethos: a standard for imposing corporate criminal liability'; Laufer 1994, 'Corporate bodies and guilty minds'; Pettit 2001, 'Collective intentions'. Een aantal van deze voorstellen vallen mogelijk buiten de interpretatiekaders van het begrip opzet. Note Harvard Law Review 1979, p. 1257-1258 slaat acht op de procedures om strafbare feiten te voorkomen. Het bestanddeel opzet heeft echter betrekking op het delict in kwestie. Het is de vraag of ondeugdelijke procedures volstaan voor rechtspersoonlijk opzet. Fisse 1983, p. 1195-1213 meent dat de basis voor strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gevormd door 'reactive corporate fault'. Dit heeft betrekking op de wijze waarop de rechtspersoon omgaat met een door een medewerker gepleegd delict. Dat zou betekenen dat opzet betrekking heeft op de periode na het delict in kwestie. 'Reactive corporate fault' lijkt beter op zijn plaats bij de vervolgingsbeslissing of het bepalen van de strafhoogte. Foerschler 1990 en Bucy 1991 funderen strafrechtelijke aansprakelijkheid op het karakter van de rechtspersoon. Ook in dit geval wordt buiten de kaders van het delict in kwestie getreden. In Nederland pleiten ook een aantal auteurs voor een volwaardige benadering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen. Zie Loth 1988, 'Handeling en aansprakelijkheid in het recht', p. 229-277; Jörg 1990, 'Strafbare rechtspersonen in Amerika. Corporaties en hun functionarissen in het Amerikaanse strafrecht in rechtsvergelijkend perspectief', p. 149-163; Roef & De Roos 1998, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in Nederland: rechtstheoretische beschouwingen bij enkele praktische knelpunten'; Rense 2005, 'Rechtspersonen in het strafrecht'.

¹⁹³ Zie French 1984, 'Collective and corporate responsibility' en French 1996, 'Integrity, intentions, and corporations'.

actoren. Volgens French is de rechtspersoon zélf in staat tot opzettelijk handelen. Het aangrijpingspunt van het rechtspersoonlijk opzet wordt gevormd door de interne beslissingsstructuur van de rechtspersoon. Het gaat hierbij niet alleen om de officiële beslissingsstructuur; de informele, feitelijke beslissingsstructuur dient ook in de beoordeling te worden betrokken. Delicten die in overeenstemming zijn met of voortvloeien uit deze beslissingsstructuur constitueren het opzet van de rechtspersoon. Deze benadering brengt mee dat het rechtspersoonlijk opzet een vergelijkbare functie vervult als het menselijk opzet. In beide gevallen bestaat een hechte relatie tussen het gepleegde delict en de actor in kwestie. Het psychische moment bij de natuurlijke persoon en de beslissingsstructuur bij de rechtspersoon rechtvaardigen de conclusie dat het delict relatief gemakkelijk voorkomen had kunnen worden.

Het is niet mijn bedoeling het vraagstuk hoe opzet bij rechtspersonen geïnterpreteerd moet worden te beslechten. Het gaat mij hier om de verhouding tussen opzet bij rechtspersonen en opzet bij natuurlijke personen. De minimalistische en de volwaardige benadering van het rechtspersoonlijk opzet vertonen belangrijke overeenkomsten. Het opzet van de rechtspersoon hoeft in beide gevallen niet herleid te worden tot psychische gesteldheden van natuurlijke personen. In beide benaderingen speelt de eigen aard van de rechtspersoon een doorslaggevende rol. In de minimalistische benadering wordt opzet uitgekleeft, omdat de rechtspersoon geen morele status wordt toegekend. In de volwaardige benadering wordt opzet geïnterpreteerd op een wijze die recht doet aan het van de natuurlijke persoon afwijkende morele referentiekader.

Ik keer terug naar het door Brouns opgevoerde argument. Volgens Brouns pleit de strafbaarheid van rechtspersonen tegen een psychisch opzetbegrip. Het denken over opzet als een psychische gesteldheid zou eraan in de weg staan rechtstreeks opzet bij de rechtspersoon aan te nemen. Aangezien het rechtspersoonlijk opzet normatief is – de rechtspersoon heeft immers geen psyche – zou hetzelfde hebben te gelden voor opzet bij natuurlijke personen. Deze redenering berust op de vooronderstelling dat opzet bij rechtspersonen op dezelfde leest geschoeid moet worden als opzet bij natuurlijke personen. In het bovenstaande heb ik de validiteit van deze vooronderstelling betwist. De natuurlijke persoon en de rechtspersoon zijn volstrekt verschillende grootheden. Een normatieve interpretatie van het rechtspersoonlijk opzet kan daarom niet als springplank dienen voor een normatieve interpretatie van het opzet bij natuurlijke personen.

4.3.6 Het bewijs van opzet: is het psychische onkenbaar?

4.3.6.1 Inleiding

In paragraaf 4.3.2 heb ik betoogd dat de theoretische onderbouwing van Peters' normatieve opzettheorie tekortschiet. Peters had echter ook een praktisch be-

zwaar tegen de toen algemeen aanvaarde psychische opzettheorie. Volgens Peters kunnen rechters niet weten wat zich in de psyche van de verdachte heeft afgespeeld. Dat brengt volgens hem mee dat de praktijk werkt met een fictie van psychisch opzet. In de volgende passage zet Peters zich af tegen de opvatting dat psychisch opzet uit de gedraging kan worden afgeleid.

“Het is niet nodig om uit dit ‘moeten begrijpen’ van de dader de conclusie te trekken, dat de dader ook inderdaad begrepen heeft; het is zelfs niet mogelijk. (...) Een onvruchtbare discrepantie bestaat hier tussen theorie en praktijk. In de praktijk kán men niet verder komen dan de vaststelling, dat de omstandigheden van dien aard waren, dat een normaal mens zou begrijpen, de theorie *eist* evenwel feitelijk, psychisch opzet in de dader. Of en hoe dat psychisch opzet kan worden vastgesteld, interesseert de theorie niet, dat is ‘slechts een kwestie van bewijs’. De praktische uitkomst van het ‘indirecte bewijs’ ziet men eigenlijk als een noodoplossing; het beste zou zijn als we het innerlijk van de dader rechtstreeks konden bekijken! Aan de mogelijkheid van bewijs hecht de theorie geen principiële, theoretische betekenis. Deze opvatting moet ertoe leiden, dat de praktijk gaat werken met een *fictie van psychisch opzet*.”¹⁹⁴

Peters snijdt een belangrijke kentheoretische kwestie aan. Hoe kunnen we achterhalen wat iemand geweten of gewild heeft? Gedrag kunnen we direct waarnemen, maar we kunnen toch niet zien wat zich in iemands psyche afspeelt? Peters is niet de enige die deze kwestie aan de orde heeft gesteld. Crombag, Van Koppen & Wagenaar stellen dat het bewijzen van mens rea een welhaast onmogelijke opgave is voor wie de kunst van het gedachtelezen niet beheerst.¹⁹⁵ Bos beweert in dit verband dat de rechter wordt opgezaagd met een speurtocht naar het onvindbare.¹⁹⁶ Zelfs gemanifesteerd gedrag kan nooit tot dwingende uitspraken over de bijbehorende geestesgesteldheid leiden. Hart wijst op een sceptische typering van een middeleeuwse rechter: “The thought of man is not triable; the devil alone knoweth the thought of man”.¹⁹⁷

Hieronder bespreek ik een aantal thema’s die betrekking hebben op het bewijs van het psychische. Om te beginnen sta ik kort stil bij de opvattingen van Ryle en Wittgenstein. Vervolgens ga ik in op de vraag welke eisen aan het

¹⁹⁴ Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’, p. 118-119.

¹⁹⁵ Crombag, Van Koppen & Wagenaar 1994, ‘Dubieuze zaken. De psychologie van strafrechtelijk bewijs’, p. 61-66.

¹⁹⁶ Bos 1982, ‘Het schuldoordeel als machtswoord’, p. 21-23.

¹⁹⁷ Hart 1968, ‘Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law’, p. 188. Denno 2005, ‘Criminal law in a post-Freudian world’, p. 603 citeert een nog sceptischer typering (zelfs de duivel weet het niet): “The intent of a man shall not be tried, for the Devil himself knoweth not the intention of man.” Zie voor meer scepticisme: Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’, p. 289-290 en Van Strien 1996, ‘De rechtspersoon in het strafproces. Een onderzoek naar de procesrechtelijke aspecten van de strafbaarheid van rechtspersonen’, p. 11-13.

bewijs in het strafrecht worden gesteld. Welke mate van zekerheid is vereist? De zojuist besproken sceptische opvatting van Peters komt daarna aan bod. Hoe kan kennis over de niet direct waarneembare psyche van een ander gerechtvaardigd worden? Ik betoog met een beroep op de kennisfilosoof Ayer dat het wel degelijk mogelijk is valide uitspraken over iemands geestesgesteldheid te doen. Vervolgens maak ik de overstap van kennisfilosofie naar het bewijzen van strafrechtelijk opzet. Ik bespreek een aantal thema's die het oordeel rechtvaardigen dat psychisch opzet in de regel goed te bewijzen valt. Tot slot sta ik stil bij de vraag hoe onjuiste bewezenverklaringen van opzet vermeden kunnen worden. Ik besteed daarbij aandacht aan psychologische biases en het Porsche-arrest.

4.3.6.2 Ryles filosofisch behaviorisme en Wittgensteins publieke taalcriteria

Ik ga uit van de opvatting dat psychische verschijnselen niet herleid kunnen worden tot gedragingen. Deze stelling wordt betwist door het filosofisch behaviorisme. Ryle is de belangrijkste vertegenwoordiger van deze stroming.¹⁹⁸ Volgens Ryle berust het traditionele onderscheid tussen het psychische en de uiterlijke manifestatie op een categoriefout. Ryle stelt dat begrippen die naar het psychische beogen te verwijzen eigenlijk betrekking hebben op gedrag.¹⁹⁹ Zo analyseert Ryle iemands verwachting dat het gaat regenen aan de hand van bepaalde gedragingen (het nemen van adequate voorzorgsmaatregelen).²⁰⁰ Ik meen dat het filosofisch behaviorisme verworpen dient te worden. Het is niet mogelijk een bepaald psychisch verschijnsel te definiëren aan de hand van gedragskenmerken zonder de aanwezigheid van andere psychische verschijnselen te veronderstellen.²⁰¹ Wie iemands *verwachting* dat het gaat regenen analyseert aan de hand van bepaalde gedragingen (het meenemen van een paraplu etc.) moet tevens veronderstellen dat hij niet nat *wenst* te regenen. Dat betekent dat het psychische niet geduid kan worden aan de hand van gedrag alleen: intentionaliteit laat zich niet wegdefiniëren. Dit kan ook geïllustreerd worden aan de hand van het feit dat het mogelijk is pijn te voelen zonder pijngedrag te verto-

¹⁹⁸ Ryle 1949, 'The concept of mind'. Zie ook Carnap 1970, 'Psychology in physical language' en Hempel 1980, 'The logical analysis of psychology'. Blackman 1981, 'On the mental element in crime and behaviourism' en Crombag 1981, 'Mens rea' doen een poging het strafrechtelijk opzet in behavioristische termen te vatten. Beide auteurs zijn geïnspireerd door de behavioristische psycholoog Skinner.

¹⁹⁹ Ryle 1949, 'The concept of mind', p. 51 stelt: "It is being maintained throughout this book that when we characterise people by mental predicates, we are not making untestable inferences to any ghostly processes occurring in streams of consciousness which we are debarred from visiting; we are describing the ways in which those people conduct parts of their predominantly public behaviour."

²⁰⁰ Ryle 1949, 'The concept of mind', p. 167-181.

²⁰¹ Vgl. Chisholm 1957, 'Perceiving: a philosophical study', p. 168-185; Block 1981, 'Psychologism and behaviorism'; Geach 1992, 'Mental acts', p. 1-10.

nen.²⁰² Anderzijds is het mogelijk het hebben van pijn te simuleren: er is pijn-gedrag zonder pijn. Pijn-gedrag is aldus noch een noodzakelijke noch een voldoende voorwaarde voor het hebben van pijn. Een en ander neemt niet weg dat veel woorden die lijken te verwijzen naar iets psychisch in meerdere of mindere mate verwijzen naar gedrag.²⁰³ Daarbij kan gedacht worden aan woorden die betrekking hebben op persoonlijkheidseigenschappen, intelligentie of gevoelens. Het gaat echter te ver te stellen dat gedrag en psyche altijd vereenzelvigd kunnen worden. Het filosofisch behaviorisme staat haaks op de wijze waarop de wereld door mensen ervaren wordt: het autonoom functioneren van de psyche lijkt ontkend te worden.²⁰⁴ Al met al meen ik dat het filosofisch behaviorisme fundamentele gebreken vertoont. Het vormt in elk geval geen reden opzet normatief te interpreteren.

Een nauw aan het filosofisch behaviorisme gerelateerde opvatting is terug te voeren op Wittgenstein.²⁰⁵ Uitgangspunt is dat de mogelijkheid van een privé-taal wordt ontkend. Hoewel gedrag en psyche niet aan elkaar gelijk worden gesteld, wordt gedrag als een criterium voor het psychische gebezigd. Taal is een publieke aangelegenheid en dat brengt mee dat publieke criteria nodig zijn om de betekenis van woorden af te bakenen. Toegepast op het opzet: als geen publieke criteria voor het gebruik van het woord opzet zouden bestaan, hoe is het

²⁰² Vgl. Putnam 1975, 'Brains and behavior'. Putnam introduceert het bekende voorbeeld van de superspartanen. Deze superspartanen zijn door grote wilskracht in staat elk pijn-gedrag te onderdrukken.

²⁰³ Vgl. Ayer 1956, 'The problem of knowledge', p. 238-243; Ayer 1971, 'An honest ghost?'; Ayer 1973, 'The central questions of philosophy', p. 126-132.

²⁰⁴ Vgl. Searle 1992, 'The rediscovery of the mind', p. 33-35.

²⁰⁵ Zie Wittgenstein 1992, 'Filosofische onderzoekingen'. Zie voor een uitwerking van deze visie: Malcolm 1970, 'Knowledge of other minds' en Malcolm 1970, 'Wittgenstein's philosophical investigations'. Keeler 1985, 'Direct evidence of state of mind: a philosophical analysis of how facts in evidence support conclusions regarding mental state', Mooij 1987, 'Handeling en inzicht' en Ledewitz 2001, 'Mr. Carroll's mental state or what is meant by intent' passen de visie van Wittgenstein toe op het strafrechtelijk opzet. Keelers conclusie vertoont opmerkelijke overeenkomsten met Peters' opvatting. Keeler 1985, p. 460 stelt: "The result of the analysis is that juries do not find intent by guessing about what may have occurred within the (unobservable) mind of the defendant. Rather, they find intent by dwelling on the facts in evidence in order to discover a socially familiar pattern of conduct and expectation which best accounts for the evidence and organizes it into a focal whole or gestalt. This pattern of conduct, or gestalt, will explain and make sense of the defendant's acts, and as such constitutes the defendant's intent. Because the intention, as a pattern of conduct, is thus publicly observable, there is no necessary reason to characterize evidence by which it is proven as circumstantial rather than direct." Ledewitz bepleit eveneens een objectiverende benadering. Ledewitz 2001, p. 102 stelt: "There was such a general presumption at common law – that someone was presumed to intend the natural and probable consequences of his actions. If broadly utilized, this presumption could operate precisely to avoid fruitless inquiry into mental processes that we really do not understand and probably do not much care about." Zie deze studie, p. 300 (voetnoot 279) over de opvatting van Mooij.

dan mogelijk vast te stellen dat ‘opzet’ voor mij hetzelfde betekent als voor iemand anders? Zonder publieke, op waarneembaar gedrag geënte criteria hangt het begrip opzet in de lucht. Het gevolg van deze visie is dat wordt aangenomen dat een *logische relatie* bestaat tussen psychische verschijnselen en uiterlijk waarneembaar gedrag. Dat zou betekenen dat een begrip als opzet per definitie verwijst naar een uiterlijke manifestatie. Ik houd deze op Wittgenstein gebaseerde visie voor onjuist.²⁰⁶ Het leren van de betekenis van woorden met een psychische verwijzing berust op de aanwezigheid van waarneembaar gedrag. We leren de betekenis van woorden als ‘pijn’ of ‘opzet’ in situaties waarbij wij ons of anderen zich gedragen op een wijze die algemeen erkend wordt als een uitdrukking van pijn of opzet. Daaruit volgt echter niet dat men, als de betekenis eenmaal geleerd is, geen logisch onderscheid kan maken tussen het psychische en de uiterlijke manifestatie. Het is wel degelijk mogelijk onderscheid te maken tussen pijn of opzet en de uiterlijke manifestatie daarvan. Dit is in lijn met de juridische stellingname dat gedrag kan dienen om het psychische te bewijzen. Deze visie behelst dat het psychische – op een of andere manier – afgeleid moet worden uit gedragingen. Er bestaat een kloof tussen gedrag en psyche. Het is nu de vraag of deze kloof overbrugbaar is.

4.3.6.3 *Scepticisme en de vereiste mate van zekerheid*

Het is de vraag in hoeverre het mogelijk is een valide uitspraak over de psyche van een ander te doen. Peters betoont zich sceptisch: de praktijk zit opgescheept met een fictie van psychisch opzet. De kennisfilosoof Ayer stelt dat personen die sceptisch zijn over de mogelijkheid van kennis vaak hetzelfde stramien volgen.²⁰⁷ Peters’ scepticisme kan geanalyseerd worden aan de hand van dit stramien. De volgende vier stappen beogen te demonstreren dat de inferentie van gedrag (premissie) naar opzet (conclusie) niet gelegitimeerd is.

(1) De kennis over de conclusie berust geheel op de premissie. Het opzet van een persoon kan alleen afgeleid worden uit wat hij zegt en doet. (2) De relatie tussen de premissie en de conclusie is niet deductief. Uitspraken over het opzet van een persoon volgen niet logisch uit uitspraken over het gedrag van die persoon. (3) De relatie tussen de premissie en de conclusie is evenmin inductief. Inductie veronderstelt een inferentie van gebeurtenissen die we hebben ervaren naar gebeurtenissen die we niet hebben ervaren. De gebeurtenissen die we niet hebben ervaren dienen echter wel ervaren te *kunnen* worden. Het op-

²⁰⁶ Vgl. Ayer 1956, ‘The problem of knowledge’, p. 60-64 en 233-238; Ayer 1964, ‘Can there be a private language?’; Ayer 1964, ‘Privacy’; Ayer 1964, ‘The concept of a person’; Ayer 1973, ‘The central questions of philosophy’, p. 51-58 en 132-136; Marres 1985, ‘Filosofie van de geest. Een kritisch overzicht’, p. 81-118. De hieronder door mij verdedigde visie met betrekking tot de kenbaarheid van opzet staat haaks op de visie van Wittgenstein. Voor een bestrijding van Wittgensteins visie verwijs ik naar de in deze voetnoot genoemde publicaties.

²⁰⁷ Ayer 1956, ‘The problem of knowledge’, p. 81-87.

zet van een andere persoon kan echter niet door ons ervaren worden. De inferentie van de premisse (gedrag) naar de conclusie (opzet) is daarom niet gelegitimeerd. (4) Uit het feit dat de inferenties niet gerechtvaardigd worden door deductie en inductie volgt dat ze in het geheel niet gerechtvaardigd kunnen worden. Dat betekent dat het niet mogelijk is valide uitspraken over het opzet van een ander te doen.

Het is de vraag hoe serieus het scepticisme van Peters genomen moet worden. Twining geeft een heldere analyse van scepticisme met betrekking tot het bewijsrecht.²⁰⁸ Hij bespreekt een aantal archetypische sceptische strategieën. Peters' visie kan geduid worden als een combinatie van de Teleurgestelde Perfectionist (stelt overtrokken eisen) en de Karikaturist (karikaturiseert tegengestelde opvatting). Om te beginnen spiegelt Peters rechters die een psychisch opzetbegrip trachten toe te passen een onmogelijk ideaal voor. Het liefst, zo stelt Peters, zouden ze het innerlijk van de verdachte rechtstreeks bekijken. Vervolgens impliceert hij dat zijn visie de juiste moet zijn. In de praktijk *moet* opzet wel normatief toegepast worden.

Het zwakke punt van Peters' redenering is dat hij onaanvaardbaar hoge eisen aan kennis stelt. Peters heeft gelijk als hij bedoelt dat het onmogelijk is *met zekerheid* iets over iemands geestesgesteldheid te zeggen. Maar dan moet hij een hoge prijs betalen voor zijn gelijk. Een dergelijke standaard zou de normatieve opzettheorie ook verlammen. Zo veronderstelt de normatieve opzettheorie dat uitspraken gedaan moeten worden over gedragingen die in het verleden hebben plaatsgevonden. Het verleden kan echter evenmin rechtstreeks worden bekeken. Uitspraken over het verleden dienen gebaseerd te worden op ervaringen uit het heden (geheugen, verklaringen of geschriften). Dat betekent dat men aanhangers van de normatieve opzettheorie tegen zou kunnen werpen dat ze het liefst naar het verleden zouden terugkeren!²⁰⁹ De strekking van dit betoog is dat we geen eisen aan kennis moeten stellen die per definitie niet vervuld kunnen worden.²¹⁰ Kennis moet getoetst worden aan een reële stan-

²⁰⁸ Twining 1994, 'Rethinking evidence. Exploratory essays', p. 92-152.

²⁰⁹ Zie Ayer 1965, 'Statements about the past' en Ayer 1965, 'One's knowledge of other minds' over de overeenkomst tussen de kenbaarheid van de psyche van een ander en de kenbaarheid van het verleden. Ayer 1965, 'One's knowledge of other minds', p. 200 stelt: "There is here an instructive parallel to be drawn with the case of statements about the past. Thus, just as it is necessarily true that I cannot have the experiences of another person, so is it necessarily true that I cannot now experience a past event."

²¹⁰ Ayer 1956, 'The problem of knowledge', p. 72-73 stelt: "The upshot of our argument is that the philosopher's ideal of certainty has no application. Except in the cases where the truth of a statement is a condition of its being made, it can never in any circumstances be logically impossible that one should take a statement to be true when it is false; and this holds good whatever the statement may be, whether, for example, it is itself necessary or contingent. It would, however, be a mistake to express this conclusion by saying, lugubriously or in triumph, that nothing is really certain. There are a great many statements the truth of which we rightly do not doubt; and it is perfectly correct to say that they are certain. We should not be bullied by the sceptic into renouncing an expression for which we

→

daard. Het ligt in dit verband voor de hand aansluiting te zoeken bij het bewijsrecht. Wanneer mag de rechter komen tot een bewezenverklaring van een feit? Kennis over de psyche moet aan deze standaard getoetst worden.

In het strafproces komen materieel recht en formeel recht bij elkaar. Het strafproces is de noodzakelijke schakel tussen het strafbare feit en de door de rechter op te leggen sanctie.²¹¹ Uiteindelijk gaat het om de vaststelling van feiten die onder het materiële recht zijn te brengen.²¹² Een van de belangrijkste doelen van het strafproces is de waarheidsvinding. Binnen de grenzen van de strafprocessuele regels moet worden getracht de strafrechtelijk relevante waarheid boven tafel te krijgen. De bewijsregels in het Wetboek van Strafvordering zijn mede ingericht om dat doel te bewerkstelligen. Nijboer stelt dat het Nederlandse bewijsstelsel deels negatief-wettelijk en deels negatief-jurisprudentieel is.²¹³ Als niet voldaan is aan bepaalde wettelijke bewijsminimumregels of jurisprudentiële eisen, dan moet de rechter tot een vrijspraak komen, ook al is hij ervan overtuigd dat de verdachte het feit heeft begaan. Anderzijds geldt dat wet of jurisprudentie de rechter er nooit toe dwingen tegen zijn overtuiging tot een bewezenverklaring te komen. De rechterlijke overtuiging vormt een noodzakelijke voorwaarde voor een veroordeling.

Het gaat in deze paragraaf alleen om de vraag of psychisch opzet *in principe* bewijsbaar is. De beantwoording van deze vraag scharniert om de rechterlijke overtuiging. Art. 338 Sv bepaalt dat een feit bewezen kan worden als de rechter de overtuiging heeft bekomen dat de verdachte het tenlastegelegde feit heeft begaan. In Angelsaksische rechtsstelsels wordt de eis gesteld dat de schuldovertuiging 'beyond a reasonable doubt' moet zijn. Deze formulering drukt wellicht het best uit waar het om gaat. Zolang nog plaats is voor redelijke twijfel, mag de rechter niet tot een bewezenverklaring komen.²¹⁴ Uitspraken

have a legitimate use. Not that the sceptic's argument is fallacious; as usual his logic is impeccable. But his victory is empty. He robs us of certainty only by so defining it as to make it certain that it cannot be obtained."

²¹¹ Vgl. Corstens 1999, 'Het Nederlands strafprocesrecht', p. 5-11.

²¹² Vgl. Twining 1994, 'Rethinking evidence. Exploratory essays', p. 185-186.

²¹³ Nijboer 2000, 'Strafrechtelijk bewijsrecht', p. 56-57.

²¹⁴ In Amerika heeft men getracht de bewijsstandaard 'beyond a reasonable doubt' te kwantificeren. In empirisch onderzoek werd aan rechters, juryleden en studenten gevraagd aan te geven bij welke mate van zekerheid over de schuld ze bij de hun voorgelegde zaken zouden besluiten tot een veroordeling. Er bleek dat een schuldovertuiging van tussen de 80 en 90 procent over het algemeen volstond. Zie Simon 1970, "Beyond a reasonable doubt" – an experimental attempt at quantification"; Simon & Mahan 1971, 'Quantifying burdens of proof. A view from the bench, the jury, and the classroom'; McCauliff 1982, 'Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence, or constitutional guarantees?'; Fienberg 1989, 'The evolving role of statistical assessments as evidence in the courts', p. 191-210. Daaruit volgt overigens niet dat 10 á 20 procent van de veroordeelden onschuldig is. Dit percentage is veel lager. Dat heeft onder meer te maken met het feit dat het Openbaar Ministerie voornamelijk personen vervolgt die zeer waarschijnlijk schuldig zijn. Vgl. Posner 1999, 'An economic approach to the law of evidence', p. 1504-1507.

over de psyche van een ander moeten aan deze standaard getoetst worden. Is het in principe mogelijk met voldoende zekerheid iets over iemands geestesgesteldheid te zeggen? Als dat het geval is, dan treffen de bezwaren van Peters geen doel.

Het bewijzen van een feit is niet in alle gevallen even moeilijk. De snelheids-overtreding is een van de eenvoudigst te bewijzen gedragingen uit het recht. De snelheidsmeting van een lasergun kan gelden als bewijs van de snelheidsovertreding van de actor. De meting van een lasergun is echter niet onfeilbaar.²¹⁵ Het meten van snelheid met een lasergun is namelijk onderhevig aan meetfouten. De *gemeten* snelheid fluctueert ten opzichte van een en dezelfde *werkelijke* snelheid. Helaas kunnen we niet weten hoe groot de meetfout in een concreet geval is; anders zouden we de meetfout simpelweg van de gemeten snelheid af kunnen trekken. We kunnen hoogstens informatie vergaren over hoe groot die meetfout over het algemeen is. Bij de ijking van de lasergun wordt het apparaat namelijk getest tegen een criterium waarin we veel vertrouwen hebben (maar dat op zijn beurt weer niet onfeilbaar is). Zo zou bij het ijken kunnen blijken dat de gemeten snelheid van de lasergun in 99 procent van de gevallen niet meer dan 3 procent afwijkt van het criterium. Als met de lasergun dus een bepaalde snelheid gemeten wordt, dan kunnen we er redelijk zeker van zijn dat de gemeten waarde niet meer dan 3 procent naar boven of naar beneden afwijkt van de ‘werkelijke’ snelheid. Maar echte zekerheid is hoe dan ook niet te bereiken. Er zijn uitsluitend probabilistische uitspraken mogelijk. In de praktijk wordt genoeg genomen met veel minder betrouwbare waarnemingen dan die van een lasergun. In HR 1 oktober 1985, NJ 1986, 629 achtte de rechtbank een snelheidsovertreding bewezen op grond van een verklaring van een verbalisant dat hij de snelheid “schatte op 85 a 90 km per uur, in elk geval een veel hogere snelheid dan 50 km per uur.” De Hoge Raad was van mening dat de rechtbank, gelet op de ervaring van de verbalisant, de bewezenverklaring uit deze verklaring heeft kunnen afleiden.

In het ideale geval behelst de bewezenverklaring (bewijs van feit) een ware uitspraak over hetgeen gebeurd is (feit). Neem bijvoorbeeld de strafbepaling dat het verboden is harder te rijden dan 50 kilometer per uur. Stel dat de actor in werkelijkheid gereden heeft met een snelheid van 60 kilometer per uur. Met een lasergun is een snelheid van 59 kilometer per uur gemeten. De rechter acht bewezen dat de actor harder heeft gereden dan 50 kilometer per uur. In dat

²¹⁵ Vgl. Hofstee 1996, ‘Overtredingen van de maximumsnelheid. Meettechnische overwegingen bij arresten van de Hoge Raad’.

geval behelst de bewezenverklaring (bewijs van feit) een ware uitspraak over hetgeen gebeurd is (feit). Merk op dat de uitspraak van de rechter ook waar geweest was bij elke andere werkelijk gereden snelheid boven de 50 kilometer per uur. Als de actor in werkelijkheid 66 kilometer per uur had gereden, dan was de bewezenverklaring ook waar geweest. Materieelrechtelijk is alleen relevant of de actor harder heeft gereden dan 50 kilometer per uur. Hoe groot die overschrijding precies is geweest, is niet van belang. Bij deze simpele norm kunnen vier mogelijkheden onderscheiden worden: juiste bewezenverklaring, onjuiste bewezenverklaring, onjuiste vrijspraak en juiste vrijspraak. Een juiste uitspraak correspondeert met de werkelijkheid; een onjuiste uitspraak correspondeert niet met de werkelijkheid.²¹⁶ De vier mogelijkheden zijn weergegeven in tabel 4.1.

Tabel 4.1 *Correspondentie tussen werkelijkheid en rechterlijke uitspraak: snelheid*

	snelheidsoverschrijding bewezen	snelheidsoverschrijding niet bewezen
snelheidsoverschrijding	juiste bewezenverklaring	onjuiste vrijspraak
geen snelheidsoverschrijding	onjuiste bewezenverklaring	juiste vrijspraak

In het strafproces wordt gestreefd naar juiste bewezenverklaringen. Als bewezen wordt dat de actor harder gereden heeft dan 50 kilometer per uur, dan is de pretentie dat hij werkelijk een snelheidsovertreding heeft begaan. Helaas is het criterium (hetgeen echt gebeurd is) in deze wereld niet met zekerheid te kennen. We kunnen hoogstens streven naar voldoende zekerheid. In het bovengenoemde geval lijkt wel aan dat criterium voldaan te zijn. We hebben dermate veel vertrouwen in het meetresultaat van de lasergun dat de rechterlijke overtuiging voldoende gefundeerd is. Als de snelheid van de actor echter door een voorbijganger geschat was op ongeveer 60 kilometer per uur, dan lijkt er ruimte voor redelijke twijfel. Het is niet voldoende zeker dat de actor werkelijk een snelheidsovertreding heeft begaan. De kans op een onjuiste bewezenverklaring is te groot.

²¹⁶ Het waarheidsgehalte van de uitspraak fungeert in dit geval als archimedisch ijkpunt. Ik wil uiteraard niet suggereren dat een 'onjuiste uitspraak' in de praktijk afkeurenswaardig is. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat de rechter vrijspreekt wegens gebrek aan bewijs.

Tabel 4.2 *Correspondentie tussen werkelijkheid en rechterlijke uitspraak: opzet*

	opzet bewezen	opzet niet bewezen
opzet	juiste bewezenverklaring	onjuiste vrijspraak
geen opzet	onjuiste bewezenverklaring	juiste vrijspraak

Tabel 4.2 heeft betrekking op het opzet van een actor. Ook in dit geval is de vraag of de bewezenverklaring (bewijs van feit) een ware uitspraak bevat over hetgeen gebeurd is (feit). Is het mogelijk met voldoende zekerheid een uitspraak over de psychische gesteldheid van de actor te doen? Stel, iemand vuurt van korte afstand een vijftal kogels op de borststreek van een ander af. Korte tijd later bezwijkt het slachtoffer aan zijn verwondingen. Verschillende mensen verklaren dat de schutter in het verleden bedreigingen aan het adres van het slachtoffer heeft geuit. De schutter zelf beroept zich op zijn zwijgrecht. Is het in een dergelijk geval mogelijk met voldoende zekerheid een uitspraak over de geestesgesteldheid van de actor te doen? Het staat buiten kijf dat we nooit precies kunnen weten wat de schutter heeft gedacht. Maar moeten we constateren dat het bewijs van psychisch opzet hier onmogelijk is?²¹⁷ Betreft het inderdaad een speurtocht naar het onvindbare?²¹⁸ Kan alleen iemand die de kunst van het gedachtelezen beheerst, uitkomst bieden?²¹⁹

4.3.6.4 *De rechtvaardiging van kennis over de psyche van een ander*

Peters' scepticisme met betrekking tot het bewijs van psychisch opzet vloeit voort uit het feit dat de psyche van een ander niet direct waar te nemen valt. De gedraging is direct waarneembaar, maar dat kan niet gezegd worden over iemands geestesgesteldheid. We kunnen waarnemen dat iemand een pistool afvuurt, maar we kunnen toch niet zien wat voor gedachten iemand daarbij heeft? Ik kan mij tot op zekere hoogte verplaatsen in Peters' gedachtegang. Gedachten, gevoelens en intenties zijn in meerdere of mindere mate privé. Het psychische is alleen direct toegankelijk voor wie die ervaringen heeft.²²⁰ Dat brengt mee dat de persoon die deze ervaringen heeft daarover met het meeste recht kan spreken. Marres stelt in dit verband dat een persoon epistemologi-

²¹⁷ Zie Peters 1966, 'Opzet en schuld in het strafrecht', p. 117-119.

²¹⁸ Zie Bos 1982, 'Het schuldordeel als machtswoord', p. 21-23.

²¹⁹ Zie Crombag, Van Koppen & Wagenaar 1994, 'Dubieuze zaken. De psychologie van strafrechtelijk bewijs', p. 61-66.

²²⁰ Vgl. Ayer 1964, 'Privacy'; Ayer 1965, 'One's knowledge of other minds'; Hampshire 1970, 'The analogy of feeling'; Marres 1985, 'Filosofie van de geest. Een kritisch overzicht', p. 26-28 en 64-66.

sche autoriteit over zijn psyche heeft.²²¹ Een buitenstaander is uitsluitend in staat de gedraging (pistoolschot) te observeren. De persoon zelf kan zowel de gedraging (pistoolschot) als zijn psychische gerichtheid (opzet) observeren. Men zou kunnen stellen dat de actor zijn geestesgesteldheid op ten minste één manier kent waarop anderen het niet kunnen kennen. Dat betekent overigens niet dat kennis van de eigen psyche onfeilbaar is. Als de actor na het schietincident gevraagd wordt een uitspraak over zijn geestesgesteldheid te doen, dan moet hij een beroep doen op zijn feilbare geheugen.

Het is de vraag of het privé-karakter van het psychische meebrengt dat de psyche van een ander onkenbaar is. In sommige gevallen kan inderdaad gesteld worden dat het psychische moeilijk kenbaar is. Kleine pijntjes of psychische problemen blijven in de regel verborgen voor buitenstaanders. Meestal is daar wel een mouw aan te passen. Zo kan de dokter de patiënt vragen waar hij pijn voelt. De psycholoog kan zijn cliënt vragen waar hij mee zit. Vanzelfsprekend kan de strafrechter de verdachte vragen of hij met opzet heeft gehandeld, maar zijn antwoord zal niet altijd even betrouwbaar zijn. Bovendien kan de verdachte zich – zoals in het bovenstaande voorbeeld – beroepen op zijn zwijgrecht. Dat roept de vraag op of de rechter dan wel met voldoende zekerheid een uitspraak over het opzet kan doen. Als we alleen gedrag direct kunnen waarnemen en dat gedrag kan niet gelijkgesteld worden aan het psychische, hoe kunnen we dan weten of de actor opzet heeft gehad?

Als het bovenstaande juist is, dan dient het psychische op een of andere manier afgeleid te worden uit de gedraging. Sceptici als Peters trekken de validiteit van deze inferentie in twijfel. De praktijk zou werken met een fictie van psychisch opzet. Ik meen dat dit scepticisme ongegrond is. Het is wel degelijk mogelijk zinvolle uitspraken te doen over de psyche van een ander. Kennis over de psyche van een ander is gefundeerd op de analogie tussen onszelf en andere mensen.²²² Ayer formuleert dit als volgt.

“On the basis of my own experience I form a general hypothesis to the effect that certain physical phenomena are accompanied by certain feelings. When I observe that some other person is in the appropriate physical state, I am thereby enabled to infer that he is having

²²¹ Marres 1985, ‘Filosofie van de geest. Een kritisch overzicht’, p. 64-66. Vgl. Hampshire & Hart 1958, ‘Decision, intention and certainty’; Ayer 1964, ‘Privacy’; Moore 1993, ‘Act and crime. The philosophy of action and its implications for criminal law’, p. 86-95.

²²² Vgl. Thomson 1951, ‘The argument from analogy and our knowledge of other minds’; Ayer 1956, ‘The problem of knowledge’, p. 199-254; Ayer 1964, ‘The concept of a person’; Ayer 1965, ‘One’s knowledge of other minds’; Russell 1970, ‘Analogy’; Hampshire 1970, ‘The analogy of feeling’; Slote 1970, ‘Induction and other minds’; Mill 1979, ‘An examination of sir William Hamilton’s philosophy and of the principal philosophical questions discussed in his writings’, p. 188-209; Humphrey 1983, ‘Consciousness regained. Chapters in the development of mind’; Marres 1985, ‘Filosofie van de geest. Een kritisch overzicht’, p. 99-118; Thomas 2001, ‘Mill’s argument for other minds’.

these feelings; feelings which are similar to those that in similar circumstances I have myself.”²²³

Mensen vergaren kennis over hun eigen psyche door middel van reflectie en introspectie. Ze nemen niet alleen kennis van hun eigen gedragingen, maar ook van de daarbij behorende psychische gesteldheden. Deze ervaringen vormen de basis voor het kunnen toeschrijven van ervaringen aan andere mensen. Wie zijn vinger tussen de deur krijgt, kan opmerken dat zijn pijngevoel aanleiding vormt tot gegil. Als iemand anders nu vergelijkbare kreten slaakt vlak nadat hij een bowlingbal op zijn tenen heeft laten vallen, dan kunnen we – naar analogie van onszelf – infereren dat deze persoon ook wel pijn zal hebben. Weliswaar kunnen we de pijn van de ander niet direct waarnemen of voelen, maar het is heel wel mogelijk een zinvolle uitspraak over iemand anders pijn te doen. In beginsel komt kennis van iemand anders innerlijk dus tot stand via een redenering, maar in veel gevallen is de band tussen het psychische en de uiterlijke manifestatie zo evident dat de redenering niet geëxpliciteerd hoeft te worden.²²⁴ Een schoolvoorbeeld daarvan is Peters’ stelling dat men een gedraging als doodschieten herkent voordat men onderzocht heeft of sprake is van psychisch opzet.²²⁵

De opvatting dat kennis over de psyche van een ander terug te voeren is op de analogie tussen onszelf en anderen, is omstreden. Hoe kan men enkel op basis van persoonlijke ervaringen conclusies trekken over het innerlijk van anderen?²²⁶ Hoe kan ik weten dat gedrag en psyche zich bij anderen op dezelf-

²²³ Ayer 1956, ‘The problem of knowledge’, p. 249.

²²⁴ Vgl. Ayer 1956, ‘The problem of knowledge’, p. 226-233 en Marres 1985, ‘Filosofie van de geest. Een kritisch overzicht’, p. 105-106. Volgens Ayer zouden we dergelijke gevallen ook kunnen bestempelen als een directe waarneming. Ayer 1956, p. 231 stelt: “We quite often come to know what people are thinking or feeling simply by observing them. One looks at a man and sees that he is angry or perplexed or bored or amused. Why should this not be construed as a direct observation not only of his outward behaviour but of his inner state? The answer is that we can so construe it, if it pleases us. We can give a sense to saying that one person inspects or ‘directly observes’ the private experiences of another. He may be said to do so just in those cases where he knows what experiences the other person is having, and does not come to know it through any process of inference. In the ordinary case one is inclined to say that there is at least an unconscious process of inference; a person’s feelings are read off from his looks.”

²²⁵ Zie Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’, p. 45.

²²⁶ Zie Ryle 1949, ‘The concept of mind’, p. 51-60; Keeler 1985, ‘Direct evidence of state of mind: a philosophical analysis of how facts in evidence support conclusions regarding mental state’; Wittgenstein 1992, ‘Filosofische onderzoekingen’, par. 293; Dresser 1993, ‘Culpability and other minds’; Candeub 1994, ‘Motive crimes and other minds’. Wittgenstein 1992, par. 293 stelt: “Als ik van mijzelf zeg dat ik alleen uit mijn eigen geval weet, wat het woord ‘pijn’ betekent, – moet ik *dat* niet ook van anderen zeggen? En hoe kan ik dan dat *ene* geval op zo’n onverantwoorde manier veralgemeniseren? Nu, iedereen zegt mij over zichzelf dat hij alleen uit zijn eigen geval weet wat pijn is! – Veronderstel dat iedereen een doosje zou hebben, en dat daarin iets zat, wat wij ‘kever’ noemen. Niemand

→

de wijze tot elkaar verhouden? Deze tegenwerping treft doel als het alleen zou gaan om analogische inferenties. Analogie is echter slechts het fundament voor kennisverwerving. Een andere belangrijke bron van informatie is intermenselijke communicatie. Volgens Ayer vormen uitlatingen over gedachten en gevoelens het best mogelijke bewijs voor het bestaan daarvan.²²⁷ Deze uitlatingen hoeven niet altijd waar te zijn, maar dat betekent nog niet dat we er nooit op zouden mogen vertrouwen.²²⁸ Mensen functioneren in een wijdvertakt maatschappelijk verband en hebben een groot aantal gedeelde ervaringen. Dit biedt de gelegenheid hypothesen over de verbanden tussen psychische verschijnselen en uiterlijke manifestaties te toetsen. In sommige gevallen kunnen we confirmeren dat andere mensen op basis van ons gedrag juiste uitspraken over onze psyche doen.²²⁹ Dat vormt een aanwijzing voor de validiteit van inferenties van gedrag naar psyche. Kennis over de psyche van een ander is uiteindelijk terug te voeren op een netwerk van publiekelijk gevalideerde verbanden tussen gedrag en psyche. Dit netwerk vormt de basis voor het vertrouwen dat we doorgaans stellen in het toeschrijven van psychische gesteldheden aan anderen.

Humphrey bestempelt de mens als een *homo psychologicus*.²³⁰ Mensen zijn geboren psychologen: ze zijn reeds op jonge leeftijd in staat gedachten, gevoelens en intenties van anderen te duiden. Humphrey herleidt deze vaardigheid tot de evolutionaire ontwikkeling van een innerlijk oog. Het innerlijk oog is gericht op de eigen geest: mensen kunnen hun eigen geestesgesteldheden waarnemen. De met het innerlijk oog opgedane kennis stelt mensen in de gelegenheid het gedrag van anderen te begrijpen. Humphrey plaatst dit in een evolutionair perspectief.

“In evolutionary terms it must have been a major breakthrough. Imagine the biological benefits to the first of our ancestors that developed the ability to make realistic guesses about the inner life of his rivals: to be able to picture what another was thinking about, and planning to do next, to be able to read the minds of others by reading his own. The way was open to a new deal in human social relationships: sympathy, compassion, trust, treachery and double-crossing – the very things which make us human.”²³¹

kan ooit in het doosje van een ander kijken; en iedereen zegt dat hij alleen doordat hij naar *zijn* kever gekeken heeft weet, wat een kever is. – Dan zou het toch kunnen zijn dat iedereen een ander ding in zijn doosje had.”

²²⁷ Ayer 1956, ‘The problem of knowledge’, p. 243-254 en Ayer 1965, ‘One’s knowledge of other minds’. Vgl. Price 1970, ‘Our evidence for the existence of other minds’.

²²⁸ Vgl. Ayer 1956, ‘The problem of knowledge’, p. 233-238.

²²⁹ Vgl. Hampshire 1970, ‘The analogy of feeling’.

²³⁰ Humphrey 1983, ‘Consciousness regained. Chapters in the development of mind’; Humphrey 1986, ‘The inner eye’; Humphrey 2002, ‘The mind made flesh. Essays from the frontiers of psychology and evolution’, p. 65-85.

²³¹ Humphrey 1986, ‘The inner eye’, p. 76.

Het gaat mij hier niet om de speculatieve evolutionaire verklaring. Het punt is dat het kunnen duiden van het innerlijk van een ander voor de mens van onschatbare waarde is. Deze vaardigheid stelt mensen in staat het gedrag van anderen te voorspellen en zorgt ervoor dat sociale interacties soepel verlopen. Baron-Cohen geeft zo hoog op van deze vaardigheid dat hij onomwonden spreekt van ‘mindreading’.²³² Baron-Cohen deed empirisch onderzoek naar de vaardigheid van het gedachtelezen. Hij onderscheidt een aantal componenten die aan het gedachtelezen ten grondslag liggen. De ‘Intentionality Detector’ is een mechanisme dat doelgerichtheid aan bewegingen toeschrijft. Bewegingen worden geduid aan de hand van basale volitieve geestesgesteldheden. De ‘Theory-of-Mind Mechanism’ is een mechanisme dat het gehele arsenaal van geestesgesteldheden uit gedrag kan afleiden. Een belangrijke functie van dit mechanisme bestaat uit het toeschrijven van cognitieve geestesgesteldheden (weten, voorzien, geloven, etc.). Daarnaast voegt de ‘Theory-of-Mind Mechanism’ de kennis over de diverse geestesgesteldheden samen tot een coherent geheel. Het gedachtelezen berust uiteindelijk op een goed functionerende theorie van de geest. Deze theorie van de geest stelt mensen in staat op adequate wijze aan het sociale verkeer deel te nemen. De gedachten, gevoelens en intenties van anderen kunnen tot op grote hoogte worden geduid. De hoge ontwikkelingsgraad van het gedachtelezen wordt pas goed duidelijk als acht wordt geslagen op personen die *niet* over deze gave beschikken. Baron-Cohen stelt dat autisten een gebrekkige theorie van de geest hebben.²³³ Hij spreekt in dit verband van ‘mindblindness’: autisten hebben grote moeite gedragingen van anderen te verbinden met de achterliggende geestesgesteldheden. Deze blindheid met betrekking tot het innerlijk van anderen komt onder meer tot uiting in sociaal onangepast gedrag. Hieruit blijkt dat de wereld moeilijk te begrijpen is zonder een adequaat psychisch referentiekader.

Humphrey en Baron-Cohen brengen voor het voetlicht hoe begaafd mensen eigenlijk zijn in het koppelen van gedragingen van andere mensen aan geestesgesteldheden. De mens gaat niet te werk als een soort behavioristische psycholoog, die niet wenst te speculeren over wat zich afspeelt in de ‘black box’. Hij beperkt zich niet tot het waarnemen van prikkels en gedragingen. Prikkels en gedragingen worden gekoppeld aan een theorie van de geest. Dit stelt ons in staat zinvolle uitspraken over iemand anders innerlijk te doen. De ‘black box’ is niet zo zwart als behavioristen ons willen doen geloven. De menselijke geest is tot op zekere hoogte transparant. Van iemand die met een hamer op zijn duim slaat, kan men zeggen dat hij pijn heeft. Van iemand die zijn huis kort en klein slaat, kan men zeggen dat hij boos is. En, wat ons hier bezighoudt, van iemand

²³² Baron-Cohen 1995, ‘Mindblindness. An essay on autism and theory of mind’.

²³³ Baron-Cohen 1995, ‘Mindblindness. An essay on autism and theory of mind’, p. 59-84; Phillips, Baron-Cohen & Rutter 1998, ‘Understanding intention in normal development and in autism’; Baron-Cohen 2000, ‘Theory of mind and autism: a fifteen year review’.

die vijf kogels in iemands borst schiet, kan men zeggen dat hij opzet op de dood heeft. De band tussen het psychische (opzet) en de uiterlijke gedraging (dood-schieten) is zo evident dat het mogelijk is met voldoende zekerheid een uitspraak over het opzet van de actor te doen. Dat is alleen anders als zich hier bijzondere omstandigheden voor zouden doen.

4.3.6.5 *Het bewijzen van strafrechtelijk opzet*

4.3.6.5.a INLEIDING

De conclusie is dat algehele scepsis met betrekking tot kennis over de psyche van een ander ongegrond is. Dat neemt niet weg dat het soms lastig is een valide uitspraak over het innerlijk van een ander te doen. Hoofdpijn komt in de regel niet in gedrag tot uiting en gecompliceerde gedachten of gevoelens laten zich moeilijk precies reconstrueren. Er zijn echter een aantal redenen waarom een uitspraak over het strafrechtelijk opzet meestal wél met voldoende vertrouwen gegeven kan worden. Als eerste bespreek ik de inrichting van het materiële recht. Ik betoog dat het materiële recht zo is vormgegeven dat opzet in de meeste gevallen bewezen kan worden. Als tweede bespreek ik de bewijsbaarheid van het strafrechtelijk opzet. Ik wijs op twee factoren die de bewijsbaarheid ten goede komen: (1) de opzet-act heeft weinig psychische diepgang en (2) het opzet-object hoeft niet precies gereconstrueerd te worden.

4.3.6.5.b DE INRICHTING VAN HET MATERIËLE RECHT FACILITEERT HET BEWIJS

Een doleuze delictsomschrijving wordt gekenmerkt door doleuze bestanddelen en objectieve bestanddelen.²³⁴ Bij een voltooid delict moet voldaan zijn aan alle objectieve bestanddelen. Deze objectieve zijde van het delict duid ik hier aan met de term *actus reus*. Er is sprake van *actus reus* als de handeling van de actor gebracht kan worden onder de objectieve bestanddelen van een delictsomschrijving. *Actus reus* heeft betrekking op de relatie tussen de actor ('hij die') en een strafrechtelijk relevant voorval.²³⁵ De dood van een mens, het verhandeld zijn van een gestolen fiets en het aanwezig zijn van heroïne zijn voorbeelden van dergelijke voorvallen. Als sprake is van een strafrechtelijk relevant voorval, dan is de vraag of dit in verband gebracht kan worden met een actor. In de meeste gevallen vestigt de actor deze relatie door middel van een actieve gedraging. Bijvoorbeeld: de actor koopt een nieuwe fiets voor een gering bedrag van een hem onbekende man. Het strafrechtelijk relevant voorval en de actieve gedraging vormen belangrijke aangrijpingspunten bij het determineren van opzet. De vraag naar de psychische gesteldheid van de actor hangt niet in de lucht. Eerst wordt vastgesteld dat sprake is van een in beginsel door iedereen

²³⁴ Zie paragraaf 4.5.3.

²³⁵ Zie paragraaf 2.1 en 4.5.3.

direct waarneembare gebeurtenis. Vervolgens is pas de vraag of de actor beschikt heeft over een bepaalde psychische gesteldheid.

De Treason Act uit 1351 nam strafbaarheid aan als “a man doth compass or imagine the death of our lord the King”.²³⁶ De gedachte alleen vestigt de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het strafbaar stellen van gedachten stuit in beginsel op retributieve of utilitaristische bezwaren.²³⁷ In de eerste plaats is de vraag of de morele verderfelijkheid voldoende groot is voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. In de tweede plaats wordt minder marginale afschrikking bewerkstelligd: als het hebben van de intentie al strafbaar is, dan wordt de actor niet geprikkeld af te zien van het realiseren van zijn intentie.²³⁸ Het kan betwijfeld worden of deze argumenten voldoende gewicht in de schaal leggen om het strafbaar stellen van boosaardige intenties principieel uit te sluiten. Een zeer belangrijk tegenargument is praktisch van aard: het bewijs van niet-geopenbaarde intenties is moeilijk te leveren.²³⁹ Blackstone drukt dit als volgt uit.

“For though, *in foro conscientiae*, a fixed design or will to do an unlawful act is almost as heinous as the commission of it, yet, as no temporal tribunal can search the heart, or fathom the intentions of the mind, otherwise than as they are demonstrated by outward actions, it therefore cannot punish for what it cannot know. For which reason in all temporal jurisdictions an *overt* act, or some open evidence of an intended crime, is necessary in order to demonstrate the depravity of the will, before the man is liable to punishment.”²⁴⁰

De strafrechtelijke aansprakelijkheid voor poging en voorbereiding kan ook in deze sleutel worden geplaatst. Voor poging is vereist dat het voornemen van de dader zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard. Bij voorbereiding dient de dader voorwerpen etc. voorhanden te hebben etc. die bestemd zijn tot

²³⁶ Zie Barrell 2000, ‘Imagining the king’s death. Figurative treason, fantasies of regicide 1793-1796’, p. 30. Barrell gaat uitgebreid in op de betekenis van deze bepaling. Barrell 2000, p. 584 citeert uit een ingezonden brief van Bentham, waarin hij stelt dat een dergelijke bepaling iedereen tot een verrader maakt: “if to *imagine* the death of the king be treason, then am I a traitor – I, who am imagining it in the sole view and purpose of contributing to the prevention of it. Judges, jury, counsel, audience, all who contribute to, or are present at the trial of a traitor of the description in question, will be traitors.”

²³⁷ Vgl. Morris 1965, ‘Punishment for thoughts’ en Dworkin & Blumenfeld 1966, ‘Punishment for intentions’.

²³⁸ Zie paragraaf 3.4.7 over marginale afschrikking.

²³⁹ Vgl. Blackstone 1876, ‘The commentaries on the laws of England. Vol. IV. Of public wrongs’, p. 15-16; Morris 1965, ‘Punishment for thoughts’; Williams 1961, ‘Criminal law. The general part’, p. 631-633; Katz 1987, ‘Bad acts and guilty minds. Conundrums of the criminal law’, p. 153-164; Reijntjes 2003, ‘Het aantonen van opzet. Over de verhouding tussen vorm en materie in het strafrecht’.

²⁴⁰ Blackstone 1876, ‘The commentaries on the laws of England. Vol. IV. Of public wrongs’, p. 15.

het begaan van een misdrijf. Deze uiterlijk waarneembare omstandigheden maken het gemakkelijker het opzet van de actor te bewijzen. Zo stelt de memorie van toelichting met betrekking tot de poging: “Poging wordt gestraft om den misdadigen wil, het opzet des daders te treffen, zoodra deze eene zoo gevaarlijke rigting heeft aangenomen, dat daarvan objectief blijkt door het begin van uitvoering van een bepaald misdrijf.”²⁴¹ Het innerlijk voornemen dient publiekelijk geopenbaard te worden.

De strekking van het bovenstaande is dat het materiële recht zo is ingericht dat het in veel gevallen mogelijk is een valide uitspraak over het innerlijk van een ander te doen. Het Nederlandse strafrecht heeft – anders dan de Treason Act – geen betrekking op gedachten alleen. Het strafrecht toont pas interesse in een psychische gesteldheid als zich een publiekelijk waarneembare gebeurtenis heeft voorgedaan. Deze gebeurtenis vormt het uitgangspunt voor het bewijs van de geestesgesteldheid van de actor. Dat neemt niet weg dat ook andere factoren een bijdrage aan het bewijs kunnen leveren. Daarbij kan gedacht worden aan begeleidende omstandigheden, gedragingen uit het verleden, de aanwezigheid van een motief, een bekentenis van een psychische gesteldheid of het zwijgen over een psychische gesteldheid.²⁴²

4.3.6.5.c VOORUITBLIK: OPZET-ACT EN OPZET-OBJECT

Hierboven stond de vraag centraal *hoe* psychisch opzet bewezen kan worden: uit welke omstandigheden kan het psychische worden afgeleid? In het onderstaande richt ik mij op de vraag *wat* bewezen moet worden: welke psychische gesteldheden kunnen gebracht worden onder het doleuze bestanddeel van een delictomschrijving? In paragraaf 4.5 ga ik uitgebreid in op de vraag hoe opzet in mijn optiek moet worden omlijnd. Ik beperk mij hier tot het nemen van een voorschot op deze paragraaf.

Psychische verschijnselen worden – in tegenstelling tot fysische verschijnselen – gekenmerkt door intentionaliteit: ze zijn gericht op een object. Psychische verschijnselen zoals geloof of verlangen hebben betrekking op het geloofde of het verlangde. Er kan onderscheid gemaakt worden tussen de *psychische act* (gelooven; verlangen) en het *object* van deze act (het geloofde; het verlangde). Het object van de psychische act hoeft niet echt te bestaan. Zo kan men geloven of verlangen dat de aarde plat is. Ook in dat geval is de psychische act gericht op een object.

Als opzet psychisch wordt opgevat, dan geldt het bovenstaande ook voor het opzet. Het strafrechtelijk opzet bestaat dan uit een bepaalde psychische act (opzet-act) die gericht is op een bepaald object (opzet-object). Dat roept twee vragen op. (1) Wat is de aard van de opzet-act? Bestaat opzet uit ‘willen’, ‘weten’ of een combinatie van beide? (2) Wat is de inhoud van het opzet-object?

²⁴¹ Smidt I, p. 424.

²⁴² Vgl. Bentham 1978, ‘Rationale of judicial evidence, specially applied to English practice. Vol. III’, p. 86 met betrekking tot het laatste punt: “*Silence is tantamount to confession*”.

Het gaat dan om de vraag waar de opzet-act op gericht moet zijn. Hieronder sta ik achtereenvolgens stil bij de aard van de opzet-act en de inhoud van het opzet-object. Deze thema's worden gerelateerd aan de bewijsbaarheid.

4.3.6.5.d DE OPZET-ACT HEEFT WEINIG PSYCHISCHE DIEPGANG

In paragraaf 4.5 kom ik tot de conclusie dat de opzet-act in wezen herleid kan worden tot 'weten'. Mijn opvatting verschilt inhoudelijk niet of nauwelijks van de opvatting van Nieboer en Strijards.²⁴³ Een actor heeft het voor doodslag vereiste opzet als hij *voorziet dat* zijn handeling de dood van een ander zal veroorzaken. Een actor heeft het voor heling vereiste opzet als hij *zich realiseert dat* het te verwerven goed door misdrijf verkregen is. De conclusie kan zijn dat dit strafrechtelijk opzetbegrip slechts weinig psychische diepgang heeft.²⁴⁴ Brouns en Peters stellen dan ook ten onrechte dat een psychisch opzetbegrip een te grote afhankelijkheid van de psychologie met zich mee zou brengen. Brouns stelt dat een psychisch opzetbegrip vatbaar is voor invloeden uit de psychologie.²⁴⁵ Het denken over opzet zou daardoor in aanraking komen met richtingen die het onbewuste of onderbewuste thematiseren. Peters wijst op het gevaar dat in het recht erkende psychologische inzichten achterhaald worden door nieuwe psychologische inzichten.²⁴⁶ Hij impliceert vervolgens dat alleen (diepte)psychologen uitspraken zouden kunnen doen over psychisch opzet. De beweringen van Brouns en Peters zijn zonder grond. Het strafrecht is slechts geïnteresseerd in basale cognitieve geestesgesteldheden. Boven heb ik betoogd dat normaal ontwikkelde mensen bijzonder vaardig zijn in het duiden van dergelijke geestesgesteldheden.²⁴⁷ We zijn, om met Humphrey te spreken, in wezen geboren psychologen. Daaruit volgt dat de beoordeling van psychisch opzet niet overgelaten hoeft te worden aan (diepte)psychologen.²⁴⁸ Rechters moeten in principe in staat worden geacht een adequaat oordeel over het opzet te vellen. Dat lijdt hoogstens uitzondering als de verdachte psychisch gestoord is.

4.3.6.5.e HET OPZET-OBJECT HOEFT NIET PRECIES GERECONSTRUEERD TE WORDEN

In paragraaf 4.5.3 betoog ik dat een gebeurtenis onder een doleuze delictomschrijving gebracht kan worden als voldaan is aan drie eisen. (1) Er moet spra-

²⁴³ Zie paragraaf 4.2.3.2 over Nieboer en Strijards' cognitieve opzettheorie.

²⁴⁴ Vgl. Nieboer 1978, 'Wetens en willens', p. 15-16 en Strijards 1983, 'Facetten van dwaling in het strafrecht', p. 68-70.

²⁴⁵ Brouns 1988, 'Opzet in het wetboek van strafrecht', p. 24-25 en 288-289.

²⁴⁶ Peters 1966, 'Opzet en schuld in het strafrecht', p. 116-117.

²⁴⁷ Zie Baron-Cohen 1995, 'Mindblindness. An essay on autism and theory of mind', p. 51-55 en 69-83 over het duiden van cognitieve geestesgesteldheden (epistemic mental states).

²⁴⁸ Vgl. Nieboer 1970, 'Aegroto suum. De toerekening in het strafrecht bij psychische afwijkingen', p. 98 en Loth 1988, 'Handeling en aansprakelijkheid in het recht', p. 211-227 (voetnoot 155).

ke zijn van actus reus. (2) Er moet sprake zijn van opzet. (3) Er moet voldoende correspondentie bestaan tussen het opzet-object en de actus reus. De objectieve bestanddelen van een doleuze delictsomschrijving zijn van belang voor het omlijnen van de actus reus en het opzet-object. Er is sprake van actus reus als de handeling van de actor gebracht kan worden onder de objectieve bestanddelen van de delictsomschrijving. De inhoud van het opzet-object wordt vastgesteld aan de hand van de niet-geobjectiveerde objectieve bestanddelen.

Er bestaat een oneindige hoeveelheid gebeurtenissen die kunnen gelden als actus reus van een bepaalde delictsomschrijving. Men hoeft de Nederlandse Jurisprudentie maar open te slaan om te zien op welke uiteenlopende wijzen men mensen om het leven kan brengen. Het vormt geen probleem deze gebeurtenissen onder de abstracte delictsomschrijving van art. 287 Sr te brengen. Wat geldt voor de actus reus, geldt eveneens voor het opzet. Er bestaat een oneindige hoeveelheid psychische gesteldheden die kunnen gelden als opzet van een bepaalde delictsomschrijving.²⁴⁹

De vaststelling dat sprake is van actus reus en opzet volstaat niet om een gebeurtenis onder een doleuze delictsomschrijving te brengen. Er dient tevens voldoende correspondentie te bestaan tussen het opzet-object en de actus reus (correspondentiebeginsel). Een voorbeeld om de gedachten te bepalen. De zin 'Jan heeft Piet gedood' verwijst naar *een actus reus* die gebracht kan worden onder de delictsomschrijving van doodslag. De zin 'Jan had opzet op het doden van Klaas' verwijst naar *een opzet* dat gebracht kan worden onder de delictsomschrijving van doodslag. Het is nu de vraag of het opzet-object (het doden van Klaas) en de actus reus (het doden van Piet) voldoende met elkaar corresponderen. Als dat het geval is, dan kan het gebeurde aangemerkt worden als doodslag. Dit kan uitgedrukt worden met de zin 'Jan heeft opzettelijk een mens gedood'. Deze zin verwijst naar de drie-eenheid opzet, actus reus en correspondentie. De hoge abstractiegraad van delictsomschrijvingen brengt mee dat doorgaans snel gesproken kan worden van voldoende correspondentie. *Error in persona* of *error in objecto* staan niet gauw aan het aannemen van correspondentie in de weg. Als onvoldoende correspondentie tussen opzet en actus reus bestaat, dan is mogelijk sprake van poging.

Ik bespreek nu de bewijsrechtelijke implicaties van deze visie. Laten we er voor het gemak van uitgaan dat de actus reus in een concreet geval is gefixeerd. Stel dat vaststaat dat de actor 3,75 kilogram heroïne heeft vervoerd. Voor een veroordeling voor een doleus Opiumwetdelict is nu vereist dat buiten redelijke twijfel staat dat de actor beschikt heeft over een opzet dat voldoende correspondeert met deze actus reus. Dat brengt mee dat men niet precies hoeft te achterhalen wat de actor zich heeft voorgesteld (het opzet-object). De opzet-objecten 'vervoeren van heroïne' en 'vervoeren van cocaïne' corresponderen beide in voldoende mate met de actus reus in kwestie ('vervoeren van heroïne-').

²⁴⁹ Zie figuur 4.3 in paragraaf 4.5.3.3.

ne').²⁵⁰ Bovendien hoeft niet vastgesteld te worden dat de actor precies op de hoogte was van de hoeveelheid vervoerde drugs. Hetzelfde geldt ten slotte voor de mate van zekerheid waarmee het opzet-object is gevisualiseerd. Er hoeft alleen bewezen te worden dat de actor zich *ten minste* bewust is geweest van de aanmerkelijke kans dat het opzet-object zich zal realiseren.²⁵¹

Er kan een parallel getrokken worden tussen het bewijzen van een snelheidsovertreding en het bewijzen van opzet. De bewezenverklaring dat de actor harder heeft gereden dan 50 kilometer per uur is waar bij elke werkelijk gereden snelheid boven de 50 kilometer per uur. Wat de werkelijke snelheid precies is geweest, is niet van belang. Als voldaan is aan de eisen van *actus reus* en correspondentie, dan geldt hetzelfde voor het opzet. De bewezenverklaring van opzet is waar bij elke geestesgesteldheid die onder het *doleuze* bestanddeel van het delict in kwestie gebracht kan worden. Het is niet nodig de geestesgesteldheid precies te reconstrueren. Het volstaat dat buiten redelijke twijfel staat dat de geestesgesteldheid van de actor deel uitmaakt van de verzameling geestesgesteldheden die voldoende corresponderen met de *actus reus* in kwestie.²⁵²

4.3.6.5.f BESLUIT

Ik vat het bovenstaande samen. Ik heb drie redenen aangevoerd waarom psychisch opzet in de regel goed te bewijzen valt. (1) Het materiële recht is zo ingericht dat snel handvatten worden geboden bij het determineren van psychisch opzet. (2) Het strafrechtelijk opzet heeft slechts weinig psychische diepgang. (3) Het is niet nodig de geestesgesteldheid precies te reconstrueren.

Dat neemt uiteraard niet weg dat fouten gemaakt kunnen worden. In een rechtsgeding kunnen zich twee fouten voordoen. (1) Opzet wordt ten onrechte bewezenverklaard (onjuiste bewezenverklaring). (2) Er wordt ten onrechte vrijgesproken van opzet (onjuiste vrijspraak). Hieronder besteed ik aandacht aan de vraag hoe onjuiste bewezenverklaringen van opzet vermeden kunnen worden.

4.3.6.6 *Psychologische biases, opzetbewijs en het Porsche-arrest*

Uit het bovenstaande blijkt dat rechters die de psychische opzettheorie toepassen feilbaar zijn. Dat geldt niet voor rechters die Peters' normatieve opzettheorie toepassen. Het begrip opzet is zo gedefinieerd dat het maken van fouten uitgesloten is: de verdachte heeft opzet als de rechter zegt dat hij opzet heeft. Zo bezien lijkt de normatieve opzettheorie een belangrijk pluspunt te hebben ten opzichte van de psychische opzettheorie. De aanhangers van psychisch

²⁵⁰ Zie bijv. HR 19 februari 1985, NJ 1985, 633; HR 19 april 1988, NJ 1989, 206; HR 8 oktober 1991, NJ 1992, 155.

²⁵¹ Vgl. Nieboer 1978, 'Wetens en willens', p. 6-8. Zie bijv. HR 10 juni 1997, NJ 1997, 585; HR 23 januari 2001, NJ 2001, 327; HR 29 mei 2001, NJ 2001, 694; HR 6 januari 2004, NJ 2004, 180.

²⁵² Zie het overlappende gebied in figuur 4.3 in paragraaf 4.5.3.3.

opzet zien dat uiteraard anders. De feilbaarheid wordt aanvaard, omdat de geestesgesteldheid van de actor van belang wordt geacht. Dit belang kan vanuit verschillende perspectieven worden aanvaard. Psychisch opzet kan opgevat worden als indicatie van morele verderfelijkerheid (retributivisme), controle (Rawlsiaanse straftheorie) of strafnut (utilitarisme).²⁵³ Vanuit deze perspectieven is het van belang onderscheid te maken tussen personen die al dan niet over de voor het delict vereiste geestesgesteldheid hebben beschikt.

Peters' visie met betrekking tot opzet is niet ideologisch geïnspireerd. Hij betoogt op buitenjuridische gronden dat het bij opzet gaat om het toekennen van sociale betekenis. De bewijsproblemen van psychisch opzet vormen een aanvullend argument voor de normatieve interpretatie van opzet. Voor de ideologisch geïnspireerde aanhangers van de psychische opzetheorie, is de stap van bewijsbaarheid naar interpretatie een onaanvaardbare manoeuvre. Vanuit het retributieve perspectief of het door mij verdedigde Rawlsiaanse perspectief vormt psychisch opzet een drempel voor het kunnen opleggen van een zware straf. Alleen in dat geval is sprake van voldoende morele verderfelijkerheid of voldoende controle. Vanuit deze perspectieven kunnen problemen met betrekking tot de kenbaarheid van psychisch opzet niet zomaar op materieelrechtelijk niveau geadresseerd worden. De ideologie en de interpretatie van het materiële recht zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden.

De onbuigzaamheid van het materiële recht brengt mee dat kenbaarheidsproblemen tot het domein van het bewijsrecht behoren. Hierbij gaat bijzondere aandacht uit naar de onjuiste bewezenverklaring. In paragraaf 3.6.2.3 heb ik betoogd dat psychologische biases tot gevolg kunnen hebben dat te snel schuld wordt aangenomen. Dit probleem kan zich eveneens voordoen bij het opzetoordeel. 'Hindsight bias' leidt tot overschatting van de gevaarlijkheid van de gedraging die een bepaald gevolg heeft veroorzaakt. De bewijsrechtelijke stap van dit veronderstelde gevaar naar het opzet van de actor is snel gezet. 'Fundamental attribution error' leidt tot het overschatten van persoonlijke factoren en het onderschatten van situationele factoren. In de strafrechtelijke context geldt aldus dat persoonlijke factoren (opzet; schuld) meer tot de verbeelding spreken dan situationele factoren (toeval; een samenloop van omstandigheden). Al met al lijken gegronde redenen aanwezig te zijn bij het bewijs van opzet acht te slaan op 'hindsight bias' en 'fundamental attribution error'.²⁵⁴

Er is recentelijk veel onderzoek gedaan naar het toeschrijven van opzet. Uit een aantal onderzoeken blijkt dat de aard van het veroorzaakte gevolg en de

²⁵³ Zie paragraaf 3.3.1 (strafnut), paragraaf 4.3.8.2 (controle) en paragraaf 4.3.8.3 (morele verderfelijkerheid).

²⁵⁴ Vgl. Alicke, Weigold & Rogers 1990, 'Inferring intentions and responsibility from motives and outcomes: evidential and extra-evidential judgments'; Alicke 2000, 'Culpable control and the psychology of blame'; Nadelhoffer 2005, 'Intentions and intentional actions in ordinary language and the criminal law', p. 148-153; Alicke 2007, 'Blaming badly'.

verwijtbaarheid van de actor invloed hebben op het toeschrijven van opzet.²⁵⁵ Als sprake is van een slecht gevolg of laakbaar gedrag van de actor, dan wordt – ceteris paribus – eerder opzet aangenomen. Deze uitkomsten geven te denken, aangezien opzet doorgaans wordt opgevat als een moreel neutraal begrip.²⁵⁶ De aard van het gevolg en de laakbaarheid van de actor horen los te staan van de vraag of sprake is van opzet. Deze onderzoeken naar het toeschrijven van opzet zijn mogelijk relevant voor het strafrecht.²⁵⁷ Het strafrecht houdt zich bij uitstek bezig met slechte gevolgen en verwijtbaar gedrag. Dat betekent dat de omstandigheden waarbij opzet snel wordt toegeschreven zich relatief vaak voordoen.

Ik bespreek het Porsche-arrest om het gevaar van en een remedie tegen psychologische biases te illustreren.²⁵⁸ Een bestuurder van een Porsche haalde een auto in en kwam frontaal in botsing met een tegenligger. De bestuurder van de Porsche en vier inzittenden van de tegenligger kwamen om het leven. Er zijn ten minste drie redenen waarom het gevaar van psychologische biases hier op de loer ligt. (1) De gedraging heeft daadwerkelijk geleid tot een gevolg. ‘Hindsight bias’ voorspelt dat de *ex ante* kans dat een dergelijke inhaalmanoeuvre tot dit gevolg zou leiden te hoog wordt ingeschat. De vraag of de verdachte zich bewust is geweest van de aanmerkelijke kans op de dood, wordt vervolgens

²⁵⁵ Zie bijv. Knobe 2003, ‘Intentional action in folk psychology: an experimental investigation’; Knobe 2003, ‘Intentional action and side effects in ordinary language’; Nadelhoffer 2004, ‘On praise, side effects, and folk ascriptions of intentionality’; Knobe & Mendlow 2004, ‘The good, the bad and the blameworthy: understanding the role of evaluative reasoning in folk psychology’; Nadelhoffer 2004, ‘Blame, Badness, and intentional action: a reply to Knobe and Mendlow’; Leslie, Knobe & Cohen 2006, ‘Acting intentionally and the side-effect effect: ‘theory of mind’ and moral judgment’; Malle 2006, ‘Intentionality, morality, and their relationship in human judgment’.

²⁵⁶ Zie paragraaf 4.3.8.4.a, 4.3.8.8 en 4.4.3.3.

²⁵⁷ Zie Malle & Nelson 2003, ‘Judging *mens rea*: the tension between folk concepts and legal concepts of intentionality’; Nadelhoffer 2005, ‘Intentions and intentional actions in ordinary language and the criminal law’, p. 112-164; Nadelhoffer 2006, ‘Bad acts, blameworthy agents, and intentional actions: some problems for juror impartiality’. De auteurs achten de uitkomsten van belang voor het strafrecht. Ik meen dat terughoudendheid betracht moet worden bij het extrapoleren van deze uitkomsten naar het strafrecht. De onderzoeken hebben uitsluitend betrekking op de vraag wanneer opzet wordt toegeschreven. In de strafrechtelijke context gaat het echter om de vraag of opzet *terecht* wordt toegeschreven. Deze vraag wordt niet beantwoord. Men kan hoogstens concluderen dat de wijze waarop het begrip opzet door leken wordt toegepast niet spoort met een ideaaltypische interpretatie van het begrip. De uitkomsten laten de mogelijkheid open dat opzetattributies bij slechte gevolgen of laakbaar gedrag ongebiast zijn. Wellicht zijn mensen te voorzichtig in het toeschrijven van opzet in neutrale situaties. Een andere reden voor terughoudendheid wordt gevormd door het feit dat het toeschrijven van opzet in het Nederlandse strafrecht geschiedt door rechters. Rechters weten dat gevolg, verwijtbaarheid en opzet los van elkaar beoordeeld dienen te worden.

²⁵⁸ HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199.

beantwoord op basis van de overschatte kansgrootte ('verdachte moet dit enorme risico wel voorzien hebben'). (2) Het gevolg was zeer ernstig. Er waren vijf doden te betreuren. Des te ernstiger het gevolg, des te sneller wordt opzet toegeschreven. (3) De verdachte gaf blijk van een laakbaar karakter. Vóór het ongeval is sprake van dronkenschap en gevaarlijk rijgedrag. Na het ongeval vluchtte de verdachte en later ontkennde hij de bestuurder te zijn geweest. Deze drie factoren brengen mee dat mensen snel geneigd zijn aan te nemen dat de actor met opzet heeft gehandeld.²⁵⁹

De biasgevoeligheid van deze zaak is niet uniek. Hetzelfde doet zich voor bij uit de hand gelopen kroegruzies waarbij een dode te betreuren is. Wat de Porschezaak echter uniek maakt, is het feit dat de omstandigheden van het geval een biaszuiverende werking hebben. Er is sprake van een zelfmoordparadox: het toeschrijven van opzet lijkt te impliceren dat de actor tevens opzet had op zijn eigen dood. Deze ongerijmdheid noopte de Hoge Raad tot het oordeel dat de bewezenverklaring van opzet onvoldoende gemotiveerd was. Bovendien sloeg hij acht op het feit dat de verdachte meermalen – kennelijk om een botsing te vermijden – een ingezette inhaalmanoeuvre had afgebroken.

Otte plaatst een aantal kanttekeningen bij deze bewijsrechtelijke vooronderstellingen.²⁶⁰ Hij beproeft drie alternatieve hypothesen. (1) De afgebroken en de fatale inhaalmanoeuvre moeten niet onder één bewustzijnsgraad worden geschaard. Otte werpt de mogelijkheid op dat de afgebroken inhaalmanoeuvres verklaard kunnen worden door zekerheid op de dood van zichzelf en anderen aan te nemen. Het is vervolgens mogelijk aan te nemen dat de actor tijdens de fatale manoeuvre wel degelijk voorwaardelijk opzet had op de dood van zich-

²⁵⁹ Nadelhoffer 2006, 'Bad acts, blameworthy agents, and intentional actions: some problems for juror impartiality' deed empirisch onderzoek dat primair betrekking heeft op de derde factor. Nadelhoffer 2006, p. 209-210 legde de volgende twee gevallen aan verschillende proefgroepen voor. *Geval 1*: "Imagine that a thief is driving a car full of recently stolen goods. While he is waiting at a red light, a police officer comes up to the window of the car while brandishing a gun. When he sees the officer, the thief speeds off through the intersection. Amazingly, the officer manages to hold on to the side of the car as it speeds off. The thief swerves in a zigzag fashion in the hope of escaping – knowing full well that doing so places the officer in grave danger. But the thief doesn't care; he just wants to get away. Unfortunately for the officer, the thief's attempt to shake him off is successful. As a result, the officer rolls into oncoming traffic and sustains fatal injuries. He dies minutes later." *Geval 2*: "Imagine that a man is waiting in his car at a red light. Suddenly, a car thief approaches his window while brandishing a gun. When he sees the thief, the driver panics and speeds off through the intersection. Amazingly, the thief manages to hold on to the side of the car as it speeds off. The driver swerves in a zigzag fashion in the hope of escaping – knowing full well that doing so places the thief in grave danger. But the driver doesn't care; he just wants to get away. Unfortunately for the thief, the driver's attempt to shake him off is successful. As a result, the thief rolls into oncoming traffic and sustains fatal injuries. He dies minutes later." De proefpersonen werd gevraagd of de actor de dood 'knowingly' en 'intentionally' had veroorzaakt. Geval 1: 'knowingly' (75%) en 'intentionally' (37%); Geval 2: 'knowingly' (51%) en 'intentionally' (10%).

²⁶⁰ Otte 2001, 'Opzet en schuld in het verkeer', p. 5-12.

zelf en anderen. De assumptie daarbij is dat hij terugschrok voor een zekere dood, maar niet voor een mogelijke dood. (2) Ottes tweede hypothese neemt de door de Hoge Raad onwaarschijnlijk geachte mogelijkheid als vertrekpunt. Als iemand kennelijk bereid is zijn eigen dood te aanvaarden, dan mag a fortiori worden aangenomen dat hij de dood van een ander aanvaardt. (3) Ottes derde hypothese behelst dat de verdachte de kans op zijn eigen dood lager heeft ingeschat dan de kans op de dood van een ander. De door Otte opgeworpen hypothesen moeten beoordeeld worden tegen de achtergrond van het in dubio pro reo-beginsel. Dat betekent dat buiten redelijke twijfel moet staan dat het door de Hoge Raad opgevoerde alternatief – de verdachte verwachtte niet dat de inhaalmanoeuvre tot een botsing zou leiden – onjuist is. Ik meen dat daar niet aan voldaan is. De hypothese van de Hoge Raad biedt een veel plausibeler verklaring van het gebeurde.²⁶¹

De Hullu en Otte zijn kritisch over het Porsche-arrest: de Hoge Raad zou zich moeten onthouden van psychologisering.²⁶² Ze wijzen erop dat de bewijsregel van de Hoge Raad in veel gevallen niet toegepast kan worden. Dat is een juiste gevolgtrekking. Bij botsingen met een fietser of bij een uit de hand gelopen kroeggevecht biedt de bewijsregel weinig houvast. Dat vormt echter geen valide argument tegen de bewijsregel. De bijzondere omstandigheden van dit geval bieden een tastbaar aangrijpingspunt om de bewijsredenering kritisch te toetsen. Het enkele feit dat die omstandigheden zich in andere gevallen niet voordoen, brengt niet mee dat de Hoge Raad zich hier op de vlakte had moeten houden. Bewezenverklaringen van opzet zijn – evenals bewezenverklaringen van schuld – vaak lastig te toetsen door de Hoge Raad. Als zich, bij wijze van uitzondering, een geval aandient waarbij de bewijsredenering wél op haar merites getoetst kan worden, dan dient de Hoge Raad deze mogelijkheid met beide handen aan te grijpen.

De Hullu en Otte achten het bezwaarlijk dat toevallige, niet-relevante omstandigheden een grote invloed kunnen hebben op het bewijs van opzet. Het zou, ceteris paribus, niet uit moeten maken of iemand tegen een auto of een fietser botst. Ik onderschrijf dit uitgangspunt, maar ik verbind daar een andere conclusie aan. De Hullu en Otte achten het wenselijk als in beide gevallen geen bewijsrechtelijke obstakels aanwezig zouden zijn. Ik meen daarentegen dat het bewijs van opzet in beide gevallen lastig zou moeten zijn. Bij een botsing tussen een sterke en zwakke verkeersdeelnemer voldoet de bewijsregel uit het Porsche-arrest niet. De sterke verkeersdeelnemer loopt veel minder gevaar dan

²⁶¹ In casu zou daarbij betrokken kunnen worden dat de verdachte onder invloed van alcohol verkeerde. Alcoholgebruik tast de vaardigheid risico's adequaat in te schatten aan. Zie Deery & Love 1996, 'The effect of a moderate dose of alcohol on the traffic hazard perception profile of young drink-drivers'. De hypothese van de Hoge Raad (inschattingsfout) past goed bij het profiel van de dronken rijder.

²⁶² De Hullu 1997, 'Opzet en schuld in het verkeer' en Otte 2001, 'Opzet en schuld in het verkeer', p. 5-12.

de zwakke verkeersdeelnemer. Dat neemt niet weg dat men in dergelijke gevallen terug zou kunnen vallen op een andere algemene ervaringsregel. Ik noem deze ervaringsregel de onbewustheidsassumptie: het is onwaarschijnlijk dat een verkeersdeelnemer welbewust de aanmerkelijke kans op de dood van een andere verkeersdeelnemer aanvaardt.²⁶³ De onbewustheidsassumptie is gebaseerd op het feit dat verkeersdeelnemers doorgaans geen dood, letsel of schade bij zichzelf of anderen willen teweegbrengen. Tegen deze achtergrond ligt het niet voor de hand dat de veroorzaker van een dodelijk verkeersongeval beschikt heeft over de voor opzet vereiste bewustheid. Waarom zou iemand die geen verkeersongeval wil veroorzaken, gehandeld hebben met bewustheid van de aanmerkelijke kans op de dood?

Elk jaar worden duizenden fietsers verwond of gedood door een botsing met een sterke verkeersdeelnemer.²⁶⁴ Slechts hoogst zelden wordt een sterke verkeersdeelnemer hierbij gedagvaard voor (poging tot) doodslag. Dit komt, zo vermoed ik, omdat politie en Openbaar Ministerie verkeersongevallen beoordelen aan de hand van de onbewustheidsassumptie. Bij een ongeval waarbij een vrachtwagenchauffeur bij het rechts afslaan een fietser overrijdt, wordt eerder gedacht aan een dode hoek dan aan opzet op de dood. Deze schifting in het voortraject heeft tot gevolg dat de onbewustheidsassumptie geen rol van betekenis speelt in de rechtspraak. Laten we ons echter eens voorstellen dat het Openbaar Ministerie altijd (poging tot) doodslag ten laste zou leggen. Hoe kan de rechter een vrijspraak van opzet motiveren? Het lijkt me dat een beroep op de onbewustheidsassumptie doorgaans volstaat. Het ligt – bijzondere omstandigheden daargelaten – gewoonweg niet voor de hand dat een verkeersdeelnemer dodingsopzet heeft.

In de praktijk vervolgt het Openbaar Ministerie alleen in bijzondere gevallen voor (poging tot) doodslag. Het is mijn opvatting dat het opzetbewijs in verkeerszaken altijd tegen de achtergrond van de onbewustheidsassumptie plaats dient te vinden. Ik meen bovendien dat de Hoge Raad de onbewustheidsassumptie bij het toetsen van de bewezenverklaring tot uitgangspunt zou kunnen nemen. Dat brengt mee dat opzet óók moeilijk te bewijzen is in gevallen waarbij geen frontale botsing heeft plaatsgevonden. Met de Porschezaak vergelijkbaar verkeersgedrag biedt op zichzelf beschouwd onvoldoende aanknopingspunten om de onbewustheidsassumptie te weerspreken. Dat betekent dat het bewijs van opzet in dergelijke zaken alleen kan worden geleverd als verklaringen van de verdachte of anderen inzicht bieden in zijn psychische gesteldheid. Een aantal door de Hoge Raad in stand gelaten veroordelingen voor (poging tot) doodslag in het verkeer zijn in lijn met dit uitgangspunt.²⁶⁵

²⁶³ Zie ook paragraaf 4.5.4.4.d.

²⁶⁴ Bron: Kennisbank SWOV.

²⁶⁵ Zie bijv. HR 17 december 1996, NJ 1997, 245; HR 23 januari 2001, NJ 2001, 327; HR 20 januari 2004, NJ 2004, 214; HR 16 augustus 2005, LJN AT6425; HR 5 december 2006, NJ 2006, 663.

De bovenstaande bespreking van doodslag in het verkeer stond in het teken van psychologische biases. Deze biases kunnen tot gevolg hebben dat psychisch opzet ten onrechte wordt toegeschreven. Uit empirisch onderzoek blijkt dat het bijzonder lastig is psychologische biases tegen te gaan.²⁶⁶ De biases zijn ingebakken in de menselijke natuur. In paragraaf 3.6.2.6 heb ik de mogelijkheid opgeworpen dat de Hoge Raad het effect van biases bij de schuld zou kunnen verminderen door hoge bewijsrechtelijke eisen te stellen. Hetzelfde kan gelden voor het opzet. Het Porsche-arrest laat zien dat de Hoge Raad bewezenverklaringen van opzet kritisch kan toetsen. Een actieve en kritische houding van de Hoge Raad dwingt de feitenrechter inzichtelijk te maken waarom opzet uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid. Dat verkleint de kans dat een gebiaste rechterlijke overtuiging volstaat voor een veroordeling. Aldus kan de Hoge Raad een bescheiden bijdrage leveren aan het bestrijden van psychologische biases.

4.3.7 Opzet bij storing geestvermogens

Delicten worden vaak gepleegd door personen die dronken of geestelijk gestoord zijn. Dergelijke storingen in de geestvermogens staan doorgaans niet in de weg aan het aannemen van opzet. Volgens Peters kan het aannemen van opzet bij dronkenschap of psychische abnormaliteit alleen verklaard worden als men uitgaat van een normatief opzetbegrip.²⁶⁷ Dat betekent volgens hem dat rechters opzet in de praktijk reeds normatief toepassen. Peters gebruikt dit thema als een breekijzer voor een normatief opzetbegrip. In de volgende passage zet Peters uiteen waarom de psychische opzetteorie verworpen moet worden.

“Deze opvatting van opzet wordt hier bestreden. Er wordt van uitgegaan, dat ook een krankzinnige en iemand in dronkenschap een ‘doodslag’ kunnen plegen. Dat houdt in, dat de rechter ook in zulke gevallen opzet moet aannemen. Erkent men niet, dat ook een ‘abnormale’ en een geheel door alcohol benevelde ‘opzet’ kunnen hebben, dan zou daaruit moeten volgen, dat zulke personen nooit een ‘doodslag’ kunnen plegen. (...) ‘Opzet bij een abnormale’ is iets, dat in het strafrecht mogelijk moet zijn. Een theorie, die voor een dergelijk opzet geen plaats heeft – en de heersende theorie is er zo een – kan daarom niet worden gehandhaafd.”²⁶⁸

De strekking van Peters’ betoog is dat gestoorden en benevelden niet met psychisch opzet kunnen handelen. Dit gegeven pleit volgens hem tegen de psychi-

²⁶⁶ Vgl. Nadelhoffer 2005, ‘Intentions and intentional actions in ordinary language and the criminal law’, p. 154-164 en Nadelhoffer 2006, ‘Bad acts, blameworthy agents, and intentional actions: some problems for juror impartiality’.

²⁶⁷ Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’, p. 124-125 en 135-142.

²⁶⁸ Peters 1966, ‘Opzet en schuld in het strafrecht’, p. 124.

sche opzetteorie. Voor ik dit argument bespreek, stel ik twee preliminaire punten aan de orde. Het eerste punt heeft betrekking op de consistentie van de argumentatie. In de vorige paragraaf bleek dat Peters sceptisch is over de mogelijkheid een valide uitspraak over de psyche van een ander te doen. In deze context stelt Peters echter dat gestoorden en benevelden op geheel eigen wijze willen en weten. Dat roept de vraag op waarom Peters wél een uitspraak meent te kunnen doen over de psyche van deze groepen. Het tweede punt is inhoudelijk. Peters lijkt te veronderstellen dat psychisch opzet betrekking heeft op de betekenis die de actor toekent aan zijn handeling. Volgens dit uitgangspunt is opzet normatief als de rechter voorbijgaat aan deze persoonlijke betekenis. Het psychische opzetbegrip dat Peters bestrijdt is ver verwijderd van het door mij voorgestane opzetbegrip. De centrale vraag is veeleer of de actor voorzien heeft dat een bepaald gevolg kon intreden. De subjectieve betekenis die de actor aan zijn handeling toekent, doet niet ter zake. Hieronder neem ik het door mij voor juist gehouden opzetbegrip als uitgangspunt.

In paragraaf 2.3.4 heb ik in het voetspoor van auteurs als Fingarette, Moore en Morse geconcludeerd dat ontoerekeningsvatbaarheid gekenmerkt wordt door ernstige irrationaliteit. Bij de beoordeling van de irrationaliteit dient normaal menselijk gedrag als referentiekader. De mens is een rationeel wezen dat handelt op basis van verlangens en inzichten. In dit opzicht verschilt de psychisch gestoorde delinquent niet van de normaal ontwikkelde mens: ook psychisch gestoorden worden gestuurd door verlangens en inzichten. Ontoerekeningsvatbare personen worden over het algemeen gekenmerkt door het feit dat ze handelen op basis van inadequate inzichten. Normaal ontwikkelde mensen handelen op grond van inzichten die in overeenstemming zijn met de realiteit en zijn bovendien in staat de strekking van de wet te begrijpen. Dit vermogen tot inzicht ligt ten grondslag aan de notie van toerekeningsvatbaarheid, aangezien het mensen in staat stelt zich aan de wet te conformeren. De menselijke verantwoordelijkheid en het vermogen tot inzicht zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden.

Het is de vraag hoe de irrationaliteit die het gedrag van de psychisch gestoorde kenmerkt, zich verhoudt tot het strafrechtelijk opzet. Het is belangrijk daarbij voor ogen te houden dat dit opzetbegrip slechts weinig psychische diepgang heeft.²⁶⁹ Een actor heeft het voor doodslag vereiste opzet als hij *voorziet dat* zijn handeling de dood van een ander zal veroorzaken. Een actor heeft het voor heling vereiste opzet als hij *zich realiseert dat* het te verwerven goed door misdrijf verkregen is. Het gaat in het strafrecht slechts om basale cognitieve geestesgesteldheden. Het is hier alleen de vraag of de irrationaliteit interfereert met het vermogen deze geestesgesteldheid te vormen. Het is niet van belang hoe deze geestesgesteldheid zich verhoudt tot het complex van verlangens en inzichten dat ten grondslag ligt aan het gedrag van de actor. Die kwestie

²⁶⁹ Zie paragraaf 4.3.6.5.d en 4.5.

komt pas aan de orde bij de beoordeling van de ontoerekeningsvatbaarheid. De heersende opvatting is dat psychisch gestoorde delinquenten slechts hoogst zelden niet beschikken over de door het strafrecht vereiste psychische gesteldheid.²⁷⁰ De onderstaande citaten van Arenella, Morse en Moore zijn in dit verband representatief.

“How can the defendant be insane, and therefore entitled to a complete defense, and yet not qualify for what is considered a ‘partial’ defense? The simple answer is that there is no necessary connection between a judgment about the defendant’s criminal responsibility and his mental capacity to entertain the state of mind required by the crime. As long as the *mens rea* element is defined in terms of the conscious mind’s cognitive and affective functions, it is perfectly plausible that the defendant entertained the specific mental state but was still insane. In fact, most mentally abnormal offenders are fully capable of thinking about their criminal act before they do it, turning it over in their minds, planning the act, and then performing it in accordance with their preconceived plan.”²⁷¹

“Confusion and absurdity can also be avoided if one remembers that *mens rea*, properly understood, is rarely negated by mental abnormality, no matter how severe the disorder or defect. This is not a point I can prove empirically with rigor, but experience with cases at the trial level, readings of hundreds of appellate diminished capacity cases, and my years of experience as a practicing mental health clinician have convinced me of its truth. From all that experience, I can find only one case in which *mens rea* was truly negated, and even that case gives me substantial pause because I fear the defendant was a clever malingerer. When I have discussed this point with forensic mental health professionals and experienced criminal attorneys, I have discovered that, if *mens rea* is properly defined, they too are unable to adduce cases in which *mens rea* was negated by mental abnormality. Crazyness seems to affect impulses, controls, and motivations for actions, but it does not stop persons from intending to do what they do or from narrowly knowing factually what they are doing. For instance, a person who kills because he feels totally controlled by

²⁷⁰ Zie Fingarette 1972, ‘The meaning of criminal insanity’, p. 128-142; Arenella 1977, ‘The diminished capacity and diminished responsibility defenses: two children of a doomed marriage’; Fingarette & Fingarette-Hasse 1979, ‘Mental disabilities and criminal responsibility’, p. 15-22 en 66-73; Moore 1984, ‘Law and psychiatry. Rethinking the relationship’, p. 220-224 en 365-366; Morse 1984, ‘Undiminished confusion in diminished capacity’; Moore 1997, ‘Placing blame. A general theory of the criminal law’, p. 60-64 en 595-609; Morse 1998, ‘Excusing and the new excuse defenses: a legal and conceptual review’; Morse 1999, ‘Crazyness and criminal responsibility’; McSherry 2003, ‘Voluntariness, intention, and the defence of mental disorder: toward a rational approach’; Clark 2006, ‘Specific intent and diminished capacity’.

²⁷¹ Arenella 1977, ‘The diminished capacity and diminished responsibility defenses: two children of a doomed marriage’, p. 834.

an influencing machine operated by hostile forces may ultimately be legally insane, but surely he intends to kill his victims. It is no accident that he kills them; it is what he means to do. Absurd claims about mental disorder negating mens rea can only be maintained by blinking both the general truth that this rarely occurs and the specific truth presented by the utterly contradictory facts of almost all individual cases.”²⁷²

“The second view was that mentally ill offenders are excused because those offenders who are mentally ill do not act with the required guilty mind. Since the *mens rea* requirement of the most serious crimes is intentionality, the argument usually is that the mentally ill who cause harm by their actions do not do so intentionally. Yet this statement is manifestly false. (...) The criminal acts of even the most severely mentally ill are often intentional under even the most restrictive of these criteria, that is, the criterion that one must act purposefully to act intentionally.”²⁷³

De gemeenschappelijke noemer van de bovenstaande opvattingen is dat ontoerekeningsvatbaarheid en opzet weinig met elkaar van doen hebben. Ontoerekeningsvatbaarheid en opzet hebben beide betrekking op de menselijke psyche. De reikwijdte van opzet is echter uiterst beperkt: het gaat om één enkele psychische act. Het bereik van ontoerekeningsvatbaarheid is veel ruimer. Het aangrijpingspunt van de beoordeling van ontoerekeningsvatbaarheid is veelal een opzettelijke daad. Vervolgens is de vraag hoe deze opzettelijke daad zich verhoudt tot de verlangens en inzichten die het gedrag van de actor sturen. Het zijn deze verlangens en inzichten die het oordeel kunnen rechtvaardigen dat sprake is van ontoerekeningsvatbaarheid. Neem bijvoorbeeld een psychotische actor die zijn buurman doodt, omdat hij gelooft dat God hem dat heeft opgedragen. Men zou kunnen stellen dat sprake is van rationele irrationaliteit.²⁷⁴ Het betreft een rationele, doelbewuste uitvoering van zijn irrationele, op wanen gebaseerde plan.

De bovenstaande bevinding is in overeenstemming met de wijze waarop de wetgever de tbs heeft vormgegeven. Het opleggen van tbs bij een doleus delict veronderstelt een bewezenverklaring van opzet. De bedoeling van tbs zou gefrustreerd worden als regelmatig van opzet vrijgesproken zou moeten worden. Minister Modderman stelde dan ook terecht in de Kamer dat krankzinnigen en idioten opzettelijk kunnen handelen.²⁷⁵ Dat neemt niet weg dat aanhangers van de psychische opzettheorie onder ogen moeten zien dat een psychische stoornis

²⁷² Morse 1984, ‘Undiminished confusion in diminished capacity’, p. 40-41.

²⁷³ Moore 1997, ‘Placing blame. A general theory of the criminal law’, p. 600.

²⁷⁴ Vgl. over ‘rationality-within-irrationality’: Link & Stueve 1994, ‘Psychotic symptoms and the violent/illegal behavior of mental patients compared to community controls’; Swanson e.a. 1996, ‘Psychotic symptoms and disorders and the risk of violent behaviour in the community’; Angermeyer 2000, ‘Schizophrenia and violence’.

²⁷⁵ Smidt I, p. 380.

kan nopen tot het oordeel dat geen sprake is van opzet.²⁷⁶ De mogelijkheid van vrijspraak wordt ook door de Hoge Raad erkend. In HR 22 juli 1963, NJ 1968, 217 had de verdachte een aantal maal met grote kracht tegen het hoofdje van zijn pasgeboren kind getrapt. Het Hof leidde opzet op mishandeling af uit de aard van de gedraging. Dat de verdachte verminderd toerekeningsvatbaar was deed daar niet aan af. De Hoge Raad overwoog dat opzet bij een dergelijke gedraging kan worden aangenomen, tenzij bij de verdachte zou blijken van een zodanige ernstige geestelijke afwijking dat aangenomen moet worden dat hij verstoken is van elk inzicht in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen daarvan. Inmiddels behoort het inzichtcriterium tot de standaardjurisprudentie van de Hoge Raad.

De inzichtjurisprudentie is alleen te begrijpen tegen de achtergrond van een psychisch opzetbegrip.²⁷⁷ De normatieve opzettheorie hecht immers geen waarde aan het perspectief van de actor. Het doet niet ter zake of iemand inzicht heeft in de draagwijdte van zijn gedraging. De betekenis van het inzichtcriterium kan het best geduid worden tegen de achtergrond van de specifieke functie van de cassatierechter. Het bewijs van opzet is van feitelijke aard. De Hoge Raad kan ingrijpen als de vraag rijst of de feitenrechter een onjuist opzetbegrip voor ogen heeft gehad. Die situatie doet zich kennelijk voor als opzet wordt aangenomen, terwijl de verdachte verstoken lijkt te zijn geweest van elk inzicht in de draagwijdte van zijn gedragingen en de gevolgen daarvan. Het inzichtcriterium kan beschouwd worden als een bewijsrechtelijke buitengrens met betrekking tot het toepassen van het normaliteitssyllogisme.²⁷⁸ De inferentie van gedrag naar psyche is gebaseerd op de vooronderstelling dat de verdachte een min of meer normaal mens is. Een normaal mens zou opzet hebben, dus hetzelfde zal gelden met betrekking tot de verdachte. Als de stoornis het inzicht van de verdachte ingrijpend aantast, dan kan het normaliteitssyllogisme niet meer toegepast worden.

De inzichtjurisprudentie laat de mogelijkheid open vrij te spreken van opzet, hoewel de gedraging naar haar uiterlijke verschijningsvorm opzettelijk lijkt te zijn.²⁷⁹ Knigge merkt op dat de rechter ervoor terugschrikt vrij te spreken

²⁷⁶ Vgl. Nieboer 1978, 'Wetens en willens', p. 9-10 en 35-37.

²⁷⁷ Vgl. Vellinga 1982, 'Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld', p. 76-77.

²⁷⁸ Ik meen dat niet al te veel materieelrechtelijke betekenis aan het criterium moet worden toegekend. Uit het criterium kan niet a contrario worden afgeleid dat de feitenrechter bij 'enig inzicht' gehouden is opzet bewezen te verklaren. De voornaamste materieelrechtelijke betekenis is gelegen in de vaststelling dat iemand die geen inzicht heeft in de draagwijdte van zijn gedragingen kennelijk geen opzet kan hebben.

²⁷⁹ Zie bijv. rechtbank Amsterdam 1 februari 1971, NJ 1971, 217 (vrijspraak doodslag); HR 9 oktober 1984, DD 85.065 (vrijspraak mishandeling); rechtbank Assen 12 juni 2002, LJN AE3911 (vrijspraak moord en doodslag). In deze gevallen heeft het oordeel van deskundigen een belangrijke rol gespeeld. Mooij 1987, 'Handeling en inzicht' meent dat de psychiatrie zich niet kan inlaten met de vraag of sprake is van opzet. Mooij 1987, p. 353 stelt: "De vraag of iemand een intentioneel inzicht heeft of heeft gehad is zelfs, geïsoleerd

→

wegens een geestelijke stoornis, omdat hij dan geen maatregel meer kan opleggen.²⁸⁰ Dit vormt een heikele kwestie. Wat moet de rechter doen als een gevaarlijk, psychisch gestoord persoon een vreselijk misdrijf heeft gepleegd, hoewel hij niet beschikt lijkt te hebben over opzet in psychische zin? Aanhangers van de normatieve opzettheorie hebben het gemakkelijk: men stelt simpelweg dat de gedraging de sociale betekenis van opzet heeft. Aanhangers van de psychische opzettheorie moeten echter een moeilijke beslissing nemen. Nieboer is recht in de leer: de rechter moet vrijspreken.²⁸¹ Hij pleit voor een wettelijke bepaling die het mogelijk maakt een maatregel op te leggen als de verdachte uitsluitend ten gevolge van zijn psychische afwijking niet onder de strafbepaling zou vallen. Pompe bepleit een creatieve interpretatie van opzet.²⁸² Bij de ontorekeningsvatbare mag ook opzet worden aangenomen als dit wegens de storing afwezig is.²⁸³

Hoewel ik neig naar de opvatting van Nieboer, valt de oplossing van Pompe wellicht te billijken. Het opzetvereiste is niet bedoeld om deze categorie delinquenten tegen de tbs te beschermen. Deze interpretatieve oplossing verdient in elk geval de voorkeur boven de benadering waarbij opzet – op door de Hoge Raad niet-toetsbare wijze – wordt bewezenverklaard. Het zou gaan om een duidelijk afgebakend uitzonderingsgeval. Hierbij geldt hetzelfde als wat ik op-

genomen, niet toegankelijk voor welke empirie dan ook. Het is vooreerst een ‘logische’ kwestie: verricht iemand een intentionele handeling, dan heeft hij noodzakelijkerwijs een intentioneel inzicht en een bedoeling. Inzicht en bedoeling zijn intrinsiek met de handeling verbonden en niet geïsoleerd daarvan vaststelbaar. Naast het ‘logische’ verband tussen intentioneel inzicht en handeling, beslissen bepaalde door een gemeenschap gedragen ervaringsregels welke gedragingen als intentionele handelingen zullen worden aangemerkt. De toepassing van deze ervaringsregels valt buiten de psychiatrische competentie.” Mooij’s visie met betrekking tot opzet is te herleiden tot de taalbehavioristische visie van Wittgenstein, die ik in paragraaf 4.3.6.2 heb bestreden. De strekking van het argument is dat juristen – en niet psychiaters – de publieke afbakeningscriteria van het begrip opzet vaststellen. Ik ben eveneens van mening dat het aan juristen is te definiëren wat verstaan wordt onder opzet. Daaruit volgt echter niet dat geen rol is weggelegd voor gedragsdeskundigen. De deskundige kan onder omstandigheden inzicht bieden in de vraag of de verdachte heeft beschikt over de psychische gesteldheid die in het strafrecht als opzet wordt aangemerkt. De rechter definieert de reikwijdte van het materiële recht en de deskundige adviseert bij de toepassing van het recht in concreto. Ik verwerp aldus de opvatting dat een logische relatie zou bestaan tussen opzet en handeling. Dat betekent dat de rechter – eventueel na advies van een deskundige – daadwerkelijk een uitspraak moet doen over de psyche van de verdachte. Clark 2006, ‘Specific intent and diminished capacity’, p. 383-389 bespreekt een aantal gevallen waarbij deskundigen informatie kunnen verschaffen met betrekking tot het opzet.

²⁸⁰ Knigge 1993, ‘Strafuitsluitingsgronden en de structuur van het strafbare feit. Een preadvies’, p. 21-22.

²⁸¹ Nieboer 1970, ‘Aegroto suum. De toerekening in het strafrecht bij psychische afwijkingen’, p. 91-100.

²⁸² Pompe 1959, ‘Handboek van het Nederlandse strafrecht’, p. 196-197.

²⁸³ Zie Spencer 2000, ‘Insanity and mens rea’ over het Engelse recht. Als sprake is van ontorekeningsvatbaarheid, dan hoeft alleen de actus reus bewezen te worden.

gemerkt heb met betrekking tot het opzet bij rechtspersonen. Een normatieve interpretatie van opzet bij ontoerekeningsvatbaren kan niet als springplank dienen voor een algehele normatieve interpretatie.

Peters' these heeft niet alleen betrekking op psychische stoornissen, maar ook op dronkenschap.²⁸⁴ Peters impliceert dat iemand die dronken is geen psychisch opzet kan hebben. Deze stelling is eveneens evident onjuist. Zoals boven reeds opgemerkt is, gaat het in het strafrecht slechts om basale cognitieve geestesgesteldheden. Zelfs ernstig geïntoxiceerde personen zijn in staat tot het vormen van deze geestesgesteldheid.²⁸⁵ Wat aangetast wordt door dronkenschap is het vermogen de geestesgesteldheid op rationele wijze te vormen.²⁸⁶ Het gedrag van de benevelde wordt tot op zekere hoogte gekenmerkt door irrationaliteit. Hij is echter wel degelijk in staat opzettelijk te handelen. Dat laat onverlet dat de intoxicatie van een actor in sommige gevallen het oordeel kan rechtvaardigen dat geen sprake is van opzet.²⁸⁷ Bij de inferentie van gedrag naar psychische gesteldheid moet acht geslagen worden op de intoxicatie. Dat betekent dat de mate van dronkenschap geïncorporeerd wordt in het bij het bewijs

²⁸⁴ Zie Peters 1966, 'Opzet en schuld in het strafrecht', p. 123-124 en 135-139.

²⁸⁵ Vgl. Hall 1944, 'Intoxication and criminal responsibility'; Fingarette & Fingarette-Hasse 1979, 'Mental disabilities and criminal responsibility', p. 77-104; Note Harvard Law Review 1981, 'Alcohol abuse and the law'; Morse 1984, 'Undiminished confusion in diminished capacity'; Moore 1997, 'Placing blame. A general theory of the criminal law', p. 778-795.

²⁸⁶ Vgl. Fingarette & Fingarette-Hasse 1979, 'Mental disabilities and criminal responsibility', p. 97-104.

²⁸⁷ Zie bijv. rechtbank Amsterdam 23 april 1915, NJ 1915, p. 1255; rechtbank Rotterdam 28 november 1939, NJ 1940, 1038; HR 3 februari 1959, NJ 1959, 111; Hof 's-Hertogenbosch 11 april 1960, NJ 1961, 73. Het is de vraag of een vrijwillig benevelde bij wie tempore delicti geen opzet kan worden aangenomen toch strafrechtelijk aansprakelijk gehouden kan worden. Aanhangers van de psychische opzettheorie zullen de stap van vrijwillige dronkenschap naar het aannemen van opzet op het delict niet aanvaarden. Aanhangers van de normatieve opzettheorie zullen hier geen principiële bezwaren tegen hebben. Zie Brouns 1988, 'Opzet in het wetboek van strafrecht', p. 97-102. Brouns 1988, p. 102 stelt: "Voor zover de verdachte *vrijwillig* in een toestand van dronkenschap verkeerde en daardoor elk inzicht in de draagwijdte van zijn handelen miste, vervalt het opzet niet, maar wordt de vrijwilligheid bij de vraag naar het opzet in rekening gebracht." Brouns 1988, p. 99 stelt onder verwijzing naar rechtspraak dat dit algemeen wordt aangenomen. Brouns beroept zich hierbij ten onrechte op HR 9 juni 1981, NJ 1983, 412 (en de andere uitspraken). Het Hof had juist aangenomen dat wél sprake was van voldoende inzicht om opzet aan te kunnen nemen. De aldaar gebezigde culpa in causa-redenering heeft betrekking op ontoerekeningsvatbaarheid en niet op het opzet. Wat daar ook van zij, Brouns' opvatting gaat mij veel te ver. Ik meen dat in elk geval sprake moet zijn van dolus in causa: de actor moet op enig moment beschikt hebben over een voor het delict in kwestie geëigend opzet. Zie ook paragraaf 4.5.3.1 en 4.5.3.3 over het correspondentiebeginsel: het opzet-object en de actus reus moeten voldoende met elkaar corresponderen. Ik kan mij overigens nauwelijks situaties indenken waarbij dit het geval zou zijn. In de praktijk ligt aansprakelijkheid met betrekking tot een culpoos delict meer voor de hand. In HR 14 december 2004, NJ 2006, 448 gaat het Hof wellicht uit van dolus in causa.

gebruikte normaliteitssyllogisme. In de overgrote meerderheid van de gevallen geldt echter dat dronkenschap niet in de weg staat aan het aannemen van opzet.

Ik besluit deze paragraaf. Peters betoogt dat gestoorden en benevelde niet met psychisch opzet kunnen handelen. Aangezien hij strafrechtelijke aansprakelijkheid voor deze groep op haar plaats acht, pleit dat volgens hem voor een normatief opzetbegrip. Ik heb betoogd dat de aan Peters' opvatting ten grondslag liggende vooronderstelling onjuist is. Gestoorde en benevelde kunnen wel degelijk met psychisch opzet handelen. Dat betekent dat Peters' stelling dat rechters die wel opzet aannemen, uitgaan van een normatief opzetbegrip onjuist is. Het aannemen van opzet kan evengoed verklaard worden door de psychische opzettheorie. Het onderhavige thema vormt derhalve geen reden om de psychische opzettheorie in de ban te doen.

4.3.8 Wat pleit voor een psychisch opzetbegrip?

4.3.8.1 Inleiding

De voorgaande paragrafen stonden in het teken van de vraag of opzet een psychisch of een normatief begrip is. In de inleiding heb ik de volgende definities van 'psychisch' en 'normatief' gegeven.

Het strafrechtelijk opzetbegrip is psychisch als de rechter bij het bewijs van opzet een uitspraak moet doen over een bepaalde psychische act.

Het strafrechtelijk opzetbegrip is normatief als de rechter bij het bewijs van opzet niet noodzakelijkerwijs een uitspraak hoeft te doen over een bepaalde psychische act.

Deze definities beogen uit te drukken dat ik scherp onderscheid maak tussen begrip en bewijs. Het materiële recht (begrip) heeft betrekking op datgene wat bewezen moet worden. Het formele recht (bewijs) heeft betrekking op de vraag hoe bewezen moet worden dat onder het materiële recht vallende feiten zich hebben voorgedaan. In de inleiding heb ik drie argumenten besproken die volgens De Jong wijzen op een normatief opzetbegrip. (1) De rechter slaat bij het bewijs van opzet acht op een criteriumfiguur en uiterlijke feiten en omstandigheden. (2) Bepaalde rechters nemen opzet aan, hoewel ze niet overtuigd zijn van de aanwezigheid van een psychische gesteldheid. (3) Het begrip 'aanmerkelijke kans' wordt afgebakend aan de hand van normatieve criteria. Deze drie punten vallen buiten de door mij gegeven definities van 'psychisch' en 'normatief'. Aangezien ik De Jongs premissen voor juist houd, kan geconcludeerd worden dat we uitgaan van verschillende definities.

In het vervolg van deze paragraaf heb ik een aantal door Peters en Brouns gegenereerde argumenten besproken. De volgende vijf stellingen zijn aan bod

gekomen. (1) Opzet is geen psychisch begrip, want de wetgever heeft nergens expliciet laten merken dat hij opzet beschouwde als een geestesgesteldheid. (2) Opzet is geen psychisch begrip, want een psychisch opzetbegrip biedt geen verklaring voor het aannemen van opzet bij rechtspersonen. (3) Opzet is geen psychisch begrip, want alleen psychologen (en niet rechters) kunnen een valide uitspraak doen over iemands geestesgesteldheid. (4) Opzet is geen psychisch begrip, want de psyche van een ander is principieel onkenbaar. (5) Opzet is geen psychisch begrip, want een psychisch opzetbegrip biedt geen verklaring voor het aannemen van opzet bij gestoorden en benevelden.

Ik heb betoogd dat alle vijf argumenten verworpen moeten worden. In de volgende paragrafen bespreek ik een aantal argumenten die voor een psychisch opzetbegrip pleiten. Ik behandel vijf onderwerpen. (1) Opzet en controle. (2) Opzet en het retributivisme. (3) Het verband tussen opzet en laakbaarheid. Hier bespreek ik een door De Hullu opgeworpen argument voor normatief opzet. (4) Het verband tussen opzet en gerechtvaardigde straf. (5) Mag opzet überhaupt normatief geïnterpreteerd worden?

4.3.8.2 *Opzet en controle*

Het controleprincipe behelst dat het belangrijk is burgers controle te bieden met betrekking tot het al dan niet in aanraking komen met het strafrecht. Het belang van controle wordt groter naarmate er meer voor de burger op het spel staat. Aangezien de zwaarste straffen doorgaans zijn gereserveerd voor doleuze delicten, is het bieden van controle hier van groot belang. Een psychische interpretatie van opzet voorziet in deze behoefte. Hieronder ga ik kort in op de relatie tussen opzet en controle. Deze uiteenzetting grijpt vooruit op de in paragraaf 4.5 te verdedigen visie. Ik ga daar uitgebreid in op hieronder gebruikte termen als ‘opzet-act’, ‘opzet-object’ en ‘positief oordeel’.

Bij het omlijnen van opzet geldt de volgende definitie als uitgangspunt. Opzet is de gerichtheid van een bepaalde psychische act (opzet-act) op een bepaald object (opzet-object). Er is sprake van opzet in strafrechtelijke zin als de psychische act en het opzet-object onder het doleuze bestanddeel van een delictsomschrijving gebracht kunnen worden. Het opzet-object bestaat altijd uit een relatie tussen de actor en een bepaalde toestand. Bij doodslag is de actors opzet-act gericht op een relatie tussen de actor en ‘het van het leven beroofd hebben van een ander’. Bij heling is de actors opzet-act gericht op een relatie tussen de actor en ‘het verworven hebben van een door misdrijf verkregen goed’.

Psychische acten zijn ofwel voorstellingen ofwel gebaseerd op voorstellingen. Psychische verschijnselen kunnen in drie algemene klassen worden ingedeeld: (1) voorstellingen; (2) oordelen; en (3) waarderingen. Het voorstellen, het oordelen en het waarderen kenmerken zich ieder door een eigen wijze van betrokkenheid op hun object. In paragraaf 4.5.4.3 verdedig ik de opvatting dat strafrechtelijk opzet gedefinieerd kan worden als een positief oordeel met betrekking tot het opzet-object. Een positief oordeel behelst een erkenning van

het voorgestelde object. Er is sprake van doodslagopzet als de actor een positief oordeel velt met betrekking tot het feit dat hij een ander van het leven zal beroven. Er is sprake van helingsopzet als de actor een positief oordeel velt met betrekking tot het feit dat hij een door misdrijf verkregen goed zal verwerven.²⁸⁸

Ik bespreek nu hoe deze interpretatie van opzet zich verhoudt tot het controleprincipe. Het controleprincipe dicteert dat burgers een redelijke gelegenheid moet worden geboden uit de greep van het strafrecht te blijven. Het stelsel van verschoningsgronden geeft burgers controle over het al dan niet in aanraking komen met het strafrecht. Er bestaat een sterke relatie tussen opzet en controle. Opzet behelst een positief oordeel met betrekking tot het opzet-object. Dit opzet-object bestaat uit een relatie tussen de actor en een bepaalde toestand. Deze relatie tussen de actor en de toestand impliceert controle: controle zit opgesloten in het opzet-object.²⁸⁹ Het oordeel dat hij controle heeft met betrekking tot het realiseren van deze toestand biedt de actor de mogelijkheid ervoor te kiezen deze toestand *niet* te realiseren. De actor kan ervoor kiezen de ander *niet* te doden of de gestolen fiets *niet* te kopen.

De aan elke opzet-act ten grondslag liggende voorstelling van het opzet-object is te beschouwen als een soort intrapsychisch waarschuwbord. **PAS OP: ONHEIL!** De voorstelling attendeert de actor op het mogelijk intreden van een strafrechtelijk relevant voorval. Dit constitueert een billijke gelegenheid het voorval te voorkomen. Vergelijk dit met de situatie waarbij opzet normatief wordt opgevat. In dat geval kan opzet worden aangenomen hoewel geen sprake is van een psychische act. Een wezenlijk verschil dringt zich hier op. Het interne waarschuwingsmechanisme, de voorstelling van het opzet-object, wordt niet geactiveerd. Dat betekent dat de actor in een minder goede positie is het voorval te voorkomen. Tegen deze achtergrond verdient een psychische interpretatie van opzet de voorkeur.

²⁸⁸ In paragraaf 4.5.4.3.d ga ik in op voorwaardelijk opzet. Ik onderscheid daar het kwantitatieve, het kwalitatieve en het impliciete kansoordeel.

²⁸⁹ Het opzet-object is psychisch: het gaat aldus om putatieve controle. De stap van putatieve controle naar 'echte' controle berust op het feit dat het intrapsychische en het extrapsychische vaak met elkaar corresponderen. Strafrechtelijke aansprakelijkheid voor een voltooid *doleus delict* vereist drie dingen. (1) Er moet sprake zijn van *actus reus* (Piet is gedood). (2) Er moet sprake zijn van opzet (de actor heeft geoordeeld dat hij Piet zal doden). (3) Er moet voldoende correspondentie bestaan tussen het opzet-object en de *actus reus*. Als aan deze eisen voldaan is, dan kunnen we stellen dat de actor Piet opzettelijk van het leven heeft beroofd. Het verband tussen het psychische (de actor oordeelt dat hij Piet zal doden) en het extrapsychische (de actor doodt Piet) rechtvaardigt doorgaans de conclusie dat de actor controle heeft gehad over het al dan niet doden van Piet. Dat lijdt uitzondering als controle wordt aangetast door een schulditsluitingsgrond. Zie paragraaf 2.1, 2.3 en 2.5 over de relatie tussen controle en schulditsluitingsgronden.

4.3.8.3 *Opzet en het retributivisme*

Het retributivisme dicteert dat het opleggen van straf alleen gerechtvaardigd is als de actor het verdient gestraft te worden. Het is lastig vast te stellen welke hoeveelheid straf in een bepaald geval verdiend is. Nozicks formule $r * H$ kan daarbij als uitgangspunt dienen: 'H' staat voor de ernst van de (beoogde) inbreuk en 'r' voor de verantwoordelijkheid van de actor.²⁹⁰ Hier gaat het alleen om de verantwoordelijkheid van de actor. Wat is het verband tussen psychisch opzet en de morele laakbaarheid van de actor?

Het staat buiten kijf dat psychisch opzet hét aangrijpingspunt van de retributieve straftheorie is.²⁹¹ Dat blijkt duidelijk uit het feit dat de strafwaardigheid van schuld regelmatig vanuit retributief perspectief in twijfel wordt getrokken.²⁹² De achterliggende gedachte is dat een psychische relatie tussen de actor en het strafbare feit noodzakelijk is voor het vestigen van morele aansprakelijkheid. De morele laakbaarheid van de actor wordt opgehangen aan de keus voor het kwaad. De actor laat, om met Modderman te spreken, zien dat hij een vijand van de wet is.²⁹³ Blackstone geeft de retributieve teneur goed weer.

“All the several pleas and excuses, which protect the committer of a forbidden act from the punishment which is otherwise annexed thereto, may be reduced to this single consideration, the want of defect of *will*. An involuntary act, as it has no claim to merit, so neither can it

²⁹⁰ Nozick 1974, 'Anarchy, state, and utopia', p. 59-63 en Nozick 1981, 'Philosophical explanations', p. 363-397.

²⁹¹ Ik baseer mij primair op Angelsaksische literatuur. Deze literatuur is niet rechtstreeks toepasbaar op de Nederlandse situatie, omdat een lastige vertaalslag gemaakt moet worden. Het gemeenschappelijk kenmerk van de door retributivisten van belang geachte concepten is dat ze betrekking hebben op een psychische act. Zie paragraaf 4.3.1 en 4.4.1 over de verhouding van het Nederlandse opzetbegrip tot de opzetvormen van de Model Penal Code. 'Recklessness' kan als volgt gedefinieerd worden. 'A person acts recklessly with respect to a result when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that he will cause such a result.' 'Recklessness' is grosso modo gelijk aan voorwaardelijk opzet zoals gedefinieerd door de cognitieve opzettheorie (behoudens de genormatieve kansgrootte).

²⁹² Zie Keedy 1908, 'Ignorance and mistake in the criminal law'; Turner 1948, 'The mental element in crimes at common law'; Williams 1961, 'Criminal law. The general part', p. 122-124; Langemeijer 1962, 'De onachtzaamheid' op het congres van de Association Internationale de Droit Pénal; Fine & Cohen 1967, 'Is criminal negligence a defensible basis for penal liability?'; Note Yale Law Journal 1972, 'Negligence and the general problem of responsibility'; Langemeijer 1975, 'Strafrecht of -onrecht?', p. 19-22 en 53-54; Delmonte 1979, 'Negligence: a reappraisal of its validity as a basis for criminal liability and sanction'; Salvatori 1980, 'Criminal law – criminal negligence – punishment'; Hall 1982, 'Negligent behavior should be excluded from penal liability'; Bayles 1987, 'Principles of law. A normative analysis', p. 294-300; Moore 1990, 'Choice, character, and excuse'; Alexander 1990, 'Reconsidering the relationship among voluntary acts, strict liability, and negligence in criminal law'; Moore 1996, 'Prima facie moral culpability'.

²⁹³ Smidt I, p. 53.

induce any guilt: the concurrence of the will, when it has its choice either to do or to avoid the act in question, being the only thing that renders human actions either praiseworthy or culpable. (...) And, as a vicious will without a vicious act is no civil crime, so, on the other hand, an unwarrantable act without a vicious will is no crime at all. So that to constitute a crime against human laws, there must be, first, a vicious will; and, secondly, an unlawful act consequent upon such vicious will.”²⁹⁴

Volgens Blackstone scharniert de strafrechtelijke aansprakelijkheid om twee punten: de wederrechtelijke daad en de kwade wil. Deze kwade wil wordt geconstitueerd door de psychische relatie tussen de actor en de wederrechtelijke daad. De visie van hedendaagse retributivisten verschilt niet veel van die van Blackstone. Ik wil hier stilstaan bij de opvatting van de reeds meermalen aan bod gekomen retributivist Moore. Moore’s visie is van belang, omdat zijn retributieve theorie deel uitmaakt van een coherente theorie met betrekking tot het gehele strafrecht.²⁹⁵ Een substantieel deel van zijn oeuvre is gewijd aan de relatie tussen verschoningsgronden en het retributivisme. Hieronder volgt een uitgebreid citaat uit zijn artikel ‘Prima facie moral culpability’. Moore zet eerst uiteen waarom de menselijke keuze het aangrijppingspunt van de retributieve straftheorie is. Vervolgens gaat hij in op de vraag of strafrechtelijke aansprakelijkheid geëigend is als geen sprake is van een dergelijke keuze. Moore concludeert dat strafrechtelijke aansprakelijkheid voor schuld zich slecht verdraagt met retributieve beginselen. Ten slotte bespreekt hij de verschillende functies van het privaatrecht en het strafrecht. Het privaatrecht is primair geïnteresseerd in het compenseren van onrecht; de laakbaarheid van de actor speelt slechts een ondergeschikte rol. Het strafrecht is echter gericht op het vergelden van laakbaarheid; het veroorzaakte onrecht speelt slechts een ondergeschikte rol. De focus op de laakbaarheid van de actor brengt mee dat een keuze voor onrecht noodzakelijk is voor het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

“Culpability focuses on the actor, not on the act on which wrongdoing focuses. More specifically, culpability focuses on the actor’s mental state at the time of the wrongful act. Roughly, one is culpable if he chooses to do wrong in circumstances when that choice is freely made. There are two aspects to culpability. The first has to do with the mental state that allows one to say that one has chosen to do a wrongful act. The second has to do with the conditions of excuse, the existence of which would make the choice sufficiently unfree that a

²⁹⁴ Blackstone 1876, ‘The commentaries on the laws of England. Vol. IV. Of public wrongs’, p. 15.

²⁹⁵ Zie m.n. Moore 1984, ‘Law and psychiatry. Rethinking the relationship’; Moore 1993, ‘Act and crime. The philosophy of action and its implications for criminal law’; Moore 1997, ‘Placing blame. A general theory of the criminal law’.

lessened blameworthiness attaches to it. In this Paper, I will focus on the first aspect of culpability, what I will call *prima facie* culpability. I shall thus assume in what follows that the various conditions of excuse are not present. (...)

It is a fundamental feature of our psychology as rational agents that we act under representations of the world. In other words, we are intentional systems, systems that intend to make the world be a certain way, believe that it is a certain way, hope that it might be a certain way, wish that it were a certain way, or hate the way we believe it to be. Our mental states of intention, belief, desire, and emotion all operate on representational content. We never just believe or intend – we always believe that something is the case, or intend that something become the case. The key notion to understanding *prima facie* moral culpability has to do with this fundamental feature of representational content. This notion is that one is *prima facie* culpable when one acts under a representation of one's action that would make that action morally wrongful if the representation were true. Between wrongdoing and culpability, the conceptually primary notion is thus wrongdoing, for it is the content of our primary norms of obligation, which norms define wrongdoing, that tell us what it is culpable to believe or intend. (...)

Intending or believing that one's action is of a type that would be wrongful makes one culpable. Culpability could thus be said to be wrongdoing in a sense. Namely culpability is wrongdoing in the possible world created by one's representational states. Wrongdoing itself, by contrast, is wrongdoing in the actual world, not in a possible world. The representational states that are relevant to culpability are those states that take action-descriptions as their objects. These action-guiding representational states are desire, belief, and intention. (...) We are culpable when we either: intrinsically desire our actions to be of a sort that is wrongful; intend that they be of a sort that is wrongful as a means to something else that we intrinsically desire; or believe that our actions are of a sort that is wrongful, even if we neither intrinsically desire nor instrumentally intend them to be of that sort. (...)

Lacking in this account of *prima facie* culpability is any mention of risk-taking in the absence of the actor possessing any of the mental states of desire, intention, or belief. We certainly blame people who risk that their actions might be of a wrongful sort even when they do not desire, intend, or believe that their actions will be of that sort. How should this form of culpability be characterized? (...) Negligence is a form of culpability distinct from that created by desire, intention, or belief in that the objects of a merely negligent actor's beliefs are not wrongdoings. The actor, in other words, does not desire, intend, or foresee that his action will be of a sort that is wrongful. Nonetheless, he is culpable because of the beliefs he does have, even though his beliefs do not have as their objects those wrongdoings. Such culpability that is not conceptually piggy-backed onto wrongdoing is difficult to reconcile with the idea that it is the choice to do wrong that is the touchstone of culpability. For by hypothesis there is no choice toward a desired end, intended means, or believed side-effect that has wrongdoing as its object. (...) I thus conclude that inadvertent risk

creation cannot be accommodated within the choice model of culpability. Such inadvertent risk creation is a culpability of unexercised capacity, rather than one of choice. This conclusion is made without conceding to my critics that choice should be abandoned or subsumed under unexercised capacity as the touchstone of culpability. Quite the contrary: Choosing – desiring, intending, or believing – to do a wrongful act is the dominant form of culpability. This is the culpability that blames us for acting wrongfully in the world as we see it. By contrast, culpability in the form of negligence blames us despite our acting rightly in the world as we see it. Although we can be somewhat culpable in not seeing the world more clearly, such culpability pales before that of wrongdoers who choose to do their wrongful acts in a world they see clearly. (...)

If retributive justice is the goal of the criminal law, does such justice demand the culpability of choice? (...) Corrective justice [privaatrechtelijk, AVD] obligates those who have culpably violated their primary duties to correct as best they can the wrong they have done. Retributive justice [strafrechtelijk, AVD], on the other hand, obligates those who have culpably violated their primary duties to suffer for the violation. (...) The duty to suffer, unlike the duty to correct, is not linked primarily to the wrong done to some victim in the actual world. The duty to suffer arises for victimless wrongs and even in the absence of wrongdoing entirely as when one tries to kill, or risks killing, and fails. Although successful wrongdoing increases one's retributive deserts, such wrongdoing is not the trigger of retributive deserts as it is for the demands of corrective justice. (...) Culpability correspondingly plays a greater role in triggering retributive punishment than it does in triggering corrective justice duties. The greater role of culpability in retributive justice demands a stronger kind of culpability. Because culpability does most of the work in triggering the secondary duties of retributive justice, culpability in criminal law means the greater culpability of choice. Those who have done wrong in the actual world must have done wrong in their own minds as well before a duty to suffer retributive punishment arises.²⁹⁶

Moore's 'Prima facie moral culpability' bevat een heldere visie met betrekking tot de relatie tussen de psychische gesteldheid van de actor en zijn retributieve laakbaarheid. Er is in beginsel sprake van retributieve laakbaarheid als het intrapsychische object van de actors strafrechtelijk relevante psychische act onrecht zou zijn als het zou plaatsvinden in de fysische, extrapsychische wereld. Dit intrapsychische onrecht is afwezig bij de schuld. Het onrecht is niet voorgesteld, zodat niet gezegd kan worden dat de actor gekozen heeft voor het onrecht. Het opleggen van een straf is vanuit dit perspectief dan onrechtvaardig.

Niet alle retributivisten onderschrijven Moore's opvatting dat schuld niet strafwaardig is. In paragraaf 3.6.2.1 hebben we gezien dat bepaalde retributivisten strafwaardigheid aannemen als sprake is van (extreme) onverschilligheid bij

²⁹⁶ Moore 1996, 'Prima facie moral culpability', p. 319-331.

de actor. In de regel wordt doleuze schuld vereist: er is alleen sprake van schuld aan iemands dood als de actor zich bewust is geweest van gevaar of regelover-treding.²⁹⁷ De weifelende houding die het retributivisme aanneemt ten opzichte van de strafwaardigheid van schuld, is tekenend voor het belang dat wordt gehecht aan opzet. Dat is op zich goed te begrijpen. Volgens het retributivisme wordt de grondslag van straf gevormd door het feit dat het juist is de misdadiger te straffen. Eventuele positieve effecten van straf, zoals generale preventie, speciale preventie of het verzachten van het leed van het slachtoffer, zijn op zichzelf beschouwd irrelevant. De tot uiting gekomen kwade gezindheid van de misdadiger is het enige aangrijpingspunt. Opzet is de sterkste indicator van een kwade gezindheid. De actor laat daarmee op zijn minst zien dat de voorstelling van het kwaad geen reden vormt af te zien van zijn handeling. Dit met het werkelijke onrecht verband houdende psychische onrecht noopt in de ogen van retributivisten tot vergelding.

4.3.8.4 *Opzet, laakbaarheid en gerechtvaardigde straf*

4.3.8.4.a DE RELATIE TUSSEN OPZET EN LAAKBAARHEID

In de bovenstaande paragrafen is gebleken dat het op Rawlsiaanse rechtvaardigheidsbeginselen gestoelde controleprincipe en het retributivisme beide hechten aan de geestesgesteldheid van de actor. De grondslag daarvoor is echter verschillend. Het controleprincipe is erop gericht burgers controle te bieden met betrekking tot het al dan niet in aanraking komen met het strafrecht. De aan de opzet-act ten grondslag liggende voorstelling van het opzet-object fungeert als een soort intrapsychisch waarschuwingsbord. De met opzet gepaard gaande controle constitueert een billijke gelegenheid uit de greep van het strafrecht te blijven. Het enkel bieden van een billijke gelegenheid is in de ogen van retributivisten een onvoldoende grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. Er moet sprake zijn van morele laakbaarheid: de actor moet het verdienen gestraft te worden. Hier speelt controle toch weer een belangrijke rol. Een actor die opzettelijk een slecht gevolg veroorzaakt, geeft blijk van een slechte gezindheid. Controle met betrekking tot een slecht gevolg constitueert doorgaans laakbaarheid.

Een psychisch opzetbegrip past goed bij het systeem dat ten grondslag ligt aan het Nederlandse strafrecht. In dit systeem gaat de beoordeling van opzet vooraf aan de beoordeling van rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden. Dat duidt erop dat het begrip opzet logisch onafhankelijk is van de begrippen wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid. Opzet is een moreel neutraal

²⁹⁷ In wezen wordt de grondslag van de straf nog steeds gevormd door het opzet. De actor wordt gestraft voor schuld aan de dood, aangezien hij opzettelijk door rood licht is gereden. Het opzettelijk door rood rijden vormt een uiting van onverschilligheid met betrekking tot het welzijn van anderen. Zie het door Simons gegeven voorbeeld in paragraaf 3.6.2.1.

begrip.²⁹⁸ Bij het vaststellen van opzet wordt slechts een voorschot genomen op de verwijtbaarheid van de actor. Dit systeem past goed bij een psychische interpretatie van opzet. Bij de beoordeling van opzet is enkel en alleen de vraag of sprake is van een strafrechtelijk relevante psychische gerichtheid. De wederrechtelijkheid en de verwijtbaarheid worden pas later beoordeeld. Dit systeem brengt mee dat opzet kan worden aangenomen, hoewel geen sprake is van wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid.²⁹⁹

Dit systeem verdraagt zich minder goed met een normatief opzetbegrip. Als opzet een normatief begrip is, dan kan opzet worden aangenomen zonder dat sprake is van een geestesgesteldheid. Dat betekent dat bepaalde normatieve factoren het aannemen van opzet rechtvaardigen. Maar, zo kan men zich afvragen, ligt het dan niet evenzeer voor de hand dat bepaalde normatieve factoren nopen tot het oordeel dat geen sprake is van normatief opzet? Waarom zou noodweer of noodweerexces het opzet niet aantasten? Dit is reeds het geval bij het normatieve begrip schuld: strafuitsluitingsgronden komen op bestanddeelniveau aan de orde. Het is moeilijk in te zien waarom dat niet zou moeten gelden voor een normatief opzetbegrip. Zo bezien valt een normatief opzetbegrip lastig in te passen in het Nederlandse stelsel.

Uit de bovenstaande beschouwingen kunnen twee stellingen met betrekking tot opzet worden gedestilleerd. (1) Opzet is een cruciale factor in het determineren van laakbaarheid. (2) Opzet en laakbaarheid zijn verschillende concepten. De relatie tussen opzet en laakbaarheid kan als volgt worden weergegeven.

Een actor die een bepaald slecht gevolg met opzet veroorzaakt, is *ceteris paribus* nooit minder laakbaar dan een actor die dat gevolg zonder opzet veroorzaakt.³⁰⁰

²⁹⁸ De 'goedheid' of 'slechtheid' van opzet wordt gedetermineerd door het opzet-object. Opzet is goed als het opzet-object goed is; opzet is slecht als het opzet-object slecht is.

²⁹⁹ Zie ook paragraaf 4.3.8.8 en 4.4.3.3.

³⁰⁰ Vgl. Zaibert 1998, 'Intentionality, voluntariness, and culpability: a historical-philosophical analysis'; Zaibert 2002, 'Intentionality and wickedness'; Zaibert 2005, 'Five ways Patricia can kill her husband. A theory of intentionality and blame', p. 18, 21, 74, 209-214. Zaibert 1998, p. 493 spreekt van de 'principle of the normative ascription of intentionality': "Ceteris paribus, it is never less blameworthy to bring about an evil outcome when the agent has the intention of bringing it about than it is to bring it about when the agent does not have the intention of bringing it about." Dit principe laat zich niet rechtstreeks toepassen op de Nederlandse situatie, aangezien geldt: 'intention' ≈ doelopzet. Het volgende principe past beter bij het Nederlandse opzetbegrip. Zaibert 2005, p. 24 stelt: "Ceteris paribus, and in typical cases, to do evil with the awareness that one is doing it is never less blameworthy than to do it without such awareness." In paragraaf 4.4 ga ik in op de vraag of een intrinsiek moreel verschil bestaat tussen doelopzet enerzijds en zekerheidsopzet en kansopzet anderzijds.

Opzet is weliswaar een cruciale factor in het determineren van laakbaarheid, maar het is niet de enige factor! Dit wordt tot uitdrukking gebracht door de term ‘ceteris paribus’: de gevallen mogen alleen van elkaar verschillen met betrekking tot het opzet. Een actor die een slecht gevolg met opzet veroorzaakt, valt ceteris paribus nooit een minder groot verwijt te maken dan een actor die dat gevolg met schuld (maar zonder opzet) veroorzaakt. Als niet voldaan is aan de ceteris paribus-clausule, dan komen de zaken anders te liggen. Een actor die een slecht gevolg met opzet heeft veroorzaakt, kan minder laakbaar zijn dan een actor die dat gevolg zonder opzet heeft veroorzaakt. Aangezien opzet een cruciale rol speelt bij het determineren van laakbaarheid, zal zich dat in de praktijk niet zo vaak voordoen. De omstandigheden van het geval moeten behoorlijk van elkaar verschillen voordat de opzetfactor uitgevlakt wordt.

In het volgende geval is aan die voorwaarde voldaan. (1) Een winkeleigenaar die zich tegen overvallers heeft verdedigd, wordt veroordeeld voor doodslag, aangezien hij *nét* niet voldoet aan de eisen van noodweer en noodweereces. (2) Een automobilist die op zeer roekeloze wijze de dood van een ander heeft veroorzaakt, wordt veroordeeld voor dood door schuld, aangezien geen sprake lijkt te zijn geweest van opzet.³⁰¹ De actor die het minst laakbaar is, wordt veroordeeld voor het zwaarste misdrijf, terwijl de actor die het laakbaarst is, veroordeeld wordt voor het lichtste misdrijf. Dit soort anomalieën vormen een aangrijpingspunt voor aanhangers van de normatieve opzettheorie. In die visie kan een normatieve uitleg van opzet beter recht doen aan het verwijt dat aan de actor wordt gemaakt. De Hullu’s beschouwingen naar aanleiding van het Porsche-arrest kunnen in deze sleutel worden geplaatst.³⁰² De Hullu bekritiseert de psychologische benadering van de Hoge Raad. Hij geeft de voorkeur aan een benadering waarbij opzet juridisch wordt toegerekend.

“Uit het totale verkeersgedrag kan in mijn ogen ook onverschilligheid (en dus het ontbreken van concrete verwachtingen) worden afgeleid. Men zou ook kunnen zeggen: wezenlijke onverschilligheid, waar het hier om lijkt te gaan, laat zich moeilijk psychologiseren (maar is wel voldoende voor opzet). (...) Mij lijkt dat bij deze verkeerszaken – die in wezen een gevaarszettingsdelict betreffen – doorgaans de nadruk zal moeten liggen op het gedrag en wat daar naar *algemene* ervaringsregels uit af te leiden valt. Onvoorzichtig gedrag in gradaties, roekeloos gedrag en verkeersgedrag waaruit een (totale) onverschilligheid spreekt, leiden dan tot betrekkelijk geobjectiveerde oordelen over opzet of schuld. (...) In de eerste plaats maakt het goed duidelijk dat deze bestanddelen niet alleen en misschien zelfs niet in de eerste plaats een psychische gesteldheid uitdrukken. Het gaat bij opzet en schuld vooral om een voorwaarde voor strafrechtelijke aansprakelijkheid; opzet en schuld hangen nauw samen met juridische toerekening (...). Een tweede aspect van objectivering hangt daarmee samen: bij deze

³⁰¹ Zie paragraaf 4.3.6.6 over de onbewustheidsassumptie.

³⁰² De Hullu 1997, ‘Opzet en schuld in het verkeer’. Zie ook paragraaf 4.3.6.6.

benaderingswijze zijn opzet en schuld gemakkelijker te beschouwen als verschillende gradaties van aansprakelijkstelling. Opzet is ernstig en schuld is minder ernstig. Dat acht ik een aantrekkelijk schema (...). Wanneer opzet en schuld meer als gradaties van verantwoordelijkheid worden gezien, is bovendien minder problematisch dat de scheidslijn tussen voorwaardelijk opzet en de zogenaamde bewuste schuld niet scherp te trekken is, omdat een vloeiende overgang in zo'n schema past.”³⁰³

De Hullu's pleidooi is in lijn met het aforisme van de Romeinse jurist Paulus. “Magna neglegentia culpa est: magna culpa dolus est.”³⁰⁴ Opzet wordt beschouwd als de ergste vorm van schuld. De Hullu's flexibele benadering brengt mee dat zeer laakbare personen veroordeeld kunnen worden voor een *doleus delict*, hoewel geen sprake is van psychisch opzet. Deze benadering lijkt op het eerste gezicht heel redelijk. Gedrag dat blijkt geeft van een rücksichtsloze mentaliteit kan, indien nodig, vertaald worden in opzet.³⁰⁵ De Hullu merkt op dat deze benadering in de Porschezaak tot een goede uitkomst zou hebben geleid. Men zou ook kunnen stellen dat de uitbreiding van het opzet niet onredelijk is ten opzichte van deze verdachte. Wat, zo kan men zich afvragen, pleit dan toch tegen deze benadering?

4.3.8.4.b DE RELATIE TUSSEN OPZET EN GERECHTVAARDIGDE STRAF

In mijn visie vormt het stelsel van verschoningsgronden een beperking op het nastreven van strafdoelen. De rechter kan de aan straf ten grondslag liggende doelen (preventie en/of retributie) pas realiseren nadat de strafrechtelijke aansprakelijkheid is vastgesteld.³⁰⁶ Verschoningsgronden als opzet, schuld of psychische overmacht kunnen de aansprakelijkheid aantasten. Dat betekent dat geen straf opgelegd kan worden, hoewel een straf in dat geval wellicht nuttig en/of verdiend geweest zou zijn. De strafbevoegdheid van rechters wordt aldus beperkt door een aansprakelijkheidsdrempel. In het algemeen geldt dat deze drempel hoger is naarmate er meer straf opgelegd kan worden.³⁰⁷ De zwaarste

³⁰³ De Hullu 1997, ‘Opzet en schuld in het verkeer’, p. 441-443.

³⁰⁴ Zie Paulus, *Digesten* 50.16.226 in: Spruit, Feenstra & Wubbe 2001, ‘Corpus Iuris Civilis. Tekst en vertaling. VI. *Digesten* 43-50’. De vertaling luidt: “Grove nalatigheid is [een vorm van] schuld; grove schuld is [een vorm van] opzet.” Haakjes in origineel. Zaibert 2005, ‘Five ways Patricia can kill her husband. A theory of intentionality and blame’, p. 63 bespreekt het aforisme in het kader van “the tension between normativity and description in theories of culpability”.

³⁰⁵ Zie conclusie A-G Meijers bij het Porsche-arrest (HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199).

³⁰⁶ In paragraaf 3.4 heb ik betoogd dat de retributieve straftheorie verworpen dient te worden (zie m.n. deze studie, p. 137 en paragraaf 3.4.10). In de Nederlandse strafrechtspraktijk speelt vergelding echter wel degelijk een rol. De strafdoelen preventie en retributie oefenen beide invloed uit op de strafhoogte. Zie hierover De Keijser 2000, ‘Punishment and purpose. From moral theory to punishment in action’.

³⁰⁷ Zie paragraaf 3.5.

straffen zijn doorgaans gereserveerd voor doleuze delicten. Deze zware straffen kunnen pas opgelegd worden als buiten redelijke twijfel staat dat sprake is van opzet. Het is de vraag hoe dit systeem, waarbij verschoningsgronden haaks staan op het realiseren van strafdoelen in concreto, het best functioneert. Hieronder betoog ik dat de aan dit systeem ten grondslag liggende ratio gediend is met een psychische interpretatie van opzet.

In paragraaf 3.4.4 heb ik het adagium besproken dat het beter is dat tien schuldigen vrijuit gaan dan dat één onschuldige bestraft wordt.³⁰⁸ Het gaat hierbij uiteraard niet om de getalsmatige verhouding, maar om de waarde die het adagium vertegenwoordigt. Het straffen van onschuldigen is erger dan het niet-straffen van schuldigen. Deze waarde komt onder andere tot uitdrukking in het in dubio pro reo-beginsel: bij redelijke twijfel dient vrijgesproken te worden. Het adagium heeft denk ik primair betrekking op het geval waarbij de verkeerde persoon wordt veroordeeld.³⁰⁹ Uit het adagium kan uiteraard niet a contrario worden afgeleid dat alles toegestaan is zodra sprake is van daderschap (en een schijntje verwijtbaarheid). De retributieve straftheorie en de door mij wenselijk geachte Rawlsiaanse straftheorie hechten beide aan beperkingen op de strafhoogte. Het retributivisme dicteert dat iemand niet zwaarder gestraft mag worden dan hij verdient. De verdiende straf vormt een uitdrukking van de morele laakbaarheid van de actor. Dat betekent dat alleen een zware straf mag worden opgelegd als sprake is van ernstige morele laakbaarheid. De Rawlsiaanse theorie stelt minder stringente beperkingen op de strafhoogte. Het gaat erom dat personen een redelijke gelegenheid geboden wordt de opgelegde straf te vermijden. Zware straffen moeten voldoen aan het vermijdbaarheidsbeginsel: een zware straf is alleen gerechtvaardigd als het gemakkelijk te vermijden is.³¹⁰ In paragraaf 3.4.8 heb ik het verschil tussen de retributieve en de Rawlsiaanse theorie besproken aan de hand van het delict rijden onder invloed. Een dronken rijder die geen gevaar veroorzaakt, verdient weinig of geen straf, aangezien hij geen blijk geeft van ernstige morele laakbaarheid. De Rawlsiaanse theorie laat in beginsel echter toe dat een zware straf wordt opgelegd. Rawlsiaanse rechtvaardigheid eist alleen dat sprake is van een vermijdbaar *feit*; retributieve rechtvaardigheid eist daarentegen dat sprake is van een vermijdbare *fout*.³¹¹ Het

³⁰⁸ Reiman & Van den Haag 1990, 'On the common saying that it is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer: *pro* and *con*' bespreken het adagium vanuit retributief en utilitaristisch perspectief.

³⁰⁹ Walker 1991, 'Why punish?', p. 90-91 spreekt van "‘wrong-person’ innocence".

³¹⁰ Zie paragraaf 3.4.8.

³¹¹ Hart 1968, 'Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law', p. 38-39 stelt: "[The] principle (1) that it is unfair and unjust to punish those who have not 'voluntarily' broken the law is a moral principle quite distinct from the assertion (2) that it is wrong to punish those who have not 'voluntarily committed a moral wrong proscribed by law'." Moore 1997, 'Placing blame. A general theory of the criminal law', p. 409 stelt: "Yet to say that blaming would not be unfair is not to say that such blame is deserved. Fairness simply is not the same as culpability." Zie paragraaf 3.4.10.

verschil tussen de beide theorieën komt primair tot uiting aan de objectieve zijde van het delict.³¹² Het is mij hier alleen te doen om de subjectieve factoren. In beide straftheorieën geldt dat opzet een cruciale factor is bij de rechtvaardiging van een zware straf.

De strekking van het bovenstaande is dat de retributieve en Rawlsiaanse theorie niet alleen gericht zijn op het vermijden van het straffen van onschuldigen (niet-daders). De theorieën zijn ook gericht op het vermijden van ongerechtvaardigde hoge straffen.³¹³ Dat zijn hoge straffen waarbij geen sprake is van voldoende morele laakbaarheid (retributieve theorie) of voldoende controle (Rawlsiaanse theorie). Het is de vraag hoe deze doelstelling het best gerealiseerd kan worden. Vergelijk de volgende twee stelsels. (1) Stelsel O1. In dit stelsel moet opzet bij de eerste materiële vraag worden bewezen. (2) Stelsel O4. In dit stelsel hoeft bij de eerste materiële vraag alleen daderschap bewezen te worden. Opzet kan vervolgens een rol spelen bij de vierde materiële vraag (de strafoplegging). Beide stelsels kunnen in theorie tot gelijke resultaten leiden. Ik acht het echter zeer waarschijnlijk dat in stelsel O4 meer ongerechtvaardigde hoge straffen worden opgelegd. De verdachte in stelsel O1 heeft het in dubio pro reo-beginsel met betrekking tot opzet aan zijn zijde. Dit is niet het geval in stelsel O4. De rechter heeft een veel grotere vrijheid hoge straffen op te leggen.³¹⁴ Dat zal in sommige gevallen resulteren in het opleggen van ongerechtvaardigde hoge straffen. Anderzijds geldt dat in stelsel O4 een aantal op zichzelf beschouwd gerechtvaardigde straffen wél opgelegd kunnen worden. Het opzetvereiste staat immers niet aan het realiseren van strafdoelen in de weg. In die gevallen waarbij andere factoren dan opzet nopen tot het opleggen van een hoge straf, kan de gerechtvaardigde straf gewoon opgelegd worden. De uitkomst van de vergelijking kan als volgt weergegeven worden.

³¹² Ik zeg 'primair', omdat veel aanhangers van het retributivisme tevens aanhanger zijn van de 'Doctrine of Double Effect'. Volgens deze doctrine kan een actor die met doelopzet handelt ceteris paribus een groter moreel verwijt gemaakt worden dan een actor die met zekerheidsopzet of kansopzet handelt. De morele laakbaarheid wordt aldus bepaald door het gevolg én het type opzet. Aangezien het mij hier uitsluitend gaat om de ondergrens van opzet in het Nederlandse strafrecht, speelt dit onderscheid geen rol van betekenis. Een actor die met kansopzet handelt kan, gegeven bepaalde randvoorwaarden, volgens beide theorieën zwaar gestraft worden. Zie paragraaf 4.4 over de verschillende typen opzet.

³¹³ Retributivisten vergelijken het zwaarder straffen dan verdiend is met het straffen van een onschuldige. Zie bijv. Morris 1974, 'The future of imprisonment', p. 73-77 en Murphy 1979, 'Retribution, justice, and therapy. Essays in the philosophy of law', p. 223-249.

³¹⁴ Zie Leijten 1988, 'De droom der gerechtigheid' over de grote vrijheid die de rechter bij de strafoplegging heeft.

- O1 Minder ongerechtvaardigde hoge straffen.
- O1 Minder gerechtvaardigde hoge straffen.
- O4 Meer ongerechtvaardigde hoge straffen.
- O4 Meer gerechtvaardigde hoge straffen.

Stelsel O1 heeft een voordeel (minder ongerechtvaardigde straffen) en een nadeel (minder gerechtvaardigde straffen). De afweging tussen dit voordeel en nadeel dient plaats te vinden tegen de achtergrond van het boven besproken adagium. Het is beter dat tien schuldigen vrijuit gaan dan dat één onschuldige bestraft wordt. Er wordt algemeen van uitgegaan dat de ene fout (ten onrechte niet straffen) minder belangrijk is dan de andere fout (ten onrechte wél straffen).³¹⁵ Als dat uitgangspunt aanvaard wordt, dan verdient stelsel O1 de voorkeur boven stelsel O4. In stelsel O1 is de belangrijkste factor met betrekking tot controle en morele laakbaarheid geïncorporeerd in het materiële recht. Dat betekent dat de zware straffen die doorgaans op doleuze delicten staan, alleen opgelegd kunnen worden als buiten redelijke twijfel staat dat sprake is van opzet. Het nadeel van dit stelsel – gerechtvaardigde straffen kunnen soms niet opgelegd worden – wordt voor lief genomen.

4.3.8.4.c EEN NADEEL VAN NORMATIEF OPZET: MEER ONGERECHTVAARDIGDE STRAFFEN

Ik keer terug naar de beschouwingen van De Hullu. Hij prefereert een normatieve benadering van opzet boven de Hoge Raads psychische benadering in het Porsche-arrest. De Hullu beschouwt opzet als de ergste vorm van schuld: opzet is ernstig en schuld is minder ernstig. Om de discussie te vereenvoudigen, neem ik de volgende drie stellingen tot uitgangspunt. (1) De bestuurder van de Porsche heeft blijk gegeven van ernstige morele laakbaarheid.³¹⁶ (2) In casu kon niet bewezen worden dat sprake is van psychisch opzet. (3) Het strafmaximum van het subsidiair tenlastegelegde misdrijf van art. 36 WWV (oud) stond in de weg aan het opleggen van een gerechtvaardigde straf.³¹⁷ Als deze uitgangspun-

³¹⁵ Zie bijv. Groenhuijsen & Knigge 1999, 'Theoretisch kader', p. 19: "Er wordt terecht vanuit gegaan dat de verdachte het voordeel van de twijfel dient te krijgen (...). Liever een werkelijk schuldige die vrijuit gaat dan een onschuldige die ten onrechte wordt veroordeeld."

³¹⁶ Een retributivist die zuiver op de graat is, zou de zaak ook anders kunnen bekijken. Stel dat men de volgende drie factoren niet in het laakbaarheidsoordeel zou betrekken. (1) Het verwerpelijk gedrag dat geruime tijd voor de fatale inhaalmanoeuvre plaatsvond (door rood licht rijden en hoge snelheid). (2) Het feit dat de gevolgen in casu bijzonder ernstig waren. Dat betekent dat gecorrigeerd wordt voor 'moral luck' (zie paragraaf 3.6.2.2). (3) Het verwerpelijk gedrag dat na de fatale inhaalmanoeuvre plaatsvond (vluchten en ontkennen bestuurder te zijn geweest). Wat houdt men dan over? Ik durf het bijna niet te zeggen, maar het antwoord luidt: een inschattingsfout zoals er duizenden per jaar plaatsvinden.

³¹⁷ De Hoge Raad verwees de zaak terug naar het Hof Arnhem. Het Hof sprak vrij van doodslag en veroordeelde voor art. 36 WWV (oud). Het Hof overwoog dat deze bepaling geen

→

ten worden aanvaard, dan komt De Hullu's pleidooi aantrekkelijk voor. Een normatieve benadering zou tot een goede uitkomst in dit specifieke geval hebben geleid. De psychische benadering van de Hoge Raad heeft tot gevolg dat geen recht gedaan kan worden aan het aan deze verdachte gemaakte verwijt. Het gaat mij hier uiteraard niet om deze specifieke casus. De Porschezaak staat symbool voor alle gevallen waarbij een psychische interpretatie van opzet in de weg staat aan het opleggen van een gerechtvaardigde straf. Dit zal zich het vaakst voordoen bij doleuze delicten die geen culpose pendant kennen.³¹⁸

Het pleidooi van De Hullu kan mij niet overtuigen. Een stelsel waarin opzet normatief wordt opgevat, vertoont belangrijke overeenkomsten met het boven beschreven stelsel O4. De strekking van mijn bezwaar is dat een in beginsel scherpe norm (psychisch opzet) vervangen wordt door een vage norm (normatief opzet). Deze vage norm heeft als voordeel dat meer gerechtvaardigde straffen kunnen worden opgelegd. Het nadeel is echter dat dit eveneens geldt met betrekking tot ongerechtvaardigde straffen. Aangezien dit nadeel meer gewicht in de schaal moet leggen, dient de normatieve interpretatie van opzet te worden afgewezen. Hieronder werk ik de bezwaren uit die verbonden zijn aan het open karakter van normatief opzet.

Een psychisch opzetbegrip kan scherp afgebakend worden. Uitgangspunt is dat sprake moet zijn van een bepaalde psychische gesteldheid. Vervolgens is de vraag welke psychische gesteldheden moeten vallen onder het strafrechtelijk opzetbegrip. In paragraaf 4.3.1 hebben we gezien dat de Model Penal Code drie psychische begrippen kent: 'purposely', 'knowingly' en 'recklessly'. In Nederland heeft het definiërvraagstuk primair betrekking op de afbakening van voorwaardelijk opzet. In paragraaf 4.2.3 heb ik twee verschillende psychische opzettheorieën besproken: de cognitieve en volitieve opzettheorie. In deze theorieën wordt de grens tussen opzet en schuld verschillend getrokken. In paragraaf 4.4 en 4.5 ga ik uitgebreid in op de vraag welke psychische gesteldheid vereist is. In mijn visie wordt de centrale voorwaarde gevormd door het bewustheidsmoment. Het is de vraag of de actor zich bewust geweest is van het feit dat het opzet-object kon intreden. Het gaat mij hier niet om de vraag welke definitie van opzet de voorkeur verdient. Mijn punt is dat het goed mogelijk is een scherpe materieelrechtelijke definitie van psychisch opzet te geven. Een dergelijke definitie vormt een duidelijk richtsnoer voor rechters die een oordeel moeten geven over opzet.

De Hullu's normatieve opzetbegrip is veel moeilijker af te bakenen. Normatieve factoren die duiden op wezenlijke onverschilligheid rechtvaardigen het

aan de maatschappelijke strafbehoefte beantwoordende bestraffing toeliet. Zie Hof Arnhem 10 maart 1997, VR 1997, 161.

³¹⁸ De wetgever heeft het strafmaximum van art. 6 WWV inmiddels zo hoog opgeschreefd dat een normatieve interpretatie van opzet niet meer nodig is. Dat is alleen anders als gevaarlijk verkeersgedrag niet tot dood of letsel leidt. In dat geval kan een normatieve interpretatie van pogingsopzet wellicht uitkomst bieden.

aannemen van opzet. Dat roept de vraag op wanneer dat het geval is. Het meest voor de hand liggende antwoord is: het komt aan op het geheel van gedragingen van de actor, de aard en ernst daarvan en de overige omstandigheden van het geval.³¹⁹ Ik verwijs naar paragraaf 2.4, waar ik het normatieve begrip schuld heb besproken. Ik heb mij daar beperkt tot het signaleren van een aantal factoren die een rol kunnen spelen bij de beoordeling van schuld. Het ging om factoren als: schending geschreven of ongeschreven regels; omstandigheden waarop de actor geen invloed heeft (weer, wegdek, voertuiggebreken, etc.); de geoorloofdheid van het risico; bovengemiddelde vaardigheden; culpa in causa; en allerlei subjectieve factoren (lichamelijke en psychische aandoeningen etc.). Op de keper beschouwd biedt een dergelijke factorencatalogus niet veel houvast. Er blijkt namelijk niet uit hoe de diverse factoren tegen elkaar moeten worden afgewogen. Uiteindelijk komt het aan op het oordeel van de rechter dat voldoende zeker is dat het complex van factoren in een bepaalde zaak te beschouwen is als schuld in strafrechtelijke zin.

De vaagheid of openheid van het schuldconcept is een ‘fact of life’. Het is onmogelijk scherp te formuleren hoe de talloze objectieve en subjectieve factoren adequaat tegen elkaar afgewogen moeten worden. Het gevolg hiervan is dat de rechter een grote vrijheid krijgt toebedeeld.³²⁰ Het is aan hem de relevante factoren tegen elkaar af te wegen. De open norm en rechterlijke vrijheid zijn twee kanten van dezelfde medaille. Rechterlijke vrijheid is op haar beurt weer verbonden met rechtsongelijkheid.³²¹ Het valt te verwachten dat rechters de open norm verschillend zullen invullen. De ene rechter hecht grote waarde aan factor X, terwijl de andere rechter de nadruk legt op factor Y. Ik verwijs terug naar paragraaf 3.6.1, waar ik de schuld in de rechtspraak bespreek. Ik concludeer daar dat de ondergrens van schuld van rechtbank tot rechtbank varieert. Deze opvatting is onder meer terug te voeren op mijn ervaringen als docent verkeersrecht bij de SSR. Een variabele ondergrens vormt mogelijk een verklaring voor het feit dat bijna de helft van alle veroordelingen voor art. 6 WvW plaatsvindt in een van de vijf ressorten. In paragraaf 3.6.2.3 heb ik een ander nadeel van het normatieve begrip schuld besproken: de gevoeligheid voor psychologische biases. De rechter die een oordeel moet vellen, beschikt over de wetenschap dat een bepaald ernstig gevolg heeft plaatsgevonden. De psychologische associatie tussen ‘ernstig feit’ en ‘ernstig verwijt’ is sterk. ‘Hindsight

³¹⁹ Ontleend aan HR 1 juni 2004, NJ 2005, 252. Het ging daar om de vraag of schuld door het Hof uit de bewijsmiddelen kon worden afgeleid.

³²⁰ Vgl. Leijten 1988, ‘De droom der gerechtigheid’ en Barendrecht 1992, ‘Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming’, p. 3-8, 49-50, 70-71 en 143-145.

³²¹ Vgl. Leijten 1988, ‘De droom der gerechtigheid’; Barendrecht 1992, ‘Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming’, p. 76-77 en 143-145; Neerhof 1995, ‘Het geschil voorbij. Een studie naar de bruikbaarheid van bestuursrechtelijke jurisprudentie als kenbron van recht’, p. 46-48. Zie ook deze studie, p. 319 (voetnoot 323).

bias' en de 'fundamental retribution error' voorspellen dat te snel geoordeeld wordt dat sprake is van ernstige onverschilligheid.

Ik vat de problemen met betrekking tot het normatieve begrip schuld samen. Het eerste probleem is dat rechters (of gerechten) de relevante schulfactoren verschillend wegen. Het gaat mij hier met name om rechters (of gerechten) die sneller dan gemiddeld oordelen dat een bepaalde combinatie van factoren een voldoende schuldgraad voor strafrechtelijke schuld oplevert.³²² Het tweede probleem is dat rechters door psychologische biases de schuldgraad over het algemeen hoger zullen taxeren dan in werkelijkheid het geval is. Het gaat mij hier met name om gevallen waarbij een complex van factoren geduid wordt als schuld, hoewel dat niet was geschied als men niet had beschikt over kennis over de foute afloop. Het gezamenlijk effect van deze twee problemen is dat in bepaalde gevallen ten onrechte wordt veroordeeld voor een culpoos delict.³²³ De Hoge Raad zal daar slechts zelden iets aan (kunnen) doen. Hij toetst slechts of de schuld uit de gebezigde bewijsmiddelen kan worden afgeleid. Alleen evident onjuiste veroordelingen leiden tot cassatie.

³²² In paragraaf 3.6.4.1 bespreek ik het begrip schuldgraad.

³²³ De rechtsongelijkheid en de biases zijn beide niet direct waarneembaar. Hieronder bespreek ik het effect van rechtsongelijkheid en biases aan de hand van de beoordelingstheorie van de psycholoog Hofstee. Zie Hofstee 1993, 'Uitbuiting van de dagelijkse ervaring. Facetten van een psychometrische waarheidsbenadering' en Hofstee 1999, 'Principes van beoordeling. Methodiek en ethiek van selectie, examinering en evaluatie'.

(1) *Rechtsongelijkheid*. Uitgangspunt is dat beoordelaars, en dus ook rechters, feilbaar zijn. Uit empirisch onderzoek blijkt dat correlaties tussen de oordelen van beoordelaars tussen de 0,10 en 0,25 schommelen. Dat is schrikbarend laag. Correlaties kunnen namelijk variëren tussen 0 (geen samenhang) en 1 (volledige samenhang). Het verschil tussen rechters kan geïllustreerd worden aan de hand van het volgende gedachte-experiment. Leg een groot aantal schuldzaken waarvan alle mogelijk relevante feiten vaststaan voor aan alle strafrechters in Nederland. De rechters dienen nu een oordeel te geven met betrekking tot de schuldgraad (zie paragraaf 3.6.4.1). Schuldgraad 0 betekent dat geen enkele schuld aanwezig is. Schuldgraad 100 verwijst naar de maximaal denkbare strafrechtelijke schuld. De rechters wordt meegegeven dat schuld zich voordoet bij een schuldgraad van 50 of hoger. Dat betekent dat een rechter die meent dat bij een bepaalde zaak n  sprake is van schuld, aan deze zaak een schuldgraad van 50 moet toekennen. Vervolgens worden alle rechterlijke oordelen gemiddeld. Dit gemiddeld oordeel vormt een goede benadering van datgene wat in Nederland onder schuld wordt verstaan. Het gemiddeld oordeel – het criteriumoordeel – vormt nu de maatstaf aan de hand waarvan de oordelen van individuele rechters getoetst kunnen worden. Dat betekent dat de individuele oordelen gehercodeerd moeten worden, zodat de rechters met elkaar vergeleken kunnen worden. Stel dat een rechter een bepaald geval beoordeelt met schuldgraad 50, terwijl het over alle rechters gemiddeld oordeel (criteriumoordeel) 40 betreft. We kunnen dan zeggen dat deze rechter in deze zaak schuld aanneemt bij schuldgraad 40. Daarnaast kan blijken dat bepaalde rechters stelselmatig te streng of te coulant oordelen. Bijvoorbeeld: rechter X taxeert de schuldgraad van een zaak gemiddeld 10 punten hoger dan de gemiddelde rechter, terwijl rechter Y de schuldgraad gemiddeld 10 punten lager taxeert dan de gemiddelde rechter.

→

Het gedachte-experiment biedt de mogelijkheid het begrip rechtsongelijkheid te operationaliseren. Uitgangspunt vormt wederom het over alle rechters gemiddeld oordeel (criteriumoordeel). Het criteriumoordeel wordt vertaald naar vrijspraken en veroordelingen. Hierbij geldt: vrijspraak = gemiddelde schuldgraad < 50 ; veroordeling = gemiddelde schuldgraad ≥ 50 . De individuele rechterlijke oordelen kunnen nu vergeleken worden met het criteriumoordeel. Er zijn nu vier categorieën. (1) Rechter: vrijspraak; criteriumoordeel: veroordeling. (2) Rechter: veroordeling; criteriumoordeel: vrijspraak. (3) Rechter: vrijspraak; criteriumoordeel: vrijspraak. (4) Rechter: veroordeling; criteriumoordeel: veroordeling. Rechtsongelijkheid leidt aldus tot twee fouten: de onterechte vrijspraak (categorie 1) en de onterechte veroordeling (categorie 2). ‘Onterecht’ betekent hier: de uitkomst was anders geweest als de zaak beoordeeld was door alle rechters. Deze fouten zijn terug te voeren op het feit dat rechters de open norm verschillend invullen. Hofstee 1999, p. 68 stelt in dit verband: “Tot slot: de vraag *waarom* beoordelaars zo weinig overeenstemmen, zou van belang zijn als uit het antwoord zou blijken dat er wat aan kan worden gedaan. Dat is niet het geval. Beoordelaars letten op verschillende deelverzamelingen van kenmerken. Ze wegen die verschillend. Ze hebben verschillende deelverzamelingen van criteria voor ogen. Ze gebruiken de beoordelingsschaal verschillend: wat de een goed noemt, noemt een ander voldoende of juist uitstekend.” Ik houd deze, ietwat sceptische opvatting, grotendeels voor juist. Bij een open begrip als schuld zijn er tientallen factoren die men verschillend kan wegen. Disculpeert gebrek aan ervaring bij een medische fout of juist niet (culpa in causa)? Werkt een dode hoek belastend (had nooit door mogen rijden) of juist niet (taakbelasting te hoog)? Weegt men – al dan niet bewust – gedrag na het ongeval mee (doorrijden of hulpverlening)? Moet men hogere eisen stellen aan een beroepschauffeur (garantenstelling)? Dit sceptische uitgangspunt noopt echter niet tot de conclusie dat dit gebrek aan overeenstemming niet verholpen kan worden. Hofstee betoogt dat de sleutel ligt in de meervoudige beoordeling. Uitgangspunt is dat ieder oordeel opgesplitst kan worden in twee componenten: een met andere beoordelaars gemeenschappelijke component en een voor iedere beoordelaar unieke component. (Deze unieke component verklaart waarom het oordeel van rechter X afwijkt van het oordeel van rechter Y.) Als men een zaak echter laat beoordelen door meerdere rechters, dan zullen de unieke componenten worden weggezuiverd. Des te groter het aantal beoordelaars, des te betrouwbaarder is het gemiddeld oordeel. Stel, de correlatie tussen de oordelen van alleenrechtsprekende rechters bedraagt 0,10. Gegeven bepaalde statistische randvoorwaarden bedraagt de correlatie tussen panels van 3, 6 of 12 rechters 0,25; 0,40 of 0,57. Anders gezegd: de uitkomsten zullen veel vaker met elkaar overeenstemmen. Dat betekent dat de met een open norm gepaard gaande rechtsongelijkheid deels berust op de in het recht gebruikelijke beoordelingsmethodiek. Er bestaan legitieme beoordelingstheoretische bezwaren tegen de alleenrechtsprekende rechter in schuldzaken. Het is echter niet ondenkbaar dat de door mij geschetste problemen (deels) opgelost kunnen worden door meer gebruik te maken van meervoudige rechtspraak. Merk op dat dit geen oplossing biedt voor verschillen tussen rechtbanken of ressorten.

(2) *Biases*. Meervoudige beoordeling biedt eveneens geen oplossing voor psychologische biases. ‘Hindsight bias’ en ‘fundamental retribution error’ hebben rechtstreeks invloed op de beoordeling van het normatieve begrip schuld. Aangezien iedereen in beginsel gevoelig is voor deze biases, kan meervoudige beoordeling geen uitkomst bieden. Het achterliggende principe van meervoudige beoordeling is dat de unieke foutencomponent van individuele rechters wordt weggezuiverd als de oordelen worden samengevoegd. Dit principe werkt niet als sprake is van systematische fouten. Dat betekent dat ook het criteriumoordeel geen weergave vormt van de werkelijke schuldgraad. ‘Werkelijke schuldgraad’ betekent hier: de voor biases gecorrigeerde schuldgraad. Als men het criteriumoordeel zuivert

→

De bovenstaande beschouwingen zijn van belang in verband met De Hullu's normatieve benadering van opzet. Als de zaak bekeken wordt vanuit het perspectief van aanhangers van de psychische opzetteorie, dan geldt: normatief opzet = ernstige schuld.³²⁴ De Hullu spreekt van 'wezenlijke onverschilligheid'. Als we aannemen dat de ondergrens van schuld ligt bij schuldgraad 50, dan zou men bijvoorbeeld kunnen poneren dat de ondergrens van opzet ligt bij schuldgraad 80. De boven besproken problemen gelden nu mutatis mutandis voor normatief opzet. Rechtsongelijkheid en biases zullen tot gevolg hebben dat soms veroordeeld wordt voor een doleus delict, hoewel in werkelijkheid geen sprake is van de voor normatief opzet vereiste schuldgraad. Deze fouten zijn door de Hoge Raad nauwelijks te corrigeren, aangezien alleen getoetst kan worden of normatief opzet uit de gebezigde bewijsmiddelen kan worden afgeleid.

De psychische en de normatieve benadering kunnen nu tegen elkaar afgezet worden. De normatieve benadering brengt mee dat zeer laakbare personen veroordeeld kunnen worden voor een doleus delict, hoewel geen sprake is van psychisch opzet. Het voordeel van deze benadering is dat meer op zichzelf beschouwd gerechtvaardigde straffen opgelegd kunnen worden. Ik vrees echter dat dit voordeel wordt overschaduwd door een eveneens aan de normatieve benadering verbonden nadeel. Rechtsongelijkheid en biases zullen leiden tot onjuiste oordelen. Dat betekent dat personen veroordeeld worden voor een doleus delict, hoewel geen sprake is van wezenlijke onverschilligheid. De rechter heeft nu de vrijheid de hoge straffen die zijn gereserveerd voor doleuze delicten op te leggen. Dat leidt ertoe dat meer ongerechtvaardigde hoge straffen opgelegd zullen worden. Tegen deze achtergrond verdient de psychische opzetteorie de voorkeur boven de normatieve opzetteorie. Het voordeel van de normatieve benadering (meer gerechtvaardigde hoge straffen) weegt immers minder zwaar dan het nadeel (meer ongerechtvaardigde hoge straffen).

Het zal duidelijk zijn dat ik de kwestie vanuit een ander perspectief benader dan De Hullu. Het vertrekpunt van De Hullu's redenering is dat een psychische opvatting van opzet leidt tot een onjuiste uitkomst in de Porschezaak en vergelijkbare gevallen. Een normatieve benadering van opzet biedt rechters de ruimte een rechtvaardige uitkomst te bewerkstelligen. Ik neem daarentegen de rechtvaardigheid van het gehele stelsel als uitgangspunt. Het is mijn opvatting dat de heldere of starre norm (psychisch opzet) leidt tot meer rechtvaar-

van biases, dan krijgt men een nieuw criterium. Bijvoorbeeld: vrijspraak = gemiddelde schuldgraad < 60; veroordeling = gemiddelde schuldgraad ≥ 60. Dat betekent dat het aantal onterechte veroordelingen verder stijgt. De uiteindelijke definitie van 'onterechte veroordeling' luidt aldus: het oordeel (veroordeling) wijkt af van het ongebiaste oordeel van alle rechters tezamen (vrijspraak). De categorie onterechte veroordelingen wordt deels verklaard door unieke fouten en deels door systematische fouten.

³²⁴ In paragraaf 3.6.2 stond een retributieve interpretatie van schuld centraal. Ik denk dat de retributieve invulling van schuld dicht in de buurt komt bij De Hullu's normatieve opzetbegrip. Er geldt: normatief opzet ≈ 'culpable indifference'.

digheid op stelselniveau dan de vage of flexibele norm (normatief opzet). De fouten die het gevolg zijn van het juist toepassen van de starre norm, wegen naar mijn inschatting niet op tegen de fouten die het gevolg zijn van het onjuist toepassen van de flexibele norm. Schauer geeft het conflict tussen deze twee verschillende fouten goed weer.

“When decision-makers not shackled by rules are thus empowered to inquire into every factor that could lead to the best decision for a particular case, they simply might not make that best decision. Freed to look at everything, decision-makers often use that freedom unwisely, employing the factors that *could* produce the best result to produce instead something inferior to it. Unlike the errors that are an inevitable consequence of even a correct application of oversimplifying rules, the errors we must now address are those that arise from an incorrect application of a theoretically optimizing particularistic decision-making procedure.”³²⁵

Schauer vestigt de aandacht op de wijze waarop normen in de praktijk functioneren.³²⁶ Een open norm als normatief opzet kán altijd tot een rechtvaardige uitkomst leiden. Maar is dat in de praktijk ook zo? Zijn rechters in staat de talloze relevante normatieve factoren adequaat tegen elkaar af te wegen? Komen verschillende rechters die een vergelijkbare zaak beoordelen aan de hand van een open norm wel tot hetzelfde resultaat? Biedt een open norm niet te veel ruimte aan de hardnekkige psychologische biases in het nadeel van de verdachte? Deze vragen stemmen tot nadenken. Een in theorie rechtvaardig begrip kan ten grondslag liggen aan een onrechtvaardige praktijk. Daarom is het soms beter genoeg te nemen met een begrip dat de rechtvaardigheid slechts benadert. Een psychisch opzetbegrip minimaliseert de fouten die in het strafrecht zwaar wegen – de ongerechtvaardigde hoge straf. Dat daardoor incidenteel iemand zijn gerechtvaardigde straf ontloopt, dient voor lief genomen te worden.

Als opzet psychisch wordt opgevat, dan zijn doleuze delicten gesloten aan één kant en open aan de andere kant. Enerzijds geldt een hoge aansprakelijkheidsdrempel. De belangrijkste factor met betrekking tot controle en morele laakbaarheid is in het materiële recht geïncorporeerd. Dat betekent dat de zware straffen die doorgaans op doleuze delicten staan alleen opgelegd kunnen worden als buiten redelijke twijfel staat dat sprake is van psychisch opzet. Andere factoren die duiden op controle of laakbaarheid kunnen geen strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigen. Anderzijds geldt echter dat deze factoren wel degelijk de strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen aantasten. Het stelsel van

³²⁵ Schauer 1991, ‘Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life’, p. 149-150.

³²⁶ Schauer 1991, ‘Rules and the rule of law’; Schauer 1991, ‘Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life’; Schauer 2005, ‘The tyranny of choice and the rulification of standards’; Alexander & Schauer 2007, ‘Law’s limited domain confronts morality’s universal empire’.

rechtvaardigingsgronden en schulditsluitingsgronden is dermate open dat elke relevante factor in overweging mag worden genomen. De geslotenheid van het opzet en de openheid van de strafuitsluitingsgronden dienen hetzelfde doel: het vermijden van ongerechtvaardigde straffen.

4.3.8.5 *De kwetsbaarheid van het teleologische argument*

Het bovenstaande betoog kan in de sleutel geplaatst worden van de teleologische interpretatiemethode. De ratio van het opzetvereiste – het vermijden van ongerechtvaardigde hoge straffen – wordt het best gediend door een psychische interpretatie van opzet. Deze stelling berust op twee uitgangspunten. (1) Mijn visie met betrekking tot de vraag welke doelen ten grondslag gelegd kunnen worden aan het aansprakelijkheidsrecht. (2) Mijn inschatting met betrekking tot de vraag hoe deze doelen het best bereikt kunnen worden. Het is denkbaar dat andere personen tot een andere afweging zullen komen. Ik bespreek de twee uitgangspunten.

(1) De stelling is gebaseerd op het uitgangspunt dat het vermijden van ongerechtvaardigde hoge straffen zwaarder weegt dan het kunnen realiseren van gerechtvaardigde hoge straffen. Dit uitgangspunt kan betwist worden vanuit utilitaristisch en positief-retributief perspectief.³²⁷ De utilitarist zou kunnen betogen dat de belangen van speciale preventie, generale preventie en het vermijden van maatschappelijke onrust zwaar gewogen moeten worden. De positieve retributivist zou kunnen betogen dat de plicht verdiende straf op te leggen zwaar gewogen moet worden. Men zou aldus van mening kunnen zijn dat het nadeel van een normatief opzetbegrip (meer ongerechtvaardigde hoge straffen) moet worden aanvaard. (2) De stelling is deels gebaseerd op een zeker wantrouwen met betrekking tot het rechterlijk beoordelingsvermogen. Ik geef de voorkeur aan een iets te strenge doch heldere norm boven een open begrip, waarbij alle relevante factoren beoordeeld mogen worden. Als dit wantrouwen ongegrond is, dan verdient een normatief opzetbegrip inderdaad de voorkeur. De psychische interpretatie van opzet staat dan in de weg aan het realiseren van legitieme strafdoelen.

Uit het bovenstaande blijkt dat een andere weging van strafdoelen of een groter vertrouwen in het beoordelingsvermogen van rechters tot een andere conclusie kan leiden. Dat geldt in nog sterkere mate als men zich zou beroepen op een stokpaard uit de Groningse School: de delictsafhankelijke interpretatie. In dat geval kunnen de argumenten namelijk per delict worden gewogen. Eerder hebben we gezien dat Brouns meent dat de inhoud van opzet varieert van delict tot delict.³²⁸ Brouns bespreekt echter niet waarom de inhoud van opzet af

³²⁷ Zie paragraaf 3.2.2 over het utilitarisme; zie deze studie, p. 106 e.v. over het positieve retributivisme.

³²⁸ Zie paragraaf 4.3.3. Zelf meen ik dat deze conclusie onjuist is. De jurisprudentie van de afgelopen veertig jaar noopt niet tot de conclusie dat 'willen' en 'weten' bij de door Brouns onderzochte delicten een verschillende betekenis hebben. Zie ook paragraaf 4.3.9.

zou mogen hangen van het delict in kwestie. Gritter bespreekt een mogelijke grondslag.³²⁹ Gritter koppelt de delictsafhankelijke interpretatie aan de doelen van het strafrecht. In zijn optiek mag het belang van effectieve wetshandhaving een rol spelen bij de interpretatie van aansprakelijkheidsvoorwaarden. Gritter spreekt in dit verband van facetaansprakelijkheid.³³⁰

Het lijkt geen twijfel dat delicten bestaan waarbij een psychische interpretatie van opzet in de weg staat aan het realiseren van utilitaristische of positief-retributieve doeleinden.³³¹ Het is de vraag welk gevolg hieraan verbonden moet worden. Mag opzet normatief geïnterpreteerd worden als een psychische interpretatie van opzet (bij bepaalde delicten) in de weg staat aan het realiseren van legitieme strafdoelen? In de onderstaande paragrafen betoog ik dat deze vraag met ‘nee’ beantwoord dient te worden. In mijn optiek pleiten een aantal argumenten tegen deze extensieve interpretatie van opzet. Achtereenvolgens bespreek ik de wetsgeschiedenis, de taalkundige betekenis van ‘opzettelijk’ en twee wetssystematische argumenten. Vervolgens bespreek ik de grenzen van het teleologische argument en het lenitybeginsel (bij twijfel restrictief interpreteren). Ten slotte betoog ik dat het aan de wetgever is maatregelen te treffen.

4.3.8.6 *Originalisme*³³²

Originalisten hechten grote waarde aan de wetshistorische interpretatiemethode. In deze visie is de interpretator van de wet te beschouwen als een getrouwe dienaar van de oorspronkelijke wetgever. De oorspronkelijke bedoeling van de wetgever blijkt doorgaans uit de tekst van de wet, maar bij twijfel mogen andere bronnen geraadpleegd worden.³³³ Posner vergelijkt de relatie tussen rechter en wetgever met die tussen een militair en zijn commandant.³³⁴ Zoals het de plicht van de soldaat is het bevel van zijn commandant op te volgen, zo is het de plicht van de rechter gehoor te geven aan de wil van de wetgever. Het kan

³²⁹ Gritter 2003, ‘Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch ordeningsrecht’, p. 425-440.

³³⁰ Gritter past zijn facetaansprakelijkheidstheorie niet toe op het opzet. Ik bespreek zijn theorie hier, aangezien hij – anders dan Brouns – de delictsafhankelijke interpretatie van een normatieve grondslag voorziet. Zie ook deze studie, p. 207 (voetnoot 369).

³³¹ Zie bijv. Kool 2004, ‘Veranderde zeden? Een overzicht en waardering van recente wetswijzigingen en jurisprudentie betreffende de zedelijkheidswetgeving’. Kool betoogt dat de Hoge Raads strikte interpretatie van het opzetvereiste bij zedendelicten op gespannen voet staat met de door het Europees Hof beoogde bescherming van de seksuele autonomie.

³³² Zie Posner 1983, ‘Statutory interpretation – in the classroom and in the courtroom’; Maltz 1988, ‘Statutory interpretation and legislative power: the case for a modified intentionalist approach’; Farber 1989, ‘Statutory interpretation and legislative supremacy’; Posner 1990, ‘The problems of jurisprudence’; Correia 1992, ‘A legislative conception of legislative supremacy’.

³³³ Tegenstanders van de originalistische methode parodiëren deze visie soms als volgt: als de wetsgeschiedenis onduidelijk is, dan mag de wettekst geraadpleegd worden.

³³⁴ Posner 1990, ‘The problems of jurisprudence’, p. 269-278.

geschieden dat – bijvoorbeeld door gestoorde radiocommunicatie – niet duidelijk is wat het bevel van de commandant precies inhoudt. De soldaat moet zich dan afvragen wat de commandant gewild zou hebben. Volgens Posner geldt hetzelfde voor de rechter die geconfronteerd wordt met een onduidelijke wettekst. De rechter moet zich afvragen op welke wijze de wetgever de tekst geïnterpreteerd zou hebben. Posner spreekt van ‘imaginative reconstruction’.

“I suggest that the task for the judge called upon to interpret a statute is best described as one of imaginative reconstruction. The judge should try to think his way as best he can into the minds of the enacting legislators and imagine how they would have wanted the statute applied to the case at bar. (...) The judge who follows this approach will be looking at the usual things that the intelligent literature on statutory construction tells him to look at – such as the language and apparent purpose of the statute, its background and structure, its legislative history (especially the committee reports and the floor statements of the sponsors), and the bearing of related statutes. But he will also be looking at two slightly less obvious factors. One is the values and attitudes, so far as they are known today, of the period in which the legislation was enacted. (...) It is not the judge’s job to keep a statute up to date in the sense of making it reflect contemporary values; it is his job to imagine as best he can how the legislators who enacted the statute would have wanted it applied to situations that they did not foresee. Second, and in some tension with the first point, the judge will be alert to any sign of legislative intent regarding the freedom with which he should exercise his interpretive function.”³³⁵

Posner betoogt dat de interpretator zich moet verplaatsen in het referentiekader van de toenmalige wetgever. Het is de vraag of de wetgever van 1886 opzet zag of zou hebben gezien als een psychisch begrip. In paragraaf 4.3.4 heb ik Brouns’ duiding van de wetsgeschiedenis besproken. Brouns stelt: “Nergens zijn er in de wetsgeschiedenis aanknopingspunten te vinden waaruit *direct* zou kunnen worden afgeleid, dat de wetgever het opzet zag als een geestesgesteldheid.”³³⁶ Het is de vraag hoe dit stilzwijgen van de wetgever geduid moet worden. Schauer bespreekt in dit verband een interessante hypothese.

“The existence of documentary evidence of legislative intent usually presupposes that there is a real question, since saying something in many contexts presupposes the plausibility of its negation. See JOHN SEARLE, *SPEECH ACTS: AN ESSAY IN THE PHILOSOPHY OF LANGUAGE* 143 (1969) (asserting that it would be odd to say ‘he is breathing’ unless there is some reason to suppose he may have stopped breathing). It is

³³⁵ Posner 1983, ‘Statutory interpretation – in the classroom and in the courtroom’, p. 817-818.

³³⁶ Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’, p. 310. Zie ook Brouns 1988, p. 287-289.

possible, therefore, that where intent was clearest at the time of enactment, there would have been little cause to write it down, and thus there will be no current evidence or documentation of that intent.”³³⁷

Mijn duiding van de wetsgeschiedenis is in lijn met Schauers opmerking. In de memorie van toelichting en de Kamerbehandeling van het Wetboek van Strafrecht wordt de vraag of opzet een psychisch begrip is nergens expliciet aan de orde gesteld. De verklaring daarvoor is simpel: de wetgever had geen reden aan te nemen dat opzet opgevat kon worden als een niet-psychisch begrip. Men dient daarbij in aanmerking te nemen dat het nog geruime tijd zou duren voor de behavioristische theorieën in zwang zouden komen. In 1881 stond buiten kijf dat termen als ‘willen’, ‘weten’ en ‘opzettelijk’ betrekking hebben op de menselijke psyche. De uitkomst van Posners proces van ‘imaginative reconstruction’ laat zich gemakkelijk denken. De wetgever zou de vraag of opzet een psychisch begrip is volmondig met ‘ja’ beantwoord hebben.³³⁸

4.3.8.7 *Tekstualisme*³³⁹

Tekstualisten menen dat de betekenis die de woorden van de wet in het spraakgebruik hebben doorslaggevend dient te zijn. Interpretatie begint én eindigt met de tekst van de wet. Tekstualisten zijn fel gekant tegen het gebruik van buiten de wet gelegen bronnen. Dat geldt in de eerste plaats voor de wetsgeschiedenis. De volgende uitspraak van Holmes geldt als uitgangspunt: “We do not inquire what the legislature meant; we ask only what the statute means.”³⁴⁰ Het is de wet en niet de wetsgeschiedenis die de wetgever heeft aangenomen. In de tweede plaats geldt dat tekstualisten afkerig zijn van de teleologische interpretatiemethode. De belangen en doelen die gediend kunnen worden met de wet mogen in beginsel geen rol spelen bij de interpretatie. Tekstualisten menen dat de taak van de interpretator bestaat uit het blootleggen van de betekenis die oorspronkelijk aan de woorden van de wet werden toegekend. Easterbrook drukt dit als volgt uit.

“Original meaning is derived from words and structure, and perhaps from identifying the sort of problem the legislature was trying to ad-

³³⁷ Schauer 1992, ‘The occasions of constitutional interpretation’, p. 742 (voetnoot 49).

³³⁸ Zie ook paragraaf 4.2.2 en 4.3.4. In paragraaf 4.2.2 bleek dat geen overeenstemming bestond over de vraag welke psychische gesteldheid vereist is.

³³⁹ Zie Easterbrook 1983, ‘Statutes’ domains’; Starr 1987, ‘Observations about the use of legislative history’; Easterbrook 1988, ‘The role of original intent in statutory construction’; Scalia 1989, ‘The rule of law as a law of rules’; Scalia 1997, ‘Common-law courts in a civil-law system: the role of United States Federal Courts in interpreting the Constitution and laws’; Easterbrook 1998, ‘Textualism and the dead hand’; Kozinski 1998, ‘Should reading legislative history be an impeachable offense?’; Easterbrook 2004, ‘Judicial discretion in statutory interpretation’.

³⁴⁰ Holmes 1899, ‘The theory of legal interpretation’, p. 419.

dress. What any member of Congress thought his words would do is irrelevant. We do not care about his mental processes. Meaning comes from the way the words would have had to a skilled user of words at the time, thinking about the same problem.”³⁴¹

Volgens deze opvatting moeten we ons afvragen welke betekenis omstreeks 1886 aan het woord ‘opzettelijk’ (en andere uitdrukkingen van opzet) werd toegekend. De tekstualist kan zich daarbij deels op dezelfde bronnen beroepen als de originalist. De wijze waarop de hoofdrolspelers in de wetsgeschiedenis een bepaald woord bezigen, kan indicatief zijn voor de in die tijd gebruikelijke betekenis. De volgende uitspraak van Kamerlid Des Amorie van der Hoeven zou wel eens representatief kunnen zijn voor de toenmalige (en hedendaagse) spraakgebruikbetekenis van het woord ‘opzettelijk’.³⁴²

“Het zijn namelijk die gevallen, waarin de misdadiger tot zich zelf moet zeggen: ‘ik weet *nagenoeg* zeker, al is het ook niet mijne eigenlijke bedoeling, dat, ten gevolge van mijn misdrijf, velen, misschien zeer velen om het leven zullen komen. Maar die overweging houdt mij in het minst niet terug. Het is niet mijn *opzet* die menschen te doen sterven; het zou mij onverschillig, welligt aangenaam zijn indien zij er het leven mogten afbrengen; maar sneven zij er bij, dan is het mij ook wel, althans ik laat mij daardoor niet van mijne misdaad terughouden.”³⁴³

‘Opzet’ en ‘opzettelijk’ fungeren in het spraakgebruik primair om strevingen aan te duiden. ‘Opzet’ en ‘opzettelijk’ staan in verband met de redenen die ten grondslag liggen aan het menselijk handelen.³⁴⁴ Neem het door het Kamerlid gegeven voorbeeld van de rover die een trein laat ontsporen met het doel de passagiers te kunnen beroven. Er zit niets tegenstrijdigs in de volgende uitspraak van de treinrover. ‘Hoewel ik zeker wist dat ten gevolge van mijn handeling mensen zouden komen te overlijden, was mijn opzet niet gericht op het doden van mensen.’

Opzet in het strafrecht vervult een andere functie dan opzet in het spraakgebruik. Het opzet is een middel om de strafrechtelijke aansprakelijkheid te begrenzen. Het is niet ondenkbaar dat termen als ‘opzet’ en ‘opzettelijk’ in dit discours een andere betekenis hebben. Men zou kunnen verdedigen dat de tekstualist in dit geval het juridische spraakgebruik tot uitgangspunt mag ne-

³⁴¹ Easterbrook 1988, ‘The role of original intent in statutory construction’, p. 61.

³⁴² Zie ook Kuiper, Opprel & Van Malssen 1898, ‘Van Dale’s groot woordenboek der Nederlandsche taal’. ‘Opzet’ wordt omschreven als ‘besluit’, ‘voornemen’, ‘plan’ en ‘bedoeling’. ‘Opzettelijk’ wordt omschreven als ‘voorbereidend’ en ‘met het bepaalde voornemen’.

³⁴³ Smidt II, p. 123. Zie paragraaf 4.2.2.

³⁴⁴ Zie paragraaf 4.4.1 over doelopzet.

men.³⁴⁵ Uit de discussies in de Kamers blijkt dat geen consensus bestond over de invulling van het strafrechtelijk opzet. Enerzijds vatten Des Amorie van der Hoeven en andere Kamerleden opzet beperkt op. Anderzijds vatte een befaamd jurist als Modderman het strafrechtelijk opzet bijzonder ruim op.

Tekstualisten beperken zich niet tot het duiden van de geïsoleerde woordbetekenis. Uiteraard wordt rekening gehouden met de overige woorden in de bepaling. Men houdt echter ook rekening met het feit dat het te interpreteren woord elders voorkomt.³⁴⁶ Neem de volgende drie strafbepalingen uit het Wetboek van Strafrecht anno 1886.³⁴⁷

Hij die opzettelijk een ander van het leven berooft...
 Hij die opzettelijk een dubbel huwelijk aangaat...
 Hij die opzettelijk eenig door misdrijf verkregen voorwerp koopt...

De tekstualist hanteert het uitgangspunt dat gelijkkluidende woorden gelijk geïnterpreteerd moeten worden.³⁴⁸ Bij doodslag is het opzet gericht op een gevolg. Een gevolg wordt gekenmerkt door het feit dat het intreedt door toedoen van de actor. Simpel gezegd: iemand leeft; de actor handelt; iemand is dood. Bij gevolgsdelicten als doodslag is het goed denkbaar ‘opzettelijk’ beperkt te inter-

³⁴⁵ Vgl. Schauer 1988, ‘Formalism’, p. 520-529; Schauer 1990, ‘Statutory construction and the coordinating function of plain meaning’; Schauer 1992, ‘The practice and problems of plain meaning: a response to Aleinikoff and Shaw’. Schauer 1992 maakt onderscheid tussen ‘plain meaning’ en ‘lawyer’s meaning’. Schauer 1992, p. 738-739 stelt: “I do not want to claim that use of plain meaning necessitates interpretation by recourse to the lawyer’s technical usage or to ordinary usage. But given that lawyer’s technical usage is shared by virtually all lawyers, it is not inconsistent with the general thrust of a plain meaning approach that statutes would be read not as a person on the street (or the Clapham omnibus) would read them, but rather as a nonspecialist lawyer would read them. So if my supposition about plain meaning as a coordinating device for members of a multi-member appellate court is correct, then in this context that function could be served by taking ‘plain meaning’ as roughly equivalent to ‘lawyer’s reading of the text.’ The goal here, after all, is to find something that nine American lawyers between the ages of 45 and 85 [de rechters van de Supreme Court, avd] might read the same way, rather than something that those nine lawyers *and* the first hundred names in the District of Columbia telephone directory would read the same way.” De strekking van Schauers betoog is dat het hanteren van de tekstualistische interpretatiemethode wellicht leidt tot meer overeenstemming tussen rechters. In het geval van verschoningsgronden kan nog een ander argument worden gegeven om uit te gaan van de betekenis uit het juridische spraakgebruik. Verschoningsgronden richten zich – anders dan de gedragsregels uit de wet – primair tot de rechter. Vgl. Robinson 2005, ‘Fair notice and fair adjudication: two kinds of legality’. De burger hoeft alleen te weten wat strafbaar is; hoe aansprakelijkheid wordt vastgesteld is minder van belang.

³⁴⁶ Vgl. Eskridge 1990, ‘The new textualism’ en Popkin 1992, ‘An ‘internal’ critique of Justice Scalia’s theory of statutory interpretation’.

³⁴⁷ Zie respectievelijk art. 287 Sr, art. 237 Sr en art. 416 Sr. De tekst van art. 416 Sr is inmiddels gewijzigd.

³⁴⁸ In de onderstaande paragraaf bespreek ik dit uitgangspunt nader (gelijkheidsassumptie).

preteren. Bijvoorbeeld: er is alleen sprake van opzet als de actor handelt om de dood te bewerkstelligen. In paragraaf 4.4.1 duid ik deze beperkte betekenis van opzet aan met de term doelopzet.³⁴⁹ Het veroorzaken van de dood vormt een reden om te handelen. Dit is de spraakgebruikbetekenis waar sommige Kamerleden van uitgingen. Een dergelijke beperkte interpretatie leidt bij bigamie, heling en talloze andere delicten echter tot absurde resultaten. Helers zullen zelden of nooit met doelopzet handelen. Het laat zich slecht denken dat ‘het gestolen zijn van een goed’ de reden tot handelen vormt. Het ligt meer voor de hand dat de heler zekerheidsopzet heeft.³⁵⁰ Hij handelt, hoewel hij weet dat het te verwerven goed gestolen is. Een beperkte interpretatie van ‘opzettelijk’ zou een groot aantal bepalingen in het Wetboek van Strafrecht tot dode letter maken. Tegen deze achtergrond is het goed denkbaar dat de tekstualist zou opteren voor een ruimere interpretatie van opzet. Deze ruime interpretatie geldt dan over de gehele linie, zodat zekerheidsopzet ook volstaat bij doodslag.

Een tekstualist die een consistente opzetinterpretatie voorstaat, zou zekerheidsopzet wellicht onder het strafrechtelijk opzetbegrip kunnen scharen. Aangezien zekerheidsopzet en kansopzet alleen van elkaar verschillen met betrekking tot de voorziene kansgrootte, staat de deur naar een nog ruimere interpretatie op een kier.³⁵¹ Dit lijkt mij echter een brug te ver. In paragraaf 4.2.2 bleek dat Moddermans ruime visie op opzet niet door andere juristen gedeeld werd. Tegen deze achtergrond kan alleen zekerheidsopzet binnen de tekstuele grenzen van het woord ‘opzettelijk’ in het wetboek anno 1886 gebracht worden.³⁵²

Ik laat de vraag of strafrechtelijk opzet uitgebreid kan worden tot voorwaardelijk opzet verder voor wat het is. Het gaat hier alleen om de meer algemene vraag of het tekstualisme het toelaat opzet op te vatten als een normatief, niet-intentioneel begrip.³⁵³ Mag de zin ‘Piet heeft Jan opzettelijk gedood’ zo geïnterpreteerd worden dat geabstraheerd wordt van de psychische gerichtheid van Piet? Het antwoord kan met betrekking tot het prebehavioristische tijdperk van 1886 niet anders dan ontkennend luiden. Een niet-intentionele interpretatie van ‘opzettelijk’ gaat de ‘wortloutgrenze’ ver te buiten. Wat geldt voor 1886

³⁴⁹ Een actor heeft doelopzet op het veroorzaken van een gevolg als hij handelt omdat hij wenst dat het gevolg intreedt en voorziet dat zijn handeling het gevolg kan veroorzaken.

³⁵⁰ Een actor heeft zekerheidsopzet op het veroorzaken van een gevolg als hij handelt terwijl hij met een grote mate van zekerheid voorziet dat zijn handeling het gevolg zal veroorzaken. Zie paragraaf 4.4.1.

³⁵¹ Zie paragraaf 4.4.1 over het verschil tussen zekerheidsopzet en kansopzet. Modderman voert een interessant argument op dat als breekijzer zou kunnen fungeren. Volgens Modderman kan bij bigamie alleen voorwaardelijk opzet feitelijk voorkomen, aangezien de bigaam nooit zekerheid heeft dat zijn vroegere huwelijk nog bestaat. Zie Smidt I, p. 80-83. Merk op dat Modderman ‘zekerheid’ wel erg strikt interpreteert. Bovendien staat gebrek aan zekerheid in de werkelijkheid niet in de weg aan het hebben van psychische zekerheid (het denken dat iets zo is).

³⁵² Zie ook paragraaf 4.3.8.9 over het lenitybeginsel: bij twijfel moet gekozen worden voor de restrictiefste interpretatie.

³⁵³ In paragraaf 4.5.2 bespreek ik het begrip intentionaliteit.

geldt naar mijn mening nog steeds voor 2008. Een opzetbegrip dat niet verwijst naar een psychische gesteldheid treedt buiten de kaders van de Nederlandse taal.³⁵⁴

4.3.8.8 *Wetssystematiek: de verhouding tot strafuitsluitingsgronden en de gelijkheidsassumptie*

Volgens Scholten dient bij de interpretatie van de wet rekening te worden gehouden met de wetssystematiek: iedere wetsbepaling moet steeds in verband met andere worden uitgelegd.³⁵⁵ Dat is in lijn met het in de memorie van toelichting geformuleerde uitgangspunt dat “het gansche wetboek als één harmonisch geheel op te vatten en te verklaren is, en dat elk artikel eerst zijne volle beteekenis bekomt wanneer het met alle andere wordt in verband gebracht.”³⁵⁶ Het belang van systematiek geldt in het bijzonder voor een leerstuk als opzet dat het gehele strafrecht doordrenkt. Hieronder bespreek ik twee systematische aspecten. (1) De verhouding van opzet tot de strafuitsluitingsgronden. (2) De onderlinge verhouding tussen doleuze delicten.

Opzet vs. strafuitsluitingsgronden. Dit systematische argument heb ik boven reeds besproken.³⁵⁷ In het Nederlandse strafrecht gaat de beoordeling van opzet vooraf aan de beoordeling van rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden. Dat duidt erop dat het begrip opzet logisch onafhankelijk is van de begrippen wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid. Een actor kan opzet hebben, hoewel geen sprake is van wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid. Dit systeem verdraagt zich minder goed met een normatief opzetbegrip. Als opzet een normatief begrip is, dan kan opzet worden aangenomen zonder dat sprake is van een geestesgesteldheid. Dat betekent dat bepaalde normatieve factoren het aannemen van opzet rechtvaardigen. Dit normatieve opzetbegrip is ruimer dan het klassieke, psychische opzetbegrip. Het is echter de vraag waarom normatieve factoren niet zouden kunnen nopen tot inperking van het opzetbegrip. Waarom zouden noodweer, noodweerecces, bijna-noodweer of bijna-noodweerecces het opzet niet aantasten? In het geval van de zich verdedigende winkeleigenaar zou men kunnen stellen: hoewel sprake is van psychisch opzet, is geen sprake van normatief opzet.³⁵⁸ Een dergelijke opvatting verdraagt zich slecht met het Nederlandse systeem van strafuitsluitingsgronden. Een normatief opzetbegrip kan

³⁵⁴ Nieboer 1978, ‘Wetens en willens’, p. 27 stelt dat Peters een betekenis aan opzet toekent die vreemd is aan onze taal. Naar zijn mening had Peters uit eerbied voor de taal een ander woord moeten kiezen. Dit lijkt mij een waardevolle suggestie. Ik zou een lans willen breken voor de termen ‘nopzet’ en ‘nopzettelijk’ – een samenstelling van ‘normatief’ en ‘opzet’.

³⁵⁵ Scholten 1974, ‘Mr. C. Asser’s handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel’, p. 44-48.

³⁵⁶ Smidt II, p. 2.

³⁵⁷ Zie paragraaf 4.3.8.4.a. Zie ook paragraaf 4.4.3.3.

³⁵⁸ Zie voor dit voorbeeld deze studie, p. 312.

alleen in het vigerende systeem ingepast worden door te bepalen dat alleen de voor de verdachte nadelige factoren meegewogen mogen worden. Enerzijds geldt dat ernstige verwijtbaarheid noopt tot het aannemen van opzet. Anderzijds geldt dat geringe verwijtbaarheid *niet* noopt tot aantasting van het opzet. Deze opvatting lijkt mij weinig gelukkig.

Opzet vs. opzet. Het woord ‘opzettelijk’ speelt een belangrijke rol in het Nederlandse strafrecht. Circa 170 bepalingen in het Wetboek van Strafrecht worden beheerst door dit bestanddeel. Via een schakelbepaling als art. 2 WED worden vele honderden delicten tot misdrijf verklaard “voor zover zij opzettelijk zijn begaan”. Deze constatering is van belang in verband met een belangrijke interpretatiecanon uit de Angelsaksische rechtsvindingsliteratuur. Deze canon dicteert dat gelijke woorden in beginsel gelijk geïnterpreteerd dienen te worden. Ik duid dit uitgangspunt hier aan met de term gelijkheidsassumptie.³⁵⁹

De gelijkheidsassumptie speelt een belangrijke rol in het tekstualisme, het originalisme en andere visies op interpretatie. Tekstualisten staan een holistische benadering van de lappendeken aan wettelijke bepalingen voor.³⁶⁰ Daarbij wordt gestreefd naar horizontale consistentie: gelijke woorden krijgen een gelijke betekenis. Van dit uitgangspunt wordt alleen afgeweken als de overige woorden van de bepaling nopen tot een afwijkende interpretatie. Originalisten hechten eveneens aan de gelijkheidsassumptie. Vanuit originalistisch perspectief is de tekst van de wet het beste bewijs voor de bedoeling van de wetgever. Men mag ervan uitgaan dat de wetgever gelijke betekenis toekent aan gelijke woorden, tenzij het tegendeel expliciet zou blijken. Een dergelijke afwijking zou bijvoorbeeld kunnen blijken uit de memorie van toelichting. Een verstandig wetgever zou in dat geval natuurlijk kiezen voor een ander woord of zou een definitie in de wet opnemen. In de memorie van toelichting bij het Wetboek van Strafrecht van 1886 zijn geen aanwijzingen te vinden dat ‘opzettelijk’ in de ene bepaling anders opgevat moet worden dan ‘opzettelijk’ in de andere bepaling. De Staatscommissie heeft ervoor gekozen geen definitie van opzet in het wetboek op te nemen. De commissie achtte het voldoende de betekenis van opzet in de memorie van toelichting uiteen te zetten. Uit de toelichting wordt echter niet duidelijk welke betekenis aan opzet moet worden toegekend. Er blijkt pri-

³⁵⁹ Zie over dit uitgangspunt: Miller 1990, ‘Pragmatics and the maxims of interpretation’; MacCormick & Summers 1991, ‘Interpretation and justification’; Amar 1999, ‘Intratextualism’; Cross 2004, ‘The theory and practice of statutory interpretation in the Supreme Court’; Siegel 2005, ‘The polymorphic principle and the judicial role in statutory interpretation’; Marx 2007, ‘How to construe a hybrid statute’. Er zijn verschillende benamingen voor het uitgangspunt in zwang. Zie Miller 1990 (maxim of in pari materia); MacCormick & Summers 1991 (argument from contextual harmonization); Amar 1999 (rulebook-like intratextualism); Cross 2004 en Marx 2007 (presumption of consistent usage); Siegel 2005 (unitary principle).

³⁶⁰ Vgl. Eskridge 1990, ‘The new textualism’ en Popkin 1992, ‘An ‘internal’ critique of Justice Scalia’s theory of statutory interpretation’.

mair uit dat opzet alleen gericht hoeft te zijn op de bestanddelen in de delictsomschrijving (verwerping boos opzet). De volgende passage heeft betrekking op de wijze waarop opzet door de ontwerper is uitgedrukt.

“Op het gebied der codificatie vinden wij alzoo drie stelsels omtrent het begrip van het opzet (...). Tusschen de drie stelsels (...) moet de wetgever eene keuze doen bij *de omschrijving der bijzondere misdrijven*, en die keuze moet zich openbaren in het gebruik van hetzelfde woord om, het geheele wetboek door, hetzelfde begrip uit te drukken. De weifelende terminologie van den C. P. die de uitdrukkingen *volontairement*, *sciemment*, *à dessein* enz. dooreen gebruikt, worde zorgvuldig vermeden. Om een einde te maken aan de verwarring die omtrent dit leerstuk in de rechtspraak heerscht, is voor alles consequentie van begrip en vastheid van uitdrukking bij den wetgever noodig. (...) Bij *deze* opvatting van ‘het opzet’ is het niet noodig, daarover eene algemeene bepaling in het algemeene deel van het wetboek op te nemen. Men heeft dan alleen onder de bewerking van het bijzondere deel zich bij ieder misdrijf de vraag te stellen: is opzet daarvoor een bepaald vereischte? Zoo ja, men zal, daar waar dit niet reeds van zelf uit den aard van het feit en de taalkundige beteekenis der tot omschrijving daarvan gebezigde woorden blijkt, dit vereischte moeten uitdrukken door het woord *opzettelijk*. Dit is in het ontwerp dan ook met zorg gedaan (...).”³⁶¹

Het heeft er alle schijn van dat de ontwerper van het wetboek opzet als een algemeen leerstuk zag. Dat betekent dat de originalist tot dezelfde conclusie zal komen als de tekstualist. De rechter is gehouden horizontale consistentie te betrachten bij het interpreteren van het bestanddeel ‘opzettelijk’. Neem de volgende twee bepalingen.

Hij die opzettelijk een ander van het leven berooft...
Hij die opzettelijk een dubbel huwelijk aangaat...

Een consistente interpretatie van opzet brengt mee dat wat geldt als opzet in de ene bepaling *mutatis mutandis* geldt als opzet in de andere bepaling. De overeenkomst tussen de bepalingen wordt gevormd door de vereiste opzet-act. Het verschil wordt gevormd door het vereiste opzet-object.³⁶² Bij doodslag moet de opzet-act gericht zijn op ‘het van het leven beroofd hebben van een ander’. Bij bigamie moet de opzet-act gericht zijn op ‘het dubbel gehuwd zijn’. Het verschil tussen de vereiste geestesgesteldheden wordt uitsluitend gevormd door het object van de voorstelling.

De gelijkheidsassumptie noopt ertoe het opzet als een algemeen leerstuk op te vatten. De argumenten die voor (of tegen) een psychisch opzetbegrip plei-

³⁶¹ Smidt I, p. 76-78.

³⁶² In paragraaf 4.5.2 bespreek ik de begrippen opzet-act en opzet-object.

ten, gelden voor het gehele leerstuk. Het enkele feit dat een psychische interpretatie van opzet in een bepaald delict haaks staat op utilitaristische of positief-retributieve doelen, brengt niet mee dat opzet in dat delict normatief geïnterpreteerd mag worden. In een dergelijk geval is het aan de wetgever het doleuze bestanddeel uit de bepaling te verwijderen.

4.3.8.9 *De grens van teleologie en het lenitybeginsel*

Tot nu toe heb ik vijf argumenten besproken die pleiten voor een psychische interpretatie van opzet. Ik vat deze argumenten samen. (1) Teleologisch. Dit argument is gebaseerd op een vergelijking tussen een heldere norm (psychisch opzet) en een flexibele norm (normatief opzet). Een normatief opzetbegrip leidt tot meer gerechtvaardigde hoge straffen (voordeel), maar ook tot meer ongerechtvaardigde hoge straffen (nadeel). Dit voordeel weegt mijns inziens niet op tegen het nadeel. (2) Originalistisch. Een psychisch opzetbegrip stemt overeen met de bedoeling van de wetgever van 1886. (3) Tekstualistisch. Een normatieve interpretatie van opzet valt buiten de taalgrenzen van 1886 en 2008. (4) Systematisch. Een normatieve interpretatie van opzet verdraagt zich slecht met het vigerende systeem van strafuitsluitingsgronden. (5) Systematisch. De gelijkheidsassumptie dicteert dat gelijke woorden in beginsel gelijk geïnterpreteerd moeten worden. Tegen de achtergrond van de bovengenoemde argumenten geniet het de voorkeur ‘opzettelijk’ over de gehele linie psychisch te interpreteren.

Het eerste, teleologische argument berust op de stelling dat het goed is opzet psychisch te interpreteren. Deze stelling berust op twee uitgangspunten die voor betwisting vatbaar zijn.³⁶³ (1) De stelling is gebaseerd op het uitgangspunt dat het vermijden van ongerechtvaardigde hoge straffen zwaarder weegt dan het kunnen realiseren van gerechtvaardigde hoge straffen. Dit uitgangspunt kan betwist worden vanuit utilitaristisch en positief-retributief perspectief. De utilitarist zou kunnen betogen dat de belangen van speciale preventie, generale preventie en het vermijden van maatschappelijke onrust zwaar gewogen moeten worden. De positieve retributivist zou kunnen betogen dat de plicht verdiende straf op te leggen zwaar gewogen moet worden. Men zou aldus van mening kunnen zijn dat het nadeel van een normatief opzetbegrip (meer ongerechtvaardigde hoge straffen) moet worden aanvaard. (2) De stelling is deels gebaseerd op een zeker wantrouwen met betrekking tot het rechterlijk beoordelingsvermogen. Ik geef de voorkeur aan een iets te strenge doch heldere norm boven een open begrip, waarbij alle relevante factoren beoordeeld mogen worden. Als dit wantrouwen ongegrond is, dan verdient een normatief opzetbegrip inderdaad de voorkeur. De psychische interpretatie van opzet staat dan in de weg aan het realiseren van legitieme strafdoelen.

³⁶³ Deze kwestie is reeds besproken in paragraaf 4.3.8.5.

Dergelijke tegenwerpingen winnen aan kracht als de gelijkheidsassumptie wordt losgelaten. Er zijn ongetwijfeld delicten waarbij een psychische interpretatie van opzet in de weg staat aan het realiseren van utilitaristische of positief-retributieve doeleinden. Laten we nu eens aannemen dat de bovenstaande tegenargumenten succesvol zijn. Dat betekent dat een normatieve interpretatie van opzet – hetzij bij alle delicten, hetzij bij sommige delicten – de voorkeur verdient boven een psychische interpretatie van opzet. Mag opzet dan normatief geïnterpreteerd worden?

Het antwoord op deze vraag hangt samen met de wijze waarop men het legaliteitsbeginsel duidt. Welke waarde hecht men aan de diverse interpretatiemethoden? Het gaat in dit verband vooral om de verhouding tussen het tekstualistische en het teleologische perspectief. Ik ga uit van de opvatting dat de tekst van de wet de uiterste grenzen van de strafrechtelijke interpretatievrijheid aangeeft. Originalistische en teleologische argumenten mogen alleen een rol spelen voor zover de bewoordingen van de wet dat toelaten.³⁶⁴ Dat laat onverlet dat de tekst van de wet vaak ruimte laat voor meerdere interpretaties. Het primaat van de tekstualistische methode brengt echter mee dat de vraag óf interpretatieruimte bestaat niet moet worden gestuurd door originalistische of teleologische overwegingen. Men mag niet zeggen: gezien de wetsgeschiedenis of de aan de bepaling ten grondslag liggende doelen is sprake van onduidelijkheid.

In paragraaf 3.3.4 en 4.3.2 hebben we gezien dat Peters uitgang van een andere benaderingswijze. Peters laat de betekenis van wetstermen afhangen van de doelen die volgens hem ten grondslag liggen aan de bepalingen. Peters herleidt de schuld tot de noodzaak van preventie. Er is sprake van schuld als verwacht mag worden dat het opleggen van straf een preventief effect heeft. Ik heb deze van het (juridische) spraakgebruik afwijkende betekenis aangeduid als «schuld». Peters' visie met betrekking tot opzet wijkt eveneens af van het (juridische) spraakgebruik. Volgens Peters is sprake van opzet als de gedraging van de actor een bepaalde sociale betekenis heeft: de psychische gesteldheid doet niet ter zake. Ik spreek in dat geval van «opzet». De door Peters verdedigde interpretaties van schuld en opzet zijn naar mijn mening in strijd met het legaliteitsbeginsel. Het herleiden van schuld tot utiliteit en het herleiden van opzet tot sociale betekenis valt buiten het tekstuele bereik van de in de wet neergelegde woorden.

Althans, zo meen ik. In mijn optiek is intentionaliteit – de psychische gerichtheid op een object – een wezenskenmerk van opzet.³⁶⁵ Ik moet echter onder ogen zien dat verstandige juristen soms een andere mening zijn toegeedaan. De laatste vijftig jaar zijn vijf proefschriften (deels) aan dit onderwerp ge-

³⁶⁴ Dat kan uitzondering lijden als de tekstualistische methode, die overigens niet behelst dat woorden letterlijk opgevat moeten worden, tot absurde resultaten zou leiden. Vgl. Manning 2003, 'The absurdity doctrine'. Uiteraard mogen schrijffouten ook buiten beschouwing gelaten worden.

³⁶⁵ In paragraaf 4.5.2 bespreek ik het begrip intentionaliteit.

wijd.³⁶⁶ Ik vind Vellinga en Strijards aan mijn zijde. Ter Heide, Peters en Brouns verdedigen echter dat opzet geen betrekking heeft op een geestesgesteldheid. De auteurs lijken van mening te zijn dat deze visie zich verdraagt met de taalkundige betekenis van de gebruikte termen. Ik wil nu de volgende vraag aan de orde stellen. Welke interpretatie van opzet verdient de voorkeur ingeval voor beide interpretaties redelijke argumenten zijn aan te voeren?³⁶⁷ Beantwoording van deze vraag vereist een beslissingsmethodiek voor moeilijke gevallen. Wat moeten wetenschappers of rechters doen als geen overeenstemming bereikt kan worden over de beantwoording van een moeilijke strafrechtelijke rechtsvraag? Hieronder betoog ik dat in dat geval geopteerd moet worden voor de restrictiefste interpretatie.

Ik zoek hierbij aansluiting bij een interpretatiecanon uit het Amerikaanse strafrecht: 'the rule of lenity'.³⁶⁸ Het lenitybeginsel dicteert dat strafbepalingen restrictief geïnterpreteerd moeten worden in het voordeel van de verdachte. Het lenitybeginsel berust op een aantal, met elkaar samenhangende grondslagen. (1) Billijke waarschuwing. Burgers moet een billijke gelegenheid worden geboden aan de hand van de wet vast te stellen wat strafbaar is. Deze grondslag laat zich minder goed toepassen op subjectieve bestanddelen dan op objectieve bestanddelen.³⁶⁹ Men zou kunnen stellen dat verschoningsgronden zich primair tot de rechter richten. Simpel gezegd: de burger moet kunnen zien dat het invoeren van cocaïne onder de Opiumwet valt; hoe de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid precies worden getrokken, is minder relevant voor gedragsbeïnvloeding. (2) Beteugeling discretie. Het lenitybeginsel zorgt ervoor dat het domein van acceptabele interpretaties wordt ingeperkt. Dat vergroot de kans dat verschillende rechters tot hetzelfde oordeel geraken, zodat de coherentie wordt bevorderd. Bovendien vinden veranderingen in het recht slechts geleidelijk plaats. Ten slotte dwingt een restrictief interpretatiebeleid de wetgever heldere wetten te maken. (3) Suprematie wetgever. Het beteugelen van rechter-

³⁶⁶ Zie Ter Heide 1965, 'Vrijheid. Over de zin van de straf'; Peters 1966, 'Opzet en schuld in het strafrecht'; Vellinga 1982, 'Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld'; Strijards 1983, 'Facetten van dwaling in het strafrecht'; Brouns 1988, 'Opzet in het wetboek van strafrecht'.

³⁶⁷ Vgl. Dworkin 1998, 'Law's empire', p. 352: "We will not call a statute unclear unless we think there are decent arguments for each of two competing interpretations of it."

³⁶⁸ Zie Packer 1968, 'The limits of the criminal sanction', p. 91-102; Miller 1990, 'Pragmatics and the maxims of interpretation'; Shapiro 1992, 'Continuity and change in statutory interpretation'; Solan 1993, 'The language of judges', p. 64-92; Newland 1994, 'The mercy of Scalia: statutory construction and the rule of lenity'; Kurzweil 1996, 'Criminal and civil RICO: traditional canons of statutory interpretation and the liberal construction clause'; Scalia 1997, 'Common-law courts in a civil-law system: the role of United States Federal Courts in interpreting the Constitution and laws'; Solan 1998, 'Law, language, and lenity'; Price 2004, 'The rule of lenity as a rule of structure'; Note Harvard Law Review 2006, 'The new rule of lenity'.

³⁶⁹ Vgl. Robinson 2005, 'Fair notice and fair adjudication: two kinds of legality'.

lijke discretie hangt samen met de verhouding tussen wetgever en rechter. Het originalisme en het tekstualisme berusten op de gedachte dat de democratische legitimatie van rechterlijke beslissingen gevormd wordt door de bedoeling van de wetgever of de tekst van de wet. Gezien het ingrijpende karakter van het strafrecht, mag iemand alleen strafrechtelijk aansprakelijk worden gehouden als dat expliciet wordt gedekt door het mandaat van de wetgever. Het lenitybeginsel verkleint de kans dat de rechter zijn mandaat overschrijdt. Als de restrictieve interpretatie niet strookt met de wens van de huidige wetgever, dan dient de wetgever over te gaan tot aanpassing van de wet.

Het lenitybeginsel dicteert niet dat in alle gevallen geopteerd moet worden voor de restrictiefste interpretatie. Het beginsel moet alleen worden toegepast als er meerdere plausibele kandidaten zijn. Het lenitybeginsel vervult dan de functie van tie-breaker: bij redelijke twijfel wordt gekozen voor het minst ingrijpende alternatief. De Amerikaanse Supreme Court heeft het lenitybeginsel weleens ingeroepen om het inlezen van subjectieve bestanddelen in een bepaling te rechtvaardigen.³⁷⁰ De assumptie daarbij is dat de wetgever niet bedoeld kan hebben het straffen zonder opzet of schuld mogelijk te maken.³⁷¹ In Nederland heeft de Hoge Raad ook weleens subjectieve bestanddelen in een delicts-

³⁷⁰ Zie Brown 1998, 'Plain meaning, practical reason, and culpability: toward a theory of jury interpretation of criminal statutes'; Tromble 1999, 'Humpty Dumpty on mens rea standards: a proposed methodology for interpretation'; Wiley 1999, 'Not guilty by reason of blamelessness: culpability in federal criminal interpretation'; Price 2004, 'The rule of lenity as a rule of structure'. Zie *United States v. United States Gypsum Company*, 438 U.S. 422, 437 (1978): "We start with the familiar proposition that '[t]he existence of a *mens rea* is the rule of, rather than the exception to, the principles of Anglo-American criminal jurisprudence.' (...) This Court, in keeping with the common-law tradition and with the general injunction that 'ambiguity concerning the ambit of criminal statutes should be resolved in favor of lenity,' (...) has on a number of occasions read a state-of-mind component into an offense even when the statutory definition did not in terms so provide. (...) Indeed, the holding in *Morrisette* can be fairly read as establishing, at least with regard to crimes having their origin in the common law, an interpretative presumption that *mens rea* is required. '[M]ere omission . . . of intent [in the statute] will not be construed as eliminating that element from the crimes denounced'; instead Congress will be presumed to have legislated against the background of our traditional legal concepts which render intent a critical factor, and 'absence of contrary direction [will] be taken as satisfaction with widely accepted definitions, not as a departure from them.' (...) Certainly far more than the simple omission of the appropriate phrase from the statutory definition is necessary to justify dispensing with an intent requirement." De vierkante haakjes en de daarin geplaatste tekst komen uit het origineel.

³⁷¹ Merk op dat het inlezen van subjectieve bestanddelen op gespannen voet kan staan met het tekstualisme. Vaak laat de tekst van de wet echter nog wel enige ruimte. Wiley 1999, 'Not guilty by reason of blamelessness: culpability in federal criminal interpretation', p. 1069 citeert een strafbepaling uit Colorado waarin de wetgever zijn bedoeling duidelijk heeft kenbaar gemaakt: "This is a strict liability crime." Zie HR 14 februari 1916, NJ 1916, p. 681 (Melk en water) waarin de Hoge Raad overwoog dat de wetgever een beroep op afwezigheid van schuld kan uitsluiten.

omschrijving ingelezen.³⁷² Bovendien kan gewezen worden op de ongeschreven schulditsluitingsgrond avas.

Het lenitybeginsel geldt in het strafrecht, doch niet in het privaatrecht. In het privaatrecht staan andere belangen centraal dan in het strafrecht. In een rechtsstrijd tussen burgers is het niet billijk de interpretatievrijheid van de rechter eenzijdig in te perken. In dat geval zouden de rechten van de ene burger minder zwaar worden gewogen dan de rechten van de andere burger. Dit valt niet te rechtvaardigen. In het strafrecht liggen de zaken anders. In een strafgeding staat de vraag centraal of de staat de vrijheid van de verdachte mag inperken om utilitaristische of retributieve doelen te verwezenlijken. De verhouding tussen de staat en de verdachte is anders dan de verhouding tussen twee partijen in een civiel geding. De verdachte heeft recht op een vrijspraak als zijn gedraging niet onder de strafwet gebracht kan worden. De staat heeft echter geen recht op een veroordeling als de gedraging van de verdachte wél onder de strafwet gebracht kan worden. Tegen deze achtergrond valt te billijken dat het domein van acceptabele interpretaties eenzijdig wordt ingeperkt in het voordeel van de verdachte. De staat heeft geen recht op het verwezenlijken van utiliteit of retributie in concreto. Het lenitybeginsel staat niet of nauwelijks in de weg aan het realiseren van utiliteit of retributie in het algemeen. Als de wetgever meent dat de restrictieve interpretatie haaks staat op utilitaristische of retributieve doelen, dan kan hij de wet wijzigen.³⁷³

³⁷² Zie bijv. HR 1 maart 1955, NJ 1956, 2 (art. 30 WVV 1935); HR 10 juni 1986, NJ 1987, 85 (Vuurwapenwet 1919); HR 13 maart 2007, NJ 2007, 166 (art. 163 lid 2 WVV).

³⁷³ De in deze alinea verdedigde visie is gebaseerd op de visie van Dworkin. Dworkin besteedt slechts zelden aandacht aan de interpretatie van het strafrecht. Zie echter Dworkin 1978, 'Taking rights seriously. New impression with a reply to critics', p. 100 over de asymmetrie van de rechtentese in het strafrecht en Dworkin 1998, 'Law's empire', p. 143 over het unilaterale karakter van het strafrecht. Zie ook Stick 1986, 'Literary imperialism: assessing the results of Dworkin's interpretative turn in law's empire'. In 2002 was ik aanwezig bij een door John Griffiths georganiseerd colloquium, waar Dworkin een voordracht hield. Dworkin ging in op de interpretatie van het strafrecht naar aanleiding van een presentatie over HR 6 februari 2001, NJ 2001, 498 (interpretatie Vuurwerkbesluit). Ik citeer uit mijn aantekeningen. "Criminal cases should be narrowly interpreted in favor of the accused. One can protect safety as well by saying 'legislator made a mistake'. It's not up to the court to rewrite criminal law. Criminal law should more or less be understood as the accused would if he were to read the statute straight. In civil cases it's different. [vraag: So in criminal cases the goal of integrity is restrained in favor of narrow interpretation?] Yes, even stronger in criminal cases; it's part of the goal of integrity. Criminal law is always dominated by legality." De strekking van Dworkin's betoog is denk ik dat de rechten van burgers het meest gediend zijn bij een restrictieve interpretatie van de strafwet. De constructieve interpretatie van het strafrecht wordt gestuurd door het legaliteitsbeginsel. Bij redelijke twijfel over de toe te passen interpretatie dient in het voordeel van de verdachte te worden beslist, aangezien daardoor geen recht van de staat wordt geschonden. Zie over 'the value of legality' het tijdens het colloquium besproken artikel: Dworkin 2004, 'Hart's postscript and the character of political philosophy'. Het is interessant deze visie af te zetten tegen de visie van Rozemond. Zie m.n. Rozemond 1998,

Ik keer terug naar de eerder door mij opgeworpen vraag. Welke interpretatie van opzet verdient de voorkeur ingeval voor beide interpretaties redelijke argumenten zijn aan te voeren? Ik ben van mening dat de beslissing gedicteerd moet worden door het lenitybeginsel. Als binnen de rechtspraak of wetenschap geen overeenstemming kan worden bereikt over de beantwoording van een moeilijke strafrechtelijke rechtsvraag, dan moet geopteerd worden voor de restrictiefste interpretatie.³⁷⁴ Een psychisch opzetbegrip vereist intentionaliteit: de psychische gerichtheid op een object. Een normatief opzetbegrip vereist geen intentionaliteit: er kan opzet aangenomen worden, hoewel geen sprake is van

‘Strafvorderlijke rechtsvinding’, p. 337-404 en Rozemond 1999, ‘Legaliteit in het materiële strafrecht’. Rozemond neemt in twee opzichten afstand van Dworkin. (1) De rechter mag bij de interpretatie rekening houden met beleidsdoelen. (2) De rechtentese is wél integraal van toepassing op het strafrecht. Het gevolg van deze visie is dat men zou kunnen betogen dat slachtoffers van misdaad en/of de maatschappij recht hebben op bescherming van hun belangen. Dat betekent dat in een strafgeding – net als in het privaatrecht – ook twee belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen. Simpel gezegd: het slachtoffer van een vermeend zedenmisdrijf en/of de potentiële slachtoffers van dergelijke gedragingen hebben recht op een extensieve interpretatie van de wettekst. De verdachte heeft recht op een interpretatie die valt binnen de grenzen van het legaliteitsbeginsel; de kans daarop is groter als de wet restrictief wordt uitgelegd. Als Rozemonds visie wordt aanvaard, dan staat de validiteit van het lenitybeginsel ter discussie. Een restrictieve interpretatie behelst dan immers een schending van de rechten van het slachtoffer en/of de maatschappij. Er bestaan twee mogelijke bezwaren tegen de visie van Rozemond. (1) Utilitaristische doeleinden kunnen óók worden verwezenlijkt door een restrictieve interpretatie. De wetgever kan de wet aanpassen na een ongewenste vrijspraak. Bovendien wordt hij gestimuleerd heldere wetten te maken. Vgl. Price 2004, ‘The rule of lenity as a rule of structure’. (2) De deontologische poot van Rozemonds betoog veronderstelt de validiteit van het positieve retributivisme (zie Rozemond 1998, p. 371-379). In paragraaf 3.4.5 en 3.4.10 heb ik het positieve retributivisme bestreden: in mijn optiek heeft de staat (of het slachtoffer) geen recht op vergelding van onrecht. Rozemonds prikkelende visie verdient meer aandacht dan ik hier kan geven. Vooralsnog ben ik er niet van overtuigd dat de belangen van de maatschappij nopen tot uitbreiding van de interpretatievrijheid in het strafrecht.

³⁷⁴ Het lenitybeginsel belichaamt een vorm van bescheidenheid met betrekking tot het eigen oordeelsvermogen. Een rechter die de grondgedachte van het lenitybeginsel onderschrijft, zou kunnen zeggen: ‘Hoewel ik denk dat interpretatie X de voorkeur verdient, opteer ik toch voor interpretatie Y, aangezien ik onder ogen zie dat ik het mis kan hebben. Ik acht het onjuist dat de verdachte de dupe wordt van mijn foute inschatting.’ Dit geldt ook voor de meervoudige rechtspraak. Een rechtscollege waarbij drie van de vijf rechters menen dat de extensieve interpretatie juist is, zou nochtans kunnen opteren voor de restrictieve interpretatie die door de minderheid voor juist wordt gehouden. Ten slotte geldt het voor wetenschappers. Zij kunnen zeggen: ‘Hoewel ik interpretatie X voor juist houd, adviseer ik de rechtspraak uit te gaan van interpretatie Y.’ Iets dergelijks zou bijvoorbeeld kunnen gelden met betrekking tot de door mij in paragraaf 4.3.5 opgevoerde minimalistische benadering van opzet bij rechtspersonen. Zie Hofstee 1999, ‘Principes van beoordeling. Methodiek en ethiek van selectie, examinering en evaluatie’, p. 57-68 over het feit dat oordelen van mensen veel minder met elkaar overeenstemmen dan gedacht wordt. Tegen deze achtergrond lijkt het niet onverstandig rekening te houden met de mogelijkheid dat andere mensen uitgaan van een andere opvatting.

een psychische gesteldheid. Het lenitybeginsel brengt mee dat een psychisch opzetbegrip de voorkeur verdient. Een normatief opzetbegrip leidt immers eerder tot het aannemen van opzet.³⁷⁵ Hierbij kan bovendien in aanmerking worden genomen dat een beslissing over de interpretatie van opzet verstrekkende consequenties heeft. Het aanvaarden van normatief opzet leidt tot een ruimere strafrechtelijke aansprakelijkheid met betrekking tot alle doleuze delicten.³⁷⁶ Deze verre gaande consequenties vormen een extra reden voor rechterlijke terughoudendheid.

4.3.8.10 Besluit

Hieronder vat ik de bovenstaande paragrafen kort samen. Achtereenvolgens bespreek ik (1) controle; (2) het retributivisme; (3) laakbaarheid en gerechtvaardigde straf; en (4) interpretatie. Tot slot betoog ik dat de wetgever zich bewust moet zijn van de met een culpose norm gepaard gaande nadelen.

Controle. Het controleprincipe brengt mee dat het belangrijk is burgers veel controle te bieden als hoge straffen opgelegd kunnen worden. Een psychische interpretatie van opzet voorziet in deze behoefte. De aan elke opzet-act ten grondslag liggende voorstelling van het opzet-object is te beschouwen als een soort intrapsychisch waarschuwingsbord. **PAS OP: ONHEIL!** De voorstelling attendeert de actor op het mogelijk intreden van een strafrechtelijk relevant voorval. Dit constitueert doorgaans een billijke gelegenheid het voorval te voorkomen. Een normatieve interpretatie van opzet slaat geen acht op dit waarschuwingsmechanisme. Vanuit het controleperspectief verdient een psychische interpretatie van opzet daarom de voorkeur.

Retributivisme. Psychisch opzet is hét aangrijpingspunt van de retributieve straftheorie. Dat blijkt duidelijk uit de retributieve twijfels met betrekking tot de strafwaardigheid van schuld. De retributieve grondslag van straf wordt enkel gevormd door de kwade gezindheid van de actor. Opzet is de sterkste indicator van deze kwade gezindheid. De actor die opzettelijk een slecht gevolg veroorzaakt, pleegt in tweeërlei zin onrecht – in het echt én in zijn hoofd. Het is met name dit psychische onrecht dat de plicht om te boeten doet ontstaan.

³⁷⁵ Dat is niet noodzakelijkerwijs het geval. Een normatief opzetbegrip zou ertoe kunnen nopen geen opzet aan te nemen bij geringe verwijtbaarheid, hoewel wél sprake is van psychisch opzet. Daarbij kan gedacht worden aan gevallen van (bijna-)noodweer dan wel (bijna-)noodweereces. Deze interpretatie leidt tot een rechtssystematisch probleem, aangezien de strafuitsluitingsgronden dan ook bij doleuze delicten bij de eerste materiële vraag aan de orde komen (zie paragraaf 4.3.8.8). Ik beschouw dit niet als een plausibel interpretatie-alternatief.

³⁷⁶ Ik ga hierbij uit van de gelijkheidsassumptie (zie paragraaf 4.3.8.8). Als uitgegaan wordt van een delictsafhankelijke benadering, dan zou men per delict kunnen beslissen of opzet normatief moet worden geïnterpreteerd. In paragraaf 4.3.9 bespreek ik de onwenselijkheid van deze benadering.

Laakbaarheid en gerechtvaardigde straf. Het verband tussen opzet en laakbaarheid blijkt uit de volgende stelregel. Een actor die een bepaald slecht gevolg met opzet veroorzaakt, is ceteris paribus nooit minder laakbaar dan een actor die dat gevolg zonder opzet veroorzaakt. Opzet is een cruciale factor in het determineren van laakbaarheid, maar het is niet de enige factor. De Hullu legt een teer punt van de psychische opzettheorie bloot. Een psychische interpretatie van opzet staat soms in de weg aan het opleggen van een gerechtvaardigde straf. De normatieve opzettheorie lijdt niet aan dat euvel. Alle factoren die betrekking hebben op laakbaarheid of controle kunnen door de rechter beoordeeld worden. Deze benadering heeft een voordeel (meer gerechtvaardigde hoge straffen) en een nadeel (meer ongerechtvaardigde hoge straffen). Dit nadeel is het gevolg van de beoordelingsmoeilijkheden die gepaard gaan met een open begrip als normatief opzet. In mijn optiek dient dit nadeel zwaar te wegen. Een psychisch opzetbegrip minimaliseert de fouten die in het strafrecht zwaar wegen – de ongerechtvaardigde hoge straf. Dat daardoor incidenteel iemand zijn gerechtvaardigde straf ontloopt, dient voor lief genomen te worden.

Interpretatie. Het bovenstaande behelst een weerlegbaar teleologisch argument voor een psychische interpretatie van opzet. Een andere weging van strafdoelen of een groter vertrouwen in het rechterlijk beoordelingsvermogen kunnen nopen tot de conclusie dat het beter is opzet (bij bepaalde delicten) normatief te interpreteren. Mag dit? Een normatieve interpretatie van opzet is in strijd met de bedoeling van de wetgever, het staat op gespannen voet met het stelsel van strafuitsluitingsgronden en het valt buiten de taalgrenzen van 1886 en 2008. Deze argumenten winnen aan kracht door de gelijkheidsassumptie: gelijke woorden moeten gelijk geïnterpreteerd worden. Mocht men menen dat beide interpretaties plausibel zijn, dan noopt het lenitybeginsel tot de restrictiefste interpretatie. Al met al verdient een psychische interpretatie van opzet de voorkeur.

Ik concludeer aldus dat opzet psychisch geïnterpreteerd moet worden. Teleologische argumenten mogen niet leiden tot een normatieve interpretatie van opzet. Als het opzetvereiste bij een bepaald delict haaks staat op retributieve of utilitaristische doelen, dan is het aan de wetgever om maatregelen te treffen. De wetgever kan een culpose bepaling introduceren of hij kan het strafmaximum van een reeds bestaande bepaling verhogen. Bij deze afweging dient acht geslagen te worden op de in paragraaf 4.3.8.4 geschetste nadelen van een normatief opzetbegrip. Een open begrip als schuld biedt de rechter de vrijheid alle mogelijk relevante factoren in de beoordeling te betrekken. De open norm kán altijd tot een rechtvaardige uitkomst leiden, maar is dat in de praktijk ook zo? Zijn rechters in staat de talloze relevante normatieve factoren adequaat tegen elkaar af te wegen? Komen verschillende rechters die een vergelijkbare zaak beoordelen aan de hand van een open norm wel tot hetzelfde resultaat? Biedt een open

norm niet te veel ruimte aan de hardnekkige psychologische biases in het na-deel van de verdachte? De wetgever dient zich af te vragen of hij de met een culpose norm gepaard gaande beoordelingsvrijheid wel aan de rechter wil geven. De doleuze norm heeft als voordeel dat de rechter zich alleen hoeft te buigen over de belangrijkste factor met betrekking tot controle en laakbaarheid: opzet. Talloze factoren, die al dan niet van belang zijn, worden van beoordeling uitgesloten. Dat brengt mee dat alleen gestraft kan worden als buiten redelijke twijfel staat dat sprake is van opzet. Soms zullen daardoor legitieme strafdoelen niet gerealiseerd kunnen worden. Dat valt te betreuren. Daar staat echter tegenover dat het aantal ongerechtvaardigde straffen minder zal zijn. Dit vermogen het aantal onterechte straffen te beperken, vormt de stille kracht van de doleuze norm. De wetgever dient zich daarvan terdege bewust te zijn.

4.3.9 Vooruitblik: I have a dream...

Ik droom van een eenvormig opzetbegrip. In die visie is opzet een algemeen leerstuk. Dit leerstuk wordt vervolgens toegepast op bijzondere delicten. Deze algemene benadering is tegenwoordig wat uit de gratie geraakt. In recente handboeken en artikelen wordt verkondigd dat opzet varieert van delict tot delict. Deze differentiatie zou tot uitdrukking komen in de componenten ‘willen’ en ‘weten’. Bij het ene delict ligt de nadruk op ‘willen’; bij het andere delict ligt het accent op ‘weten’. Deze delictsafhankelijke benadering is terug te voeren op het proefschrift van Brouns. Brouns laat zich negatief uit over pogingen opzet te behandelen “alsof het een leerstuk uit het algemeen deel betrof”.³⁷⁷ In de onderstaande passage gaat Brouns in op de familie van het opzet.

“Het lijkt erop dat de pogingen die in de dogmatiek zijn ondernomen om tot een begrip te komen van *één gelijkvormig opzet* gedoemd zijn te mislukken. Onderzoek van wetsgeschiedenis en rechtspraak toont aan dat het opzet kan variëren naargelang het delict. Dit zou in een opzetbegrip tot uitdrukking moeten komen. (...) Er ontstaan derhalve vele opzetvormen, eventueel zoveel als er opzetdelicten zijn. Het is met het begrip van opzet als met het begrip van spel gesteld. Er zijn vele spelvormen, zoals bordspelen, kaartspelen, balspelen. Het vinden van een aan alle spelen gemeenschappelijk kenmerk lijkt onbegonnen werk. (...) Sommige spelen kunnen zover uit elkaar liggen dat ze niet anders overeenkomsten met elkaar delen dan door het gemeenschappelijk hebben van overeenkomsten met tussenliggende spelen. De spelen zijn met elkaar verwant. Ze vormen door hun overeenkomsten een familie. Zo zouden mishandelingsopzet, beledigingsopzet, do-dingsopzet, beschadigingsopzet één familie kunnen vormen, die van het opzet.”³⁷⁸

³⁷⁷ Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’, p. 5. Zie ook Brouns 1988, p. 3, 143, 301-302 en 311.

³⁷⁸ Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’, p. 301.

De wetsgeschiedenis noch de rechtspraak noopt naar mijn mening tot de conclusie dat ‘willen’ en ‘weten’ van delict tot delict variëren. Brouns’ differentiatietheze heeft wel wat weg van een archeologische ontdekking. Brouns legt een tot dan toe nog niet ontdekte structuur bloot. In de door Brouns onderzochte jurisprudentie heeft de Hoge Raad namelijk nooit overwogen dat de betekenis van ‘willen’ en ‘weten’ van delict tot delict varieert. Dat pleit tegen de differentiatietheze. Zolang de Hoge Raad niet overweegt dat opzet bij een bepaald delict anders moet worden geïnterpreteerd en zolang de Hoge Raad bij verschillende delicten gebruikmaakt van dezelfde kansopzetformulering, ligt de tegenstelde opvatting meer voor de hand. Ik laat de descriptieve vraag of de Hoge Raad de differentiatietheze aanhangt hier verder voor wat het is.³⁷⁹ Ik wil stilstaan bij de prescriptieve vraag of delictsafhankelijke interpretatie aanbeveling verdient. Is het raadzaam de interpretatie van opzet van delict tot delict te laten variëren?

In paragraaf 4.3.8.8 heb ik de gelijkheidsassumptie besproken. De gelijkheidsassumptie is een interpretatiecanon die dicteert dat gelijke woorden in beginsel gelijk geïnterpreteerd dienen te worden.³⁸⁰ Ik heb de gelijkheidsassumptie vanuit tekstualistisch en originalistisch perspectief besproken. Tekstualisten staan een holistische benadering van de lappendeken aan wettelijke bepalingen voor.³⁸¹ Daarbij wordt gestreefd naar horizontale consistentie: gelijke woorden krijgen een gelijke betekenis. Van dit uitgangspunt wordt alleen afgeweken als de overige woorden van de bepaling nopen tot een afwijkende interpretatie. Originalisten hechten eveneens aan de gelijkheidsassumptie. Vanuit originalistisch perspectief is de tekst van de wet het beste bewijs voor de be-

³⁷⁹ In veel recente publicaties wordt ervan uitgegaan dat de differentiatietheze juist is. Ik kan niet beoordelen of de auteurs Brouns simpelweg volgen of dat ze de differentiatietheze getoetst hebben aan recente jurisprudentie en/of de door Brouns bestudeerde jurisprudentie. Als de auteurs de differentiatietheze daadwerkelijk aan de jurisprudentie getoetst hebben, dan moet geconcludeerd worden dat ik niet zie wat vele anderen wél zien. Een mogelijke verklaring wordt gevormd door het feit dat ik scherp onderscheid maak tussen materieel recht (begrip) en formeel recht (bewijs). Een andere verklaring is dat ik het niet juist zie. Wat daar ook van zij, het verdient aanbeveling dat aanhangers van de differentiatietheze scherper aangeven op basis van welke jurisprudentie de juistheid van de these moet worden aangenomen.

³⁸⁰ Zie over dit uitgangspunt: Miller 1990, ‘Pragmatics and the maxims of interpretation’; McCormick & Summers 1991, ‘Interpretation and justification’; Amar 1999, ‘Intratextualism’; Cross 2004, ‘The theory and practice of statutory interpretation in the Supreme Court’; Siegel 2005, ‘The polymorphic principle and the judicial role in statutory interpretation’; Marx 2007, ‘How to construe a hybrid statute’. Er zijn verschillende benamingen voor het uitgangspunt in zwang. Zie Miller 1990 (maxim of in pari materia); McCormick & Summers 1991 (argument from contextual harmonization); Amar 1999 (rulebook-like intratextualism); Cross 2004 en Marx 2007 (presumption of consistent usage); Siegel 2005 (unitary principle).

³⁸¹ Vgl. Eskridge 1990, ‘The new textualism’ en Popkin 1992, ‘An ‘internal’ critique of Justice Scalia’s theory of statutory interpretation’.

doeling van de wetgever. Men mag ervan uitgaan dat de wetgever gelijke betekenis toekent aan gelijke woorden, tenzij het tegendeel expliciet zou blijken.

Tekstualisten en originalisten zouden denk ik van mening zijn dat het de Hoge Raad niet vrijstaat ‘opzettelijk’ in de ene bepaling anders te interpreteren dan in de andere bepaling. Dat is alleen anders als de tekst van de wet of de wetsgeschiedenis contra-indicaties zouden bevatten. Laten we echter aannemen dat de Hoge Raad deze interpretatievrijheid wél toekomt. Is het verstandig gebruik te maken van deze vrijheid? Ik zou menen dat dit door de bank genomen onverstandig is. De gelijkheidsassumptie vervult namelijk een belangrijke coördinerende functie met betrekking tot de lagere rechtspraak. De feitenrechter is gebaat bij duidelijke richtlijnen met betrekking tot de interpretatie van opzet. Circa 170 bepalingen in het Wetboek van Strafrecht worden beheerst door het bestanddeel ‘opzettelijk’. Via een schakelbepaling als art. 2 WED worden vele honderden delicten tot misdrijf verklaard “voor zover zij opzettelijk zijn begaan”. Tegen deze achtergrond verdient een uniform opzetbegrip de voorkeur boven een opzetbegrip dat zich, als een kameleon, aanpast aan de delictomschrijving in kwestie.

Dit behelst een pragmatisch argument tegen de differentiatietheze. Ik bekijk de kwestie vanuit het perspectief van een rechter uit Groningen of Maastricht die het bestanddeel ‘opzettelijk’ in een bepaald delict moet interpreteren. Laten we eens aannemen dat de rechter het boek van Brouns als interpretatief uitgangspunt neemt. Als het een van de slechts weinige delicten die Brouns heeft onderzocht betreft, dan heeft de rechter wellicht nog enig houvast. Bij belediging en doodslag ligt de nadruk op het ‘weten’; bij vernieling ligt het accent op het ‘willen’. Erg groot is dat houvast overigens niet, want wat moet worden verstaan onder het de nadruk leggen op een bepaalde component? Het probleem wordt groter als het een van de vele niet door Brouns onderzochte delicten betreft. Hoe moeten de artikelen 104, 117b, 124, 135, 144, 157, 164, 175a, 184, 194 en 204 Wetboek van Strafrecht worden geïnterpreteerd? En hoe zit het met de door de schakelbepaling van art. 2 WED bestreken bepalingen van art. 7 Diergeneesmiddelenwet, art. 2 Kaderwet diervoeders en art. 2 Dranken Horecawet? Brouns schrijft in 2006 dat bij bestanddelen als ‘voorhanden hebben’ minder hoge eisen aan (het bewijs van) het opzet worden gesteld.³⁸² Zou dat ook gelden voor het opzettelijk voorhanden hebben van onzuivere diervoeders in art. 2 Kaderwet diervoeders? Zo ja, hoe had de rechter uit Groningen dat in 2005 moeten weten?

Een prangende vraag is onbeantwoord gebleven: welke argumenten mogen de Hoge Raad of de feitenrechter ertoe nopen de nadruk te leggen op ‘willen’ of ‘weten’? Gaat het om utilitaristische doelen, zodat gezocht moet worden naar die combinatie van ‘willen’ en ‘weten’ die noch tot ‘overdeterrence’ noch tot

³⁸² Brouns 2006, ‘Een kleine inleiding in het opzet in het Wetboek van Strafrecht aan de hand van rechtspraak van de Hoge Raad in de eerste helft van 2006’, p. 941-942.

‘underdeterrence’ leidt?³⁸³ Gaat het om positief-retributieve doelen, zodat de vergeldingsgedachte kan leiden tot het stellen van lage eisen aan ‘willen’ en/of ‘weten’? Gaat het om negatief-retributieve doelen, zodat de wens onvoldoende laakbare gedragingen buiten het strafrecht te houden, kan leiden tot het stellen van hoge eisen aan ‘willen’ en/of ‘weten’? Of gaat het om het vaststellen van de ideale mix tussen utilitaristische, positief-retributieve, negatief-retributieve en andere legitieme belangen?

Het zal duidelijk zijn dat de bovenstaande vragen retorisch zijn bedoeld. Als het al mogelijk is ‘willen’ en ‘weten’ bij een bepaald delict zo te interpreteren dat recht gedaan wordt aan de juiste belangen, dan pleiten praktische bezwaren ertegen dat te doen.³⁸⁴ Het valt te verwachten dat de delictsafhankelijke benadering gepaard gaat met coördinatieproblemen. De feitenrechter weet pas hoe ‘opzettelijk’ bij een bepaald delict geïnterpreteerd moet worden, nadat de Hoge Raad daar een duidelijke uitspraak over heeft gedaan. Tot die tijd is onduidelijk welke combinatie van ‘willen’ en ‘weten’ de voorkeur verdient. Ik meen daarom dat het beter is uit te gaan van een eenvormig opzetbegrip. ‘Opzettelijk’ in art. 124 Sr dient net zo geïnterpreteerd te worden als ‘opzettelijk’ in art. 157 Sr of een van de vele andere bepalingen. Het verdient opmerking dat de gelijkheidsassumptie een interpretatief uitgangspunt is: het is geen absoluut gebod. Dat brengt mee dat legitieme redenen kunnen bestaan om bij een bepaald delict van dit uitgangspunt af te wijken. Ik zou willen aannemen dat dergelijke omstandigheden zich slechts zelden voordoen.

Brouns’ hypothese dat er mogelijk evenveel opzetvormen als opzetdelicten zijn, vormt een interpretatief schrikbeeld. Een opzetsfamilie met zo veel kinderen is moeilijk in het gareel te houden. Het is in dit verband interessant kort aandacht te besteden aan de cognitieve opzetvormen ‘wetende dat’, ‘wist’ en ‘weet’.³⁸⁵ Circa 75 bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht worden bestreken door een van deze bestanddelen. Vroeger werd algemeen aangenomen dat voorwaardelijk opzet in deze gevallen was uitgesloten.³⁸⁶ In HR 19 januari 1993, NJ 1993, 491 besliste de Hoge Raad dat onder de cognitieve opzetvorm in art. 416 Sr (heling) ook voorwaardelijk opzet werd begrepen.³⁸⁷ Daarbij

³⁸³ Zie deze studie, p. 207 (voetnoot 369) over de hieraan verbonden bezwaren.

³⁸⁴ Zie Kool 2004, ‘Veranderde zeden? Een overzicht en waardering van recente wetswijzigingen en jurisprudentie betreffende de zedelijkheidswetgeving’ en de noot van De Jong onder HR 3 december 2002, NJ 2004, 353. In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat onder ‘wist’ in art. 243 Sr ook voorwaardelijk opzet is begrepen. Deze interpretatie gaat De Jong met betrekking tot dit delict te ver. Kool meent echter dat de interpretatie te restrictief is. In dit geval ging de discussie over de reikwijdte van het opzet-object, maar dergelijke discussies kunnen ook plaatsvinden met betrekking tot de opzet-act.

³⁸⁵ Zie echter paragraaf 4.5.3.4, waar ik betoog dat dergelijke bestanddelen slechts betrekking hebben op een deel van het opzet.

³⁸⁶ Zie bijv. Rummelink 1996, ‘Mr. D. Hazewinkel-Suringa’s inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht’, p. 212-213.

³⁸⁷ Zie ook HR 16 februari 1993, NJ 1994, 32.

speelde een rol dat in de vroegere helingsbepaling het bestanddeel ‘opzettelijk’ voorkwam. Sinds die tijd heeft de Hoge Raad met betrekking tot een aantal specifieke delicten overwogen dat voorwaardelijk opzet onder het cognitieve bestanddeel geschaard kan worden.³⁸⁸ In de literatuur heerst verdeeldheid over de vraag in hoeverre algemene betekenis aan deze rechtspraak moet worden toegekend.³⁸⁹

Hoe moet de rechter uit Groningen of Maastricht het cognitieve opzetbestanddeel interpreteren als hij uitspraak moet doen met betrekking tot de artikelen 197, 214, 285a, 97b, 247 of 134 Wetboek van Strafrecht? Als hij ‘Tekst & commentaar strafrecht’ raadpleegt, dan blijkt dat de commentaren nogal van elkaar verschillen. De commentaren kunnen in zes verschillende categorieën ingedeeld worden.³⁹⁰ Deze categorieën zijn achtereenvolgens van toepassing op de bovengenoemde artikelen. (1) Voorwaardelijk opzet volstaat niet.³⁹¹ (2) Voorwaardelijk opzet volstaat waarschijnlijk niet.³⁹² (3) Volgens het commentaar is onduidelijk of voorwaardelijk opzet al dan niet volstaat.³⁹³ (4) Voorwaardelijk opzet volstaat waarschijnlijk wél.³⁹⁴ (5) Voorwaardelijk opzet volstaat wél.³⁹⁵ (6) In het commentaar wordt geen aandacht aan de kwestie besteed.³⁹⁶

Bij de cognitieve opzetbestanddelen kent de opzetsfamilie slechts twee leden: zekerheidsopzet en kansopzet. Toch lijken zich nu al coördinatieproblemen voor te doen. Bij elk delict waarover de Hoge Raad zich nog niet expliciet heeft uitgelaten, is onduidelijk of voorwaardelijk opzet volstaat.³⁹⁷ Tegen deze

³⁸⁸ Zie HR 21 november 2000, NJ 2001, 49 (art. 237 Sr) en HR 3 december 2002, NJ 2004, 353 (art. 243 Sr). Zie mogelijk ook HR 12 februari 1991, DD 91.195 (art. 174 Sr).

³⁸⁹ Zie De Hullu 1993, ‘Wetenschap en voorwaardelijk opzet’; Rimmelink 1996, ‘Mr. D. Hazewinkel-Suringa’s inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht’, p. 212-213; Sikkema 1999, ‘Weten en begrijpen: onbegrijpelijke begrippen? Beschouwingen naar aanleiding van HR 16 maart 1999, NJ 1999, 370’; Keulen & Otte 1999, ‘Opzet en schuld’, p. 19-21; Kessler 2001, ‘NJ 2001, 49 bevordert de rechtszekerheid niet’; De Jong & Knigge 2003, ‘Ons strafrecht deel 1. Het materiële strafrecht’, p. 114-115; Sikkema 2005, ‘Ambtelijke corruptie in het strafrecht. Een studie over omkoping en andere ambtsdelicten’, p. 225-237; Noyon/Langemeijer/Rimmelink 2005, aant. 8 bij opzet (suppl. 132); De Hullu 2006, ‘Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht’, p. 238-241. Ten tijde van de eerste vier publicaties had de Hoge Raad zich alleen nog uitgelaten over art. 416 Sr.

³⁹⁰ Zie ‘Tekst en commentaar strafrecht’ 2006. Ik heb het commentaar bij circa 75 bepalingen geraadpleegd. De onderstaande voetnoten bevatten een selectie van mijn bevindingen.

³⁹¹ Zie bijv. art. 197 Sr, 188 Sr en 381 Sr.

³⁹² Zie bijv. art. 214 Sr, 223 Sr en 234 Sr.

³⁹³ Zie bijv. art. 285a Sr, 355 Sr en 400 Sr.

³⁹⁴ Zie bijv. art. 97b Sr, 113 Sr en 119 Sr.

³⁹⁵ Zie bijv. art. 247 Sr, 253 Sr en 420bis Sr.

³⁹⁶ Zie bijv. art. 134 Sr, 198 Sr en 340 Sr.

³⁹⁷ Kessler 2001, ‘NJ 2001, 49 bevordert de rechtszekerheid niet’ en De Hullu 2006, ‘Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Ne-

achtergrond komt het beeld dat Brouns schetst van een grote opzetsfamilie – eventueel zo groot als het aantal opzetsdelicten – mij niet aantrekkelijk voor. In mijn optiek verdient het aanbeveling de opzetsfamilie zo klein mogelijk te houden. Des te kleiner de opzetsfamilie, des te minder coördinatieproblemen zullen zich voordoen.

De rest van dit hoofdstuk staat in het teken van de ontwikkeling van een eenvormig, psychisch opzetbegrip. In paragraaf 4.4 bespreek ik drie paradigma's van opzet: doelopzet, zekerheidsopzet en kansopzet. Ik betoog daar dat het paradigma doelopzet – waarbij de wil op het gevolg gericht is – geen zelfstandige rol vervult in het Nederlandse strafrecht. Paragraaf 4.5 bevat een conceptuele analyse van het strafrechtelijk opzetbegrip. Ik bespreek een raamwerk aan de hand waarvan psychische verschijnselen, zoals opzet, geduid kunnen worden. Vervolgens betoog ik dat het strafrechtelijk opzet herleid kan worden tot een oordeelsact met betrekking tot het opzet-object. Simpel gezegd: opzet bestaat niet uit 'willen' en 'weten'. 'Weten' is een noodzakelijke én voldoende voorwaarde voor strafrechtelijk opzet. Dat betekent dat de ondergrens van opzet wordt gemarkeerd door het 'weten'. Het spreekt voor zich dat de differentiatietheorie, waarbij 'willen' en 'weten' variëren van delict tot delict, op gespannen voet staat met deze visie.

4.4 DRIE PARADIGMA'S VAN OPZET: DOELOPZET, ZEKERHEIDSOPZET EN KANSOPZET

4.4.1 Doelopzet, zekerheidsopzet en kansopzet

Een actor heeft doelopzet op het veroorzaken van een gevolg als hij handelt omdat hij wenst dat het gevolg intreedt en voorziet dat zijn handeling het gevolg kan veroorzaken.⁵⁹⁸

Als in het dagelijks leven gesproken wordt van opzet, dan heeft men meestal deze betekenis op het oog. Er is sprake van doelopzet als iemand handelt *om* een bepaald doel te bereiken. De essentie van deze vorm van opzet wordt op zich goed weergegeven door de term oogmerk. Ik geef echter de voorkeur aan de term doelopzet, aangezien het bestanddeel oogmerk een specifieke rol vervult in het Nederlandse strafrecht. De betekenis van de term doelopzet verschilt van de betekenis die aan het strafrechtelijk begrip oogmerk wordt toege-

derlands recht', p. 238-241 roepen de Hoge Raad terecht op tot het doen van een algemene uitspraak.

⁵⁹⁸ Vgl. Duff 1990, 'Intention, agency and criminal liability: philosophy of action and the criminal law', p. 38-73. Zie m.n. de definitie op p. 58.

kend.³⁹⁹ De betekenis van de term doelopzet komt overeen met de betekenis die in de Angelsaksische doctrine wordt toegekend aan termen als 'direct intention' en 'purposely'.

Tijdens de Kamerbespreking van het Wetboek van Strafrecht werd opzet door de Commissie van Rapporteurs op deze beperkte manier geïnterpreteerd.⁴⁰⁰ Kamerlid Des Amorie van der Hoeven meende dat in het volgende geval geen opzet op de dood aangenomen kon worden.

“Welnu – een dief, een roover van beroep, wenscht een spoorrein te doen derailleren, *alleen met het doel* om te stelen. Het is niet zijn wensch dat daarbij *iemand* gedood worden zal; hij *hoopt* zelfs het tegendeel. Evenwel komen bij de ramp een groot aantal mensen om het leven.”⁴⁰¹

In dit voorbeeld heeft de actor alleen doelopzet op het ontsporen van de trein. Aangezien het niet zijn doel is mensen te doden, kan alleen sprake zijn van zekerheidsopzet of kansopzet op de dood. Of al dan niet sprake is van doelopzet kan volgens Duff bepaald worden aan de hand van de 'test of failure': "If my action does not produce an expected effect, will it have been a failure?"⁴⁰² Deze test brengt tot uitdrukking dat het gevolg bij doelopzet een reden om te handelen vormt. Dit handelen om een reden onderscheidt doelopzet van de andere opzettingen.⁴⁰³

Een actor heeft zekerheidsopzet op het veroorzaken van een gevolg als hij handelt terwijl hij met een grote mate van zekerheid voorziet dat zijn handeling het gevolg zal veroorzaken.

De betekenis van de term zekerheidsopzet sluit aan bij de betekenis die daar in de Nederlandse dogmatiek aan wordt toegekend.⁴⁰⁴ In de Angelsaksische doctrine wordt deze betekenis uitgedrukt met termen als 'oblique intention', 'fore-

³⁹⁹ Zie deze studie, p. 213 over oogmerk. Bij diefstal (art. 310 Sr) moet het oogmerk van de actor gericht zijn op de wederrechtelijke toe-eigening. Personen die veroordeeld worden voor diefstal hebben in de regel geen doelopzet op de wederrechtelijke toe-eigening. Ze handelen om zich een goed toe te eigenen; ze handelen niet om zich een goed *wederrechtelijk* toe te eigenen. De wederrechtelijkheid vormt geen reden om te handelen. De handeling wordt niet als mislukt beschouwd als later zou blijken dat geen sprake is van wederrechtelijkheid. Zie hieronder over de 'test of failure'.

⁴⁰⁰ Zie paragraaf 4.2.2.

⁴⁰¹ Smidt II, p. 125.

⁴⁰² Duff 1990, 'Intention, agency and criminal liability: philosophy of action and the criminal law', p. 63. Zie Duff 1990, p. 58-63 en 89-98.

⁴⁰³ Vgl. Anscombe 1972, 'Intention'; Fried 1978, 'Right and wrong', p. 20-28; Duff 1990, 'Intention, agency and criminal liability: philosophy of action and the criminal law', p. 47-51.

⁴⁰⁴ Zie bijv. Rimmelink 1996, 'Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht', p. 203-204.

sight' en 'knowingly'.⁴⁰⁵ De rover die een trein laat ontsporen in de wetenschap dat dit vrijwel zeker doden tot gevolg zal hebben, heeft zekerheidsopzet op de dood. Het toepassen van de 'test of failure' leidt tot de conclusie dat geen sprake is van doelopzet. Het veroorzaken van de dood vormt geen reden om te handelen. Als het derailleren van de trein geen doden tot gevolg zou hebben, dan zou de rover zijn handeling niet als mislukt beschouwen. De rover heeft alleen doelopzet op het laten ontsporen van de trein: hij handelt om de trein te laten ontsporen.

Het uitbreiden van het juridische opzetbegrip tot zekerheidsopzet lijkt heden ten dage weinig problematisch. Ten tijde van de invoering van het Wetboek van Strafrecht was dat anders. Minister Modderman vreesde dat sommige rechters in dergelijke gevallen – net als de Commissie van Rapporteurs – geen opzet aan zouden nemen.⁴⁰⁶ Dat zou in de weg staan aan een veroordeling wegens moord. Daarom maakte hij het mogelijk levenslange gevangenisstraf op te leggen bij bepaalde gemeengevaarlijke delicten. De nietsontziende rover zou dan in elk geval wegens het gemeengevaarlijke delict van art. 164 lid 2 Sr levenslang bestraft kunnen worden. Bij dat delict is namelijk geen opzet op de dood vereist.

Een actor heeft kansopzet op het veroorzaken van een gevolg als hij handelt terwijl hij voorziet dat een aanmerkelijke kans bestaat dat zijn handeling het gevolg zal veroorzaken.

De term kansopzet is afkomstig van Nieboer.⁴⁰⁷ Deze term drukt uit dat het opzet gericht is op de kans dat een gevolg zal intreden. De term kansopzet is een synoniem van de meestal gebezigde term voorwaardelijk opzet. In de Angelsaksische doctrine wordt deze betekenis vaak uitgedrukt met de term 'recklessness'.⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ Het onderscheid tussen 'direct intention' en 'oblique intention' is geïntroduceerd door Bentham. Bentham 1970, 'An introduction to the principles of morals and legislation', p. 86 stelt: "A consequence, when it is intentional, may either be *directly* so, or only *obliquely*. It may be said to be directly or lineally intentional, when the prospect of producing it constituted one of the links in the chain of causes by which the person was determined to do the act. It may be said to be obliquely or collaterally intentional, when, although the consequence was in contemplation, and appeared likely to ensue in case of the act's being performed, yet the prospect of producing such consequence did not constitute a link in the aforesaid chain."

⁴⁰⁶ Smidt II, p. 130-131. Zie paragraaf 4.2.2.

⁴⁰⁷ Nieboer 1978, 'Wetens en willens', p. 5-6.

⁴⁰⁸ Kugler 2002, 'Direct and oblique intention in the criminal law. An inquiry into degrees of blameworthiness', p. 3 omschrijft 'recklessness' als volgt: "A person acts with recklessness as to a consequence if, when he acts, he actually foresees that there is a risk that that consequence may possibly result from his act, and it is unreasonable for him to take the risk of it occurring." De eerste zin van art. 2.02 lid 2 sub c van de Amerikaanse Model Penal Code luidt: "A person acts recklessly with respect to a material element of an of-

→

Ten tijde van het ontstaan van het Wetboek van Strafrecht speelde voorwaardelijk opzet geen rol van betekenis. In de memorie van toelichting en de notulen van de Staatscommissie werd met geen woord gerept over voorwaardelijk opzet. Op de dag dat het wetboek door de Eerste Kamer werd aangenomen, ging Modderman pas voor het eerst in op voorwaardelijk opzet bij gevolgsdelicten.⁴⁰⁹ Volgens Modderman is sprake van voorwaardelijk opzet als iemand handelt terwijl hij de mogelijkheid voorziet dat zijn handeling een bepaald gevolg zal hebben. Het heeft er alle schijn van dat Moddermans ruime visie met betrekking tot opzet niet gedeeld werd door de Kamers en de overige leden van de Staatscommissie. Tegenwoordig staat buiten kijf dat voorwaardelijk opzet onder het juridische opzetbegrip geschaard moet worden.

De drie behandelde opzetparadigma's geven op het eerste gezicht een behoorlijke weergave van wat in het Nederlandse strafrecht onder opzet verstaan wordt. In het onderstaande ga ik in op de verschillen en overeenkomsten tussen de paradigma's. Het is daarbij de vraag of het mogelijk is de drie paradigma's te herleiden tot één centraal opzetparadigma.

Zekerheidsopzet en kansopzet hebben veel met elkaar gemeen. In beide gevallen valt de 'test of failure' negatief uit. Het gevolg vormt geen reden om te handelen. Het verschil tussen zekerheidsopzet en kansopzet is slechts gradueel van aard. Bij zekerheidsopzet voorziet de actor het gevolg met een grote mate van zekerheid. Bij kansopzet voorziet de actor dat een aanmerkelijke kans bestaat op het intreden van het gevolg. Het enige verschil tussen beide opzettingen zit in de kansgrootte die de actor voorziet. Zowel zekerheidsopzet als kansopzet wordt in Nederland onder het strafrechtelijk opzetbegrip geschaard. Het is daarom niet nodig de grens tussen beide opzettingen precies vast te stellen.⁴¹⁰

fense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct." Voorwaardelijk opzet heeft een ruimer bereik dan 'recklessness', omdat het genomen risico bij 'recklessness' zowel aanmerkelijk als ongerechtvaardigd dient te zijn. In Nederland komt de gerechtvaardigdheid van een aanmerkelijk risico in beginsel aan de orde bij de rechtvaardigingsgronden. Het verdient opmerking dat in het Engelse recht soms genoeg wordt genomen met 'Caldwell recklessness'. In dat geval hoeft geen sprake te zijn van bewustheid. Vgl. Ashworth 2003, 'Principles of criminal law', p. 180-187.

⁴⁰⁹ Zie paragraaf 4.2.2.

⁴¹⁰ In het Angelsaksische strafrecht kan een actor die handelt met zekerheidsopzet (oblique intention) vaak zwaarder gestraft worden dan een actor die handelt met kansopzet (recklessness). In dat geval is het vaststellen van de grens wel van belang. Er wordt vaak gesteld dat bij zekerheidsopzet sprake moet zijn van 'practical certainty'. Vgl. Kugler 2002, 'Direct and oblique intention in the criminal law. An inquiry into degrees of blameworthiness', p. 12-15. In Nederland kan het vaststellen van de grens van belang zijn bij de cognitieve opzetvormen 'wetende dat', 'wist' en 'weet'. Hierbij is het een open vraag of voorwaardelijk opzet volstaat. Zie paragraaf 4.3.9. Zie ook HR 18 november 1997, NJ 1998, 225, waar de Hoge Raad spreekt van 'onvoorwaardelijk opzet' met betrekking tot art. 140 Sr.

Het graduele verschil tussen beide opzettingen brengt mee dat zekerheidsopzet beschouwd kan worden als een specialis van kansopzet. In beide gevallen is de actor zich bewust van *een* aanmerkelijke kans dat een gevolg zal intreden.

Het centrale verschil tussen doelopzet en de andere opzettingen zit in de doelgerichtheid van handelen. De actor handelt omdat hij wenst en verwacht dat het gevolg kan intreden. Bij doelopzet vormt het voorzien van het gevolg een reden om te handelen. Bij de andere opzettingen vormt het voorzien van het gevolg geen reden om te handelen (maar ook geen reden om niet te handelen). Het feit dat de actor het gevolg nastreeft, impliceert dat hij het intreden van het gevolg wil of wenst.⁴¹¹ Het gevolg hoeft niet als zodanig te worden gewenst, maar kan ook worden gewenst als middel tot een doel.⁴¹² Iemand die zijn echtgenote vergiftigt om de erfenis te bemachtigen, heeft doelopzet op de dood. In sommige gevallen van doelopzet lijkt het wat curieus te spreken van ‘wensen’. Wenst de verzetsstrijder die de vijand helpt om aan de dood te ontsnappen de vijand op dezelfde manier te helpen als een overtuigde NSB’er? Men zou hier onderscheid kunnen maken tussen ‘intrinsiek wensen’ en ‘extrinsiek wensen’.⁴¹³ De verzetsstrijder wenst de vijand te helpen (extrinsieke wens) om te voorkomen dat hij gefusilleerd wordt (intrinsieke wens). Als ‘wensen’ zo opgevat wordt, dan is bij doelopzet altijd sprake van ‘wensen’. Een actor die handelt met doelopzet heeft de intrinsieke of extrinsieke wens het gevolg te realiseren.

Het is de vraag of het al dan niet wensen van het gevolg kan dienen om de opzetparadigma’s van elkaar te onderscheiden. Het ‘wensen’ is noodzakelijkerwijs *aanwezig* bij doelopzet; is het noodzakelijkerwijs *afwezig* bij de andere opzettingen? Een actor die handelt met kansopzet zal in de regel niet wensen dat het gevolg intreedt. Het geval van de treinrover is illustratief. Hij wenst niet dat het ontsporen van de trein leidt tot iemands dood. Hij hoopt zelfs dat het tegendeel het geval is. Maar ‘wensen’ is niet in alle gevallen van kans- of zekerheidsopzet afwezig.⁴¹⁴ Stel, een arts voert een operatie uit waarvan hij voorziet dat dit pijn bij de patiënt kan veroorzaken. Aangezien de arts een hartgrondige hekel aan de patiënt heeft, hoopt en wenst hij dat de operatie de patiënt pijn doet. In dat geval is geen sprake van doelopzet, hoewel wél sprake is van ‘wensen’ van het gevolg. De arts heeft geen doelopzet, want hij handelt niet om pijn te veroorzaken. Als de operatie onverwacht pijnloos verloopt, dan is de operatie niet mislukt. De constatering dat ‘wensen’ niet noodzakelijkerwijs afwezig is bij kans- of zekerheidsopzet, brengt mee dat het al dan niet wensen van het

⁴¹¹ Ik geef hier de voorkeur aan de term ‘wensen’, aangezien de term ‘willen’ een bijzondere rol speelt in het Nederlandse strafrecht. In de doctrine wordt – in strijd met het spraakgebruik – gesteld dat ook bij zekerheidsopzet en kansopzet sprake is van ‘willen’. Zie paragraaf 4.2.3. In paragraaf 4.5.4.4 ga ik uitgebreid in op de verhouding tussen opzet en ‘willen’.

⁴¹² Vgl. Williams 1965, ‘The mental element in crime’, p. 9-14.

⁴¹³ Vgl. Audi 1973, ‘Intending’ en Audi 1986, ‘Intending, intentional action, and desire’.

gevolg geen onderscheidingscriterium oplevert. Het enkele feit dat de actor handelt *terwijl* hij het gevolg wenst, volstaat niet. Het gaat erom dat hij handelt *omdat* hij het gevolg wenst.

De bovenstaande verkenning van de opzetparadigma's heeft geleid tot een tweetal conclusies. (1) Zekerheidsopzet en kansopzet verschillen slechts gra-
dueel van elkaar. De actor is zich in beide gevallen bewust van een aanmerke-
lijke kans dat het gevolg kan intreden. (2) Het verschil tussen doelopzet en de
andere opzetparadigma's zit in de doelgerichtheid van handelen. Het 'wensen'
van het gevolg vormt geen onderscheidingscriterium, omdat 'wensen' niet
noodzakelijkerwijs afwezig is bij de andere opzettingen.

Doelopzet, zekerheidsopzet en kansopzet vallen alle onder het strafrechtelijk opzetbegrip. Dat kan verklaard worden door het feit dat de opzettingen be-
langrijke overeenkomsten vertonen. Bij alle drie opzettingen voorziet de actor
dat zijn handeling het gevolg kan veroorzaken. Dat roept de vraag op of het
conceptuele verschil tussen doelopzet en de andere opzettingen relevant is in
het Nederlandse strafrecht. Komt *zelfstandige* betekenis toe aan het feit dat de
actor met doelopzet heeft gehandeld? Of is het – net als het motief waarmee
gehandeld is – irrelevant bij de vraag of sprake is van opzet in strafrechtelijke
zin?

Het al dan niet doelgericht handelen zou een rol kunnen spelen bij het
bepalen van de ondergrens van het strafrechtelijk opzet. Deze these zou als
volgt verdedigd kunnen worden. Er bestaat een intrinsiek moreel verschil tus-
sen doelopzet en de andere opzetparadigma's. Een actor die doelopzet heeft
valt – *ceteris paribus* – een groter moreel verwijt te maken dan een actor die
kans- of zekerheidsopzet heeft. Daarom mag bij doelopzet genoeg genomen
worden met een kleinere kans dan bij kansopzet. Dat kan geïllustreerd worden
door twee situaties te schetsen die alleen verschillen met betrekking tot de
doelgerichtheid.⁴¹⁵

Arnold is een verkoper. Hij verkoopt vergiftigde wijn, terwijl hij weet
dat X procent kans bestaat dat de koper komt te overlijden door het
drinken van de wijn. Hij verkoopt de wijn om geld te verdienen en
heeft er geen belang bij dat de koper komt te overlijden.

Bernard is een begrafenisondernemer. Hij verkoopt vergiftigde wijn,
terwijl hij weet dat X procent kans bestaat dat de koper komt te over-
lijden door het drinken van de wijn. Hij verkoopt de wijn om de koper
van het leven te beroven, zodat hij geld kan verdienen aan de begra-
fenis.

⁴¹⁴ Vgl. Moore 1987, 'Intentions and *mens rea*'.

⁴¹⁵ Zie Kugler 2002, 'Direct and oblique intention in the criminal law. An inquiry into de-
grees of blameworthiness', p. 70-71 voor een vergelijkbaar voorbeeld.

Zowel Arnold als Bernard handelen met hetzelfde motief (geldgewin) en zijn zich bewust van hetzelfde risico (X procent). Bernard handelt echter met het doel de koper van het leven te beroven, terwijl dat bij Arnold niet het geval is. Stel dat in het geval van Arnold geen opzet wordt aangenomen, aangezien de kansgrootte nét te klein is: er is sprake van een bijna-aanmerkelijke kans. Nu zou men kunnen betogen dat in het geval van Bernard dezelfde kansgrootte wél voldoende groot is om opzet aan te kunnen nemen. Het verschil in morele verwerpelijkheid rechtvaardigt de conclusie dat sprake is van strafrechtelijk opzet. Als deze conclusie aanvaard wordt, dan komt zelfstandige betekenis toe aan het paradigma doelopzet. Het kan dan van belang zijn vast te stellen of iemand al dan niet doelgericht gehandeld heeft. Meent men daarentegen dat in beide gevallen dezelfde kansgrootte volstaat, dan heeft het paradigma doelopzet geen zelfstandige betekenis in het Nederlandse strafrecht.

De stelling dat zelfstandige betekenis toekomt aan het paradigma doelopzet berust op twee vooronderstellingen. (1) Er bestaat een intrinsiek moreel verschil tussen doelopzet en de andere opzetparadigma's. (2) Dit verschil dient een rol te spelen bij de interpretatie van opzet. Hieronder sta ik stil bij deze twee vooronderstellingen. De morele verderfelijke van doelopzet wordt doorgaans opgehangen aan de 'Doctrine of Double Effect'. In de onderstaande paragraaf bespreek ik deze doctrine en de daaraan verbonden bezwaren. Vervolgens behandel ik de vraag of het eventueel aanwezige intrinsieke morele verschil tot uiting moet komen in de interpretatie van opzet.

4.4.2 De 'Doctrine of Double Effect': pro en contra

4.4.2.1 De 'Doctrine of Double Effect'

De these dat een intrinsiek moreel verschil bestaat tussen doelopzet en de andere opzetparadigma's wordt doorgaans verdedigd aan de hand van de 'Doctrine of Double Effect'. De 'Doctrine of Double Effect' (DDE) vindt haar oorsprong in het werk van de katholieke theoloog Thomas van Aquino (1225-1274).⁴¹⁶ De DDE dicteert dat een handeling die een goed én een slecht gevolg

⁴¹⁶ Zie Van Aquino 1940, 'Theologische Summa van den H. Thomas van Aquino. XV. Over de rechtvaardigheid I. (II-II Q. 57-66.)', p. 202-207. Van Aquino 1940, p. 204-205 stelt: "Er is niets op tegen dat een handeling twee uitwerkselen zou hebben, waarvan alleen de eene bedoeld is, de andere echter buiten de bedoeling ligt. Zedelijke handelingen nu worden soortelijk bepaald overeenkomstig datgene wat bedoeld wordt, niet echter door datgene wat buiten de bedoeling ligt, want dat is toevallig (...). De daad dus van iemand, die zichzelf verdedigt, kan een dubbel uitwetsel hebben: ten eerste, het behoud van eigen leven; ten tweede, het doden van den aanvaller. Daar het nu voor eenieder natuurlijk is, zijn bestaan zooveel als mogelijk in stand te houden, daarom zijn zulke handelingen niet ongeoorloofd, omdat daarin het behoud van eigen leven bedoeld wordt. Toch kan een handeling, die uit een goede bedoeling voortspuit, ongeoorloofd worden, wanneer zij niet in evenredigheid is met het doel. En wanneer bijgevolg iemand ter verdediging van zijn

→

heeft soms toelaatbaar is als de actor doelopzet heeft op het goede gevolg en niet op het slechte gevolg, hoewel hij het intreden van het slechte gevolg voorziet. Een handeling met een goed en een slecht gevolg is toelaatbaar als aan de volgende vier voorwaarden voldaan is.⁴¹⁷

- 1 De handeling is op zichzelf beschouwd (afgezien van de gevolgen) toelaatbaar.
- 2 De actor heeft doelopzet op het goede gevolg en niet op het slechte gevolg.
- 3 Het slechte gevolg is geen middel om het goede gevolg te realiseren.
- 4 Het goede gevolg weegt zwaarder dan het slechte gevolg.

De DDE krijgt betekenis tegen de achtergrond van het verbod onschuldigen te doden.⁴¹⁸ Het verbod om te doden heeft alleen betrekking op onschuldigen. Dat brengt mee dat het in beginsel toegestaan is de doodstraf op te leggen bij moordenaars. Zij zijn niet onschuldig, want ze verdienen het om gestraft te worden. De DDE vindt toepassing in de context van het doden van onschuldigen. Het behelst echter geen absoluut verbod op het doden van onschuldigen. Het doden van onschuldigen is alleen absoluut verboden als sprake is van doelopzet. Ik bespreek dit absolute verbod aan de hand van levensbeëindigende handelingen, abortus en oorlogsvoering.

De belangrijkste toepassing van de DDE heeft betrekking op de toelaatbaarheid van levensbeëindigende handelingen van artsen.⁴¹⁹ Het is absoluut ontoelaatbaar het sterven van een patiënt met morfine te bespoedigen om zo verder lijden te voorkomen. Het toedienen van morfine om pijn te verlichten in de wetenschap dat het sterven van de patiënt wordt bespoedigd, is echter onder omstandigheden toegelaten. Het toedienen van morfine aan een terminale patiënt met ernstige chronische pijn kan twee gevolgen hebben. (1) De pijn van de patiënt wordt verlicht (goed gevolg). (2) De patiënt komt eerder te overlijden

eigen leven meer geweld gebruikt dan noodig is, dan is dat ongeoorloofd. (...) Omdat echter het doden van een mensch enkel aan de openbare macht toekomt (...) is het ongeoorloofd, de bedoeling te hebben een mensch te doden om zichzelf te verdedigen (...)."

⁴¹⁷ Vgl. Mangan 1949, 'An historical analysis of the Principle of Double Effect'; Williams 1958, 'The sanctity of life and the criminal law', p. 177-189; Rachels 1986, 'The end of life. Euthanasia and morality', p. 15-17. Bennett 1995, 'The act itself', p. 196-200 bespreekt drie mogelijke interpretaties van voorwaarde 3. Ik geef met Bennett de voorkeur aan een subjectieve interpretatie. Voorwaarde 3 heeft betrekking op het geval waarbij de wens en de verwachting dat het slechte gevolg leidt tot het goede gevolg een reden vormt om te handelen. De wijze waarop ik doelopzet boven heb gedefinieerd, brengt mee dat voorwaarde 3 in casu niets toevoegt. Als niet voldaan is aan voorwaarde 3, dan heeft de actor doelopzet op het slechte gevolg. In dat geval is ook niet voldaan aan voorwaarde 2.

⁴¹⁸ Vgl. Rachels 1986, 'The end of life. Euthanasia and morality', p. 11-13.

⁴¹⁹ Zie bijv. Latham 1997, 'Aquinas and morphine: notes on double effect at the end of life'; Thompson 2000, 'Final exit: should the double effect rule regarding the legality of euthanasia in the United Kingdom be laid to rest?'; Beabout 2001, 'Morphine use for terminal cancer patients: an application of the principle of double effect'.

doordat het toedienen van morfine leidt tot ademhalingsproblemen (slecht gevolg). Het toedienen van morfine kan gelegitimeerd worden aan de hand van de DDE. Het gebruik van morfine is op zichzelf beschouwd toelaatbaar (voorwaarde 1). De arts heeft doelopzet op het verlichten van pijn en niet op het bespoedigen van de dood (voorwaarde 2). De pijnverlichting wordt niet gerealiseerd door middel van het bespoedigen van de dood (voorwaarde 3). Het verlichten van de pijn is voldoende reden om het eerder overlijden van de patiënt te riskeren (voorwaarde 4).

Een andere bekende toepassing van de DDE betreft het aborteren in nood-situaties. De DDE laat toe dat de baarmoeder van een zwangere vrouw met baarmoederkanker wordt verwijderd om het leven van de moeder te redden, hoewel men weet dat de foetus het niet zal overleven. De dood van de foetus is dan een niet-beoogd gevolg van de doelopzettelijke verwijdering van de baarmoeder. Het is een arts echter niet toegestaan de foetus doelopzettelijk te doden als dat de enige manier is om het leven van de moeder te redden.⁴²⁰ In dat geval is het doden van de foetus (slecht gevolg) een middel om het leven van de moeder te redden (goed gevolg). Het verdient dan de voorkeur de moeder te laten sterven. Hoewel de gevolgen bij beide operaties identiek zijn (dood foetus en overleven moeder) legitimeert de DDE alleen de eerstgenoemde operatie.

Ten slotte bespreek ik de toepassing van de DDE in oorlogen.⁴²¹ De DDE behelst een verbod op het doelopzettelijk doden van non-combattanten. Zo is het niet toegestaan een bombardement uit te voeren om gewone burgers te

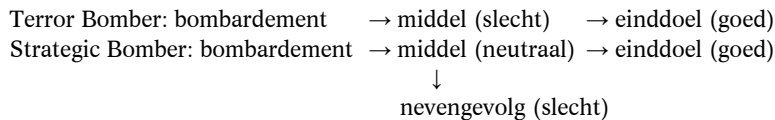
⁴²⁰ Het oorspronkelijke pauselijk verbod dat in de literatuur besproken wordt, heeft betrekking op een craniotomie. De schedel van het ongeboren kind wordt vermorzeld om het leven van de barendende moeder te redden. In dat geval zou echter betoogd kunnen worden dat de arts enkel doelopzet heeft op het vermorzelen van de schedel en niet op de dood van het ongeboren kind, zodat het binnen de grenzen van de DDE valt. Zie Hart 1968, 'Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law', p. 122-125 en Bennett 1981, 'Morality and consequences', p. 105-116. Foot 1971, 'The problem of abortion and the Doctrine of Double Effect' betoogt echter dat het vermorzelen van de schedel en de dood zo nauw verbonden zijn dat de DDE niet toegepast mag worden. De door mij gekozen algemene formulering beoogt een dergelijke discussie uit te sluiten. Het gaat om gevallen waarbij de actor doelopzet heeft op de dood van de foetus. Ramsey 1971, 'The morality of abortion' bespreekt een geval waarbij het leven van de moeder alleen gered kan worden door de foetus doelopzettelijk te doden. Gebeurt dat niet, dan komt zowel de moeder als de foetus te overlijden. Volgens Ramsey opteert de protestant in dit geval voor de doelopzettelijke abortus, terwijl de katholiek prefereert de moeder te laten sterven. De DDE wordt regelmatig bekritiseerd, omdat het moeilijk zou zijn het begrip doelopzet af te bakenen. Zie bijv. Fischer, Ravizza & Copp 2001, 'Quinn on double effect: the problem of 'closeness''. Ik laat deze problematiek verder buiten beschouwing. De problematiek doet zich primair voor bij het onderscheid tussen doelopzet en zekerheidsopzet. Het gaat mij uiteindelijk om gevallen waarbij de kans op onheil niet met zekerheid wordt voorzien. Het onderscheid tussen doelopzet en kansopzet is in de regel goed te maken. Vgl. Hull 2000, 'Deconstructing the doctrine of double effect'.

⁴²¹ Zie bijv. Anscombe 1971, 'War and murder'; Nagel 1979, 'War and massacre'; Walzer 2000, 'Just and unjust wars. A moral argument with historical illustrations', p. 151-159.

doden. Het bombarderen van een munitiefabriek in de wetenschap dat daarbij gewone burgers komen te overlijden, is onder omstandigheden echter toelaatbaar.

“Terror Bomber and Strategic Bomber both have as their goal promoting the war effort against Enemy. Both intend to pursue their goal by dropping bombs. Terror Bomber’s plan is to bomb the school in Enemy’s territory, thereby killing children of Enemy, terrorizing Enemy’s population, and forcing Enemy to surrender. Strategic Bomber’s plan is to bomb Enemy’s munitions plant, thereby undermining Enemy’s war effort. However, Strategic Bomber also knows that next to the munitions plant is a school and that when he bombs the plant, he will also kill the children inside the school.”⁴²²

Alleen het bombardement van Strategic Bomber kan binnen de grenzen van de DDE vallen. Bombarderen is een legitieme oorlogshandeling (voorwaarde 1). Strategic Bomber heeft alleen doelopzet op het bombarderen van de munitiefabriek en niet op de dood van de kinderen (voorwaarde 2). De vijand wordt niet tot capitulatie gedwongen door middel van het doden van de kinderen (voorwaarde 3). Het afdwingen van capitulatie is in casu kennelijk belangrijker dan de dood van de kinderen (voorwaarde 4). Het verschil tussen Terror Bomber en Strategic Bomber kan als volgt schematisch worden weergegeven.⁴²³



Figuur 4.1 *Vershil Terror Bomber en Strategic Bomber*

Hoewel de gevolgen in beide gevallen identiek zijn (dood kinderen en capitulatie) wordt alleen het bombardement van Strategic Bomber gelegitimeerd door de DDE. In beide gevallen is het einddoel meer waard dan het slechte gevolg, maar zodra sprake is van doelopzet op het slechte gevolg *mag* geen belangenafweging meer plaatsvinden. Dit verbod belichaamt het essentiële verschil tussen een deontologische morele theorie als de DDE en een consequentialistische morele theorie als het utilitarisme.

Een consequentialistische morele theorie beoordeelt de *juistheid* van handelen aan de hand van de *goedheid* van de gevolgen. De belangrijkste consequentialistische theorie is het utilitarisme: het gaat om het maximaliseren van

⁴²² Bratman 1990, ‘What is intention?’, p. 23.

⁴²³ Vgl. Bennett 1981, ‘Morality and consequences’, p. 95 en Simester 1996, ‘Why distinguish intention from foresight?’, p. 73.

de hoeveelheid geluk. Stel dat het bombarderen van de school de meest efficiënte manier is de oorlog te beëindigen en dat daardoor 10.000 levens worden gespaard. Het goede gevolg (sparen 10.000 mensen) weegt zwaarder dan het slechte gevolg (dood kinderen). Vanuit utilitaristisch perspectief is het daarom juist de school te bombarderen: het doel heiligt in dit geval de middelen.⁴²⁴

Een deontologische morele theorie als de DDE beoordeelt de *juistheid* van handelen (deels) onafhankelijk van de *goedheid* van de gevolgen.⁴²⁵ Eerst moet vastgesteld worden dat de handeling juist is (voorwaarde 1, 2 en 3 van de DDE). Alleen indien de handeling juist is, mag een afweging plaatsvinden tussen de goede en de slechte gevolgen (voorwaarde 4). Het doelopzettelijk doden van kinderen wordt beschouwd als onjuist. Daarom komt men in dat geval niet toe aan een belangenafweging: dit middel kan het doel nooit heiligen! Als de dood van de kinderen echter een verwacht, maar niet-beoogd nevengevolg is van een geoorloofde handeling als het bombarderen van een munitiefabriek, dan komt men wél toe aan de belangenafweging. Men kan dan – net als de utilitarist – concluderen dat het goede gevolg zwaarder weegt dan het slechte gevolg.

Een centraal kenmerk van de deontologische moraal is derhalve dat bepaalde handelingen in beginsel absoluut verboden zijn. In beginsel, want bijna niemand zal bereid zijn nimmer een uitzondering te maken.⁴²⁶ Is het onjuist een onschuldige te doden als daardoor de wereld van een zekere ondergang gered kan worden? Men zou kunnen verdedigen dat de belangenafweging mag plaatsvinden als een bepaalde drempel is overschreden (drempeldeontologie).⁴²⁷ Bijvoorbeeld: het doelopzettelijk doden van een onschuldige is verboden, tenzij daardoor meer dan vijfhonderd mensen gered kunnen worden. Deze vaststel-

⁴²⁴ Het is denkbaar dat een regelutilitaristische theorie tot een andere oplossing zou leiden. Men zou kunnen beargumenteren dat het toestaan dat burgers doelopzettelijk worden gedood op termijn disutilitair is. Bepaalde deontologisch aandoende verboden kunnen aldus van een utilitaristische grondslag worden voorzien. Vgl. Brandt 1972, 'Utilitarianism and the rules of war' en Hare 1972, 'Rules of war and moral reasoning'. Devine 1974, 'The Principle of Double Effect' komt met een regelutilitaristische verdediging van de DDE. Ik laat dit regelutilitaristische perspectief verder buiten beschouwing. Het gaat mij alleen om de vraag of doelopzet *intrinsiek* slechter is dan de andere opzettingen. Dat brengt mee dat dit verschil zich in individuele gevallen dient te manifesteren.

⁴²⁵ Vgl. Fried 1978, 'Right and wrong', p. 7-29.

⁴²⁶ Thomson 1990, 'The realm of rights', p. 166-175 verdedigt echter de 'High-Threshold Thesis'. Thomson 1990, p. 168 stelt: "If we accept the High-Threshold Thesis, then, the numbers do not count, and no matter how many I would save by killing you, from no matter what horrors, that does not make it permissible for me to kill you."

⁴²⁷ Zie bijv. Fried 1978, 'Right and wrong', p. 9-13; Nagel 1979, 'War and massacre'; Moore 1997, 'Placing blame. A general theory of the criminal law', p. 719-724. Moore 1997, p. 719 stelt: "Despite my non-consequentialist views on morality, I cannot accept the Kantian line. It just is not true that one should allow a nuclear war rather than killing or torturing an innocent person. It is not even true that one should allow the destruction of a sizable city by a terrorist nuclear device rather than kill or torture an innocent person. To prevent such extraordinary harms extreme actions seem to me to be justified."

ling is van belang voor de beantwoording van de vraagstelling die hier aan de orde is: bestaat een intrinsiek moreel verschil tussen doelopzet en de andere opzetparadigma's? Het is niet uitgesloten een intrinsiek moreel verschil aanwezig te achten zonder daar absolute waarde aan toe te kennen.

4.4.2.2 De 'Doctrine of Double Effect': pro

Het is de vraag waarom aanhangers van de DDE menen dat bepaalde doelopzettelijke handelingen zonder meer onjuist zijn. Waarom hangt de toelaatbaarheid van het toedienen van morfine, het aborteren van een foetus of het afwerpen van een bom af van de vraag of de actor al dan niet doelopzet heeft? Een begin van een verklaring wordt gevormd door de morele intuïtie. De DDE beoogt een verklaring te bieden voor gevallen waarbij de morele intuïtie dicteert dat een bepaalde handelwijze ontoelaatbaar is. Hieronder bespreek ik de visies van twee auteurs die een verdergaande verklaring bieden. Nagel neemt de morele integriteit van de actor als uitgangspunt. Quinn legt de nadruk op het respect dat verschuldigd is aan slachtoffers.

Nagel sluit aan bij het perspectief van de actor.⁴²⁸ Een deontologisch verbod richt zich tot de actor: *hij* moet zich onthouden van bepaalde doelopzettelijke handelingen. Als hij dat niet doet, dan bezoedelt hij zijn morele integriteit. Nagel illustreert zijn visie aan de hand van het volgende voorbeeld. Een automobilist heeft een ongeluk waarbij de overige passagiers ernstig gewond raken. De automobilist kan de gewonden alleen naar het ziekenhuis brengen door een auto te lenen van een oude vrouw die met haar kleinkind in de buurt woont. De vrouw gelooft het verhaal niet en sluit zich op in de badkamer. Mag de automobilist de vrouw dwingen haar autosleutels af te geven door de arm van het kind te verdraaien?

Het verdraaien van de arm van het kind lijkt een trivialiteit in vergelijking met het niet naar het ziekenhuis kunnen brengen van de zwaargewonden. Desondanks – zo stelt Nagel – dicteert de morele intuïtie dat de arm van het kind niet verdraaid mag worden. Volgens Nagel komt dat omdat een bijzondere relatie bestaat tussen doelopzet en het veroorzaakte kwaad. Een actor die doelopzet heeft, is bereid zijn handelwijze aan te passen om zijn doel te bereiken: zijn handeling wordt gestuurd door het kwaad. Dat is niet het geval bij een actor die zekerheidsopzet heeft: zijn handeling wordt niet gestuurd door het kwaad.

“What does this mean? It means that to aim at evil, even as a means, is to have one's action guided by evil. One must be prepared to adjust it to insure the production of evil (...). But the essence of evil is that it should *repel* us. If something is evil, our actions should be guided, if they are guided by it at all, toward its elimination rather than toward its maintenance. That is what evil *means*. So when we aim at evil we

⁴²⁸ Nagel 1986, 'The view from nowhere', p. 164-188.

are swimming head-on against the normative current. Our action is guided by the goal at every point in the direction diametrically opposite to that in which the value of that goal points. (...) What feels peculiarly wrong about doing evil intentionally [doelopzettelijk, AVD] even that good may come of it is the headlong striving against value that is internal to one's aim."⁴²⁹

Een voor de hand liggende tegenwerping is dat de automobilist uiteindelijk niet gestuurd wordt door het kwaad, maar door het goed. Het redden van de zwaargewonden lijkt immers zwaarder te wegen dan de pijn die het kind te verduren krijgt. Deze tegenwerping snijdt volgens Nagel alleen hout als een extern perspectief wordt ingenomen. De deontologische moraal veronderstelt echter een intern perspectief. De deontologische moraal richt zich tot de actor in kwestie. Hij is niet gehouden de beste gevolgen te realiseren, maar dient juist te handelen. Het feit dat het uiteindelijke doel goed is, kan de intrinsieke slechtheid van de doelopzettelijke handeling niet verdoezelen.⁴³⁰

Quinn baseert de DDE op het respect dat verschuldigd is aan de slachtoffers.⁴³¹ Op het eerste gezicht lijkt het vreemd het slachtoffer als uitgangspunt te nemen. De kinderen die getroffen worden door de bommen van Strategic Bomber zijn immers evenzeer dood als de kinderen die getroffen worden door Terror Bomber. Volgens Quinn gaat het er echter om dat de slachtoffers van Terror Bomber gebruikt worden als middel tot een doel. Zodoende worden ze niet behandeld met het respect dat hun toekomt: ze worden gedegradeerd tot werktuig.

“What seems specifically amiss in relations of direct harmful agency [doelopzet, AVD] is the particular way in which victims enter into an agent's strategic thinking. An indirect agent [zekerheidsopzet, AVD] may be certain that his pursuit of a goal will leave victims in its wake. But this is not because their involvement in what he does or does not do will be useful to his end. The agent of direct harm, on the other hand, has something in mind for his victims – he proposes to involve them in some circumstance that will be useful to him precisely because it involves them. He sees them as material to be strategically shaped or framed by his agency.

Someone who harms by direct agency must therefore take up a distinctive attitude toward his victims. He must treat them as if they were then and there *for* his purposes. (...) The DDE rests on the

⁴²⁹ Nagel 1986, 'The view from nowhere', p. 181-182.

⁴³⁰ Nagel 1986, 'The view from nowhere', p. 183 stelt: “Every choice is two choices, and from the internal point of view, the pursuit of evil in twisting the child's arm looms large. The production of pain is the immediate aim, and the fact that from an external perspective you are choosing a balance of good over evil does not cover up the fact that this is the intrinsic character of your action.”

⁴³¹ Quinn 2001, 'Actions, intentions, and consequences: the Doctrine of Double Effect'.

strong moral presumption that those who can be usefully involved in the promotion of a goal only at the cost of something protected by their independent moral rights (such as their life, their bodily integrity, or their freedom) ought, prima facie, to serve the goal only voluntarily.”⁴³²

Quinns ratio van de DDE heeft consequenties voor de toepassing ervan. Aangezien het respect voor het slachtoffer centraal staat, kan een ‘slachtoffer’ in beginsel toestemming verlenen voor bepaalde doelopzettelijke handelingen. Quinn meent dan ook dat de DDE ten onrechte wordt toegepast bij de boven besproken levensbeëindigende handelingen.⁴³³ Het op verzoek van de patiënt bespoedigen van diens dood om zo een eind te maken aan ernstige pijn, is in zijn optiek toelaatbaar.

Het aanvaarden van Quinns ratio heeft ook consequenties voor de beantwoording van de centrale vraagstelling van deze paragraaf. Mag bij doelopzet genoegen genomen worden met een kleinere kans dan bij kansopzet? Bij veel strafrechtelijke delicten heeft het opzet geen betrekking op mensen. Bij een delict als vernieling lijkt de stelling dat de actor die doelopzet heeft ceteris paribus een groter moreel verwijt valt te maken dan de actor die kansopzet heeft, minder overtuigend. Het lijkt bezwaarlijk Kants categorische imperatief – behandel mensen nooit alleen als middel tot doel – analoog toe te passen op zaken of dieren.⁴³⁴

4.4.2.3 De ‘Doctrine of Double Effect’: contra

De DDE heeft betrekking op de toelaatbaarheid van handelingen. De DDE brengt mee dat bepaalde doelopzettelijke handelingen absoluut verboden zijn. Als alleen sprake is van zekerheidsopzet, dan is de handeling onder omstandigheden toelaatbaar. De toelaatbaarheid van een handeling scharniert aldus om het type opzet dat de actor heeft. Volgens Rachels geschiedt dit ten onrechte.⁴³⁵

“I want to focus on what the traditional view implies about the moral relation between act and intention. On this view, an act that is otherwise permissible may become impermissible if it is accompanied by a bad intention. The intention makes the act wrong.”⁴³⁶ “In the bombing example, the same civilians are killed, and the same factory is destroyed, *regardless of the intention*. If the act is wrong with one intention, how can it be right with another? It is hard to see how the

⁴³² Quinn 2001, ‘Actions, intentions, and consequences: the Doctrine of Double Effect’, p. 35-36.

⁴³³ Quinn 1993, ‘Morality and action’, p. 194-197.

⁴³⁴ In paragraaf 4.3.5 betoog ik hetzelfde met betrekking tot rechtspersonen.

⁴³⁵ Rachels 1986, ‘The end of life. Euthanasia and morality’, p. 92-96.

⁴³⁶ Rachels 1986, ‘The end of life. Euthanasia and morality’, p. 93.

transformation from wrong to right can be made simply by 'purifying the intention'.⁴³⁷

Volgens Rachels kan het type opzet hooguit iets zeggen over het karakter van de actor, maar niet over de juistheid van de handeling. Rachels illustreert zijn visie aan de hand van het volgende voorbeeld. Dokter White en dokter Black behandelen beiden een baby die een terminale darmaandoening heeft. Verdere behandeling zal er niet toe leiden dat de baby het overleeft en zal enkel leiden tot meer pijn. Dokter White stopt de behandeling om verder lijden te voorkomen, hoewel hij weet dat de dood daardoor wordt bespoedigd. Dokter Black meent dat het beter is de baby iets eerder te laten overlijden dan hem zinloos te laten lijden. Hij stopt de behandeling met het doel de dood te bespoedigen. Dokter White heeft doelopzet op het vermijden van pijn en zekerheidsopzet op het eerder overlijden. Dokter Black heeft doelopzet op het vermijden van pijn en doelopzet op het eerder overlijden. Volgens Rachels kan niet gezegd worden dat de handelwijze van dokter White juist is, terwijl de handelwijze van dokter Black onjuist is. Beide handelwijzen zijn even juist of onjuist. Als al verschil gemaakt kan worden tussen de beide gevallen, dan heeft dat betrekking op het karakter van de actor. Zo zou men van mening kunnen zijn dat dokter Black blijkt geeft van een slechter karakter dan dokter White.⁴³⁸

Rachels' betoog is van belang voor de beantwoording van de onderhavige vraagstelling: vervult doelopzet een zelfstandige rol in het strafrecht? Als de DDE een rol speelt in het strafrecht, dan houdt dat verband met het karakter van de actor. Het heeft geen betrekking op de toelaatbaarheid van handelingen. Het veroorzaken van een bepaald gevolg (dood of letsel) wordt in het strafrecht in beginsel als ontoelaatbaar (wederrechtelijk) bestempeld. Het is hier de vraag of de doelopzettelijke handeling blijkt geeft van een slechter karakter, zodat eerder sprake is van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Hieronder bespreek ik deze these aan de hand van Strategic Bomber en Terror Bomber.

Stel, Strategic Bomber en Terror Bomber bombarderen een locatie waar zowel een munitiefabriek als een school gevestigd is. Strategic Bomber werpt zijn bommen af om de munitiefabriek te treffen. Hij verwacht dat de vernietiging van de munitiefabriek de vijand zal demoraliseren, waardoor de oorlog wordt beëindigd. Hierdoor worden 10.000 levens gespaard. Terror Bomber werpt zijn bommen af om de kinderen in de school te doden. Hij verwacht dat de dood van de kinderen de vijand zal demoraliseren, waardoor de oorlog wordt beëindigd. Hierdoor worden 10.000 levens gespaard. Het verschil tussen Strategic Bomber en Terror Bomber kan als volgt schematisch worden weergegeven.

⁴³⁷ Rachels 1986, 'The end of life. Euthanasia and morality', p. 92.

⁴³⁸ Rachels 1986, 'The end of life. Euthanasia and morality', p. 94 meent zelf overigens dat dit niet het geval is.

Tabel 4.3 *Vergelijking opzetteype Strategic Bomber en Terror Bomber*

	vernietiging fabriek	doden kinderen	sparen 10.000 levens
Strategic Bomber	doelopzet	zekerheidsopzet	doelopzet
Terror Bomber	zekerheidsopzet	doelopzet	doelopzet

Er zijn vier overeenkomsten tussen het geval van Strategic Bomber en Terror Bomber. (1) Beiden voeren dezelfde handeling uit. (2) Beiden voorzien met dezelfde mate van zekerheid dat de drie genoemde gevolgen zullen intreden. (3) Beiden menen dat het sparen van 10.000 levens zwaarder weegt dan de dood van de kinderen (en de vernietiging van de fabriek). (4) Beiden hebben doelopzet op hetzelfde uiteindelijke doel (sparen 10.000 levens).

Het centrale verschil tussen de twee bommengooiers wordt gevormd door de wijze waarop de causale structuur psychisch wordt gerepresenteerd. Strategic Bomber wenst en verwacht het goede resultaat te bereiken door middel van de vernietiging van de fabriek, terwijl Terror Bomber het goede resultaat wenst en verwacht te bereiken door middel van de dood van de kinderen. Het is nu de vraag of dit verschil de gevolgtrekking rechtvaardigt dat Terror Bomber een slechter karakter heeft dan Strategic Bomber.

Het is verleidelijk Terror Bomber een slechter karakter toe te schrijven, omdat hij wenst dat de kinderen de dood vinden. Het is de vraag of dat terecht is. Eerder bleek dat een actor die doelopzet heeft het gevolg hetzij intrinsiek, hetzij extrinsiek wenst.⁴³⁹ Iemand die genoegens scheidt in de dood van onschuldige kinderen wenst intrinsiek. Een dergelijk persoon kan aangemerkt worden als een sadist: hij heeft een slecht karakter. Maar kan hetzelfde gezegd worden van een Terror Bomber die met spijt in zijn hart de school bombardeert in een poging het leven van 10.000 anderen te sparen? Terror Bomber wenst extrinsiek: hij wenst het slechte gevolg om het goede gevolg te realiseren. Ik zie niet in waarom Terror Bomber blij zou geven van een slechter karakter dan Strategic Bomber.⁴⁴⁰

Ik denk dat de bijzondere status die de DDE toekent aan doelopzet moeilijk herleid kan worden tot het karakter van de actor. Laten we aannemen dat Terror Bombers handelwijze uiteindelijk resulteert in het kleinste aantal doden. Door 100 mensen doelopzettelijk te doden worden 10.000 mensenlevens gespaard. Bovendien zijn geen andere opties voorhanden. Aanhangers van de DDE menen nu dat Terror Bomber af zou moeten zien van deze handelwijze. Als dit verbod gerelateerd zou worden aan het karakter van de actor, dan is sprake van een anomalie. De actor streeft zowel naar het slechte als het goede gevolg. Als doelopzet op het slechte gevolg een uiting is van een slecht karak-

⁴³⁹ Zie paragraaf 4.4.1.

⁴⁴⁰ Vgl. Bennett 1981, 'Morality and consequences', p. 95-105; Bennett 1995, 'The act itself', p. 214-224; Simester 1996, 'Why distinguish intention from foresight?'

ter, dan geeft het streven naar het goede gevolg blijk van een goed karakter.⁴⁴¹ De aanhangers van de DDE trekken deze conclusie niet. Het lijkt daarom minder gelukkig de bijzondere status van doelopzet te relateren aan het karakter van de actor.

De centrale vraag is of een intrinsiek moreel verschil bestaat tussen doelopzet en de andere opzetparadigma's. Ik ben geneigd deze vraag negatief te beantwoorden. De gevallen die de DDE wél toelaat en de gevallen die de DDE niet toelaat, vertonen belangrijke overeenkomsten. Ik ben met Hart van mening dat overwegende betekenis moet worden toegekend aan deze overeenkomsten.

“Perhaps the most perplexing feature of these cases is that the overriding aim in all of them is the same good result (...). The differences between the cases are differences of causal structure leading to the applicability of different verbal distinctions. There seems to be no relevant moral difference between them on any theory of morality. It is perfectly true that those cases that the Catholic doctrine forbids may be correctly described as cases of intentional killing [doelopzet, AVD] (intentionally killing the dying man to stop his pain, intentionally killing the unborn child to save the mother), whereas the cases which the doctrine allows are naturally described as cases of ‘knowingly causing death’ [zekerheidsopzet, AVD]. But neither these verbal differences nor the differences in causal structure are correlated with moral factors. In certain cases there may be some concomitant moral differences, but these seem to be only contingently connected with the difference between direct and indirect intention.”⁴⁴²

Volgens Hart bestaat geen relevant moreel verschil tussen doelopzet en de andere opzettingen. Als al verschil aanwezig lijkt te zijn, dan is dat te wijten aan toevallig aanwezige factoren. Zo kan het zijn dat een actor die met doelopzet handelt *in de regel* een groter moreel verwijt valt te maken dan een actor die handelt met kans- of zekerheidsopzet. Dat is bijvoorbeeld het geval als het al dan niet hebben van doelopzet in de praktijk correleert met andere morele factoren. Het is niet ondenkbaar dat een actor die handelt met doelopzet in de regel een slechter motief heeft.⁴⁴³ Bovendien zal de kans dat het gevolg intreedt bij een actor die handelt met doelopzet in de regel groter zijn.⁴⁴⁴ Deze actor heeft er immers belang bij de kans op succes zo groot mogelijk te maken. De vraag die hier centraal staat is echter of een *intrinsiek* moreel verschil bestaat. Dat betekent dat alleen acht geslagen moet worden op factoren die noodzakelijkerwijs aanwezig zijn.

⁴⁴¹ Vgl. Kagan 1989, ‘The limits of morality’, p. 177-182.

⁴⁴² Hart 1968, ‘Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law’, p. 124.

⁴⁴³ Vgl. Kugler 2002, ‘Direct and oblique intention in the criminal law. An inquiry into degrees of blameworthiness’, p. 27-30.

⁴⁴⁴ Zie paragraaf 2.4.4.2.b en 4.5.4.3.c.

Er is één factor die in beide gevallen prominent aanwezig is. In beide gevallen voorziet de actor met dezelfde mate van zekerheid dat de gevolgen zullen intreden. Dat brengt mee dat de actor in beide gevallen controle heeft met betrekking tot het al dan niet intreden van het gevolg. De actor had de gevolgen in beide gevallen gemakkelijk kunnen vermijden. Deze overeenkomst – in beide gevallen heeft de actor evenveel controle – rechtvaardigt het oordeel dat geen relevant moreel verschil bestaat tussen doelopzet en de andere opzettypen.⁴⁴⁵

4.4.3 Komt zelfstandige betekenis toe aan het paradigma doelopzet?

4.4.3.1 Inleiding

Ik keer terug naar de eerder opgeworpen vraagstelling: komt zelfstandige betekenis toe aan de vraag of de actor al dan niet doelgericht heeft gehandeld? Het al dan niet doelgericht handelen zou van belang kunnen zijn in verband met de ondergrens van het strafrechtelijk opzet. Deze these zou als volgt verdedigd kunnen worden. Er bestaat een intrinsiek moreel verschil tussen doelopzet en de andere opzetparadigma's. Een actor die doelopzet heeft valt – ceteris paribus – een groter moreel verwijt te maken dan een actor die kans- of zekerheidsopzet heeft. Daarom mag bij doelopzet genoeg genomen worden met een kleinere kans dan bij kansopzet. De onderstaande voorbeelden kunnen als illustratie dienen.

Arnold is een verkoper. Hij verkoopt vergiftigde wijn, terwijl hij weet dat X procent kans bestaat dat de koper komt te overlijden door het drinken van de wijn. Hij verkoopt de wijn om geld te verdienen en heeft er geen belang bij dat de koper komt te overlijden.

Bernard is een begrafenisondernemer. Hij verkoopt vergiftigde wijn, terwijl hij weet dat X procent kans bestaat dat de koper komt te overlijden door het drinken van de wijn. Hij verkoopt de wijn om de koper van het leven te beroven, zodat hij geld kan verdienen aan de begrafenis.

⁴⁴⁵ Vgl. D'Arcy 1963, 'Human acts. An essay in their moral evaluation', p. 170-174; Hart 1968, 'Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law', p. 113-135; Frey 1975, 'Some aspects to the doctrine of double effect'; Frey 1983, 'Rights, killing, and suffering. Moral vegetarianism and applied ethics', p. 118-156. Hart 1968, p. 121-122 stelt: "[Both] the case of direct intention and that of oblique intention share one feature which any system of assigning responsibility for conduct must always regard as of crucial importance. (...) [In both cases the agent] had control over and may be considered to have chosen the outcome, since he consciously opted for the course leading to the victims' deaths. Whether he sought to achieve this as an end or a means to his end, or merely foresaw it as an unwelcome consequence of his intervention, is irrelevant at the stage of conviction where the question of control is crucial." Frey stelt dat in beide gevallen sprake is van 'control responsibility'.

Zowel Arnold als Bernard handelen met hetzelfde motief (geldgewin) en zijn zich bewust van hetzelfde risico (X procent). Bernard handelt echter met het doel de koper van het leven te beroven, terwijl dat bij Arnold niet het geval is. Stel dat in het geval van Arnold geen opzet wordt aangenomen, aangezien de kansgrootte nét te klein is: er is sprake van een bijna-aanmerkelijke kans. Nu zou men kunnen betogen dat in het geval van Bernard dezelfde kansgrootte wél voldoende groot is om opzet aan te kunnen nemen. Het verschil in morele verwerpelijkheid rechtvaardigt de conclusie dat sprake is van strafrechtelijk opzet. Als deze conclusie aanvaard wordt, dan komt zelfstandige betekenis toe aan het paradigma doelopzet. Het kan dan van belang zijn vast te stellen of iemand al dan niet doelgericht gehandeld heeft. Meent men daarentegen dat in beide gevallen dezelfde kansgrootte volstaat, dan heeft het paradigma doelopzet geen zelfstandige betekenis in het Nederlandse strafrecht.

Hieronder bespreek ik een drietal argumenten die – al dan niet tezamen – beogen te demonstreren dat geen zelfstandige rol is weggelegd voor het doelopzet. Achtereenvolgens bespreek ik (1) de controversiële status van doelopzet; (2) de morele neutraliteit van opzet; en (3) een begripsmatig bezwaar.

4.4.3.2 *Contra I: de controversiële status van doelopzet*

Voorstanders van de DDE menen dat bepaalde doelopzettelijke handelingen in beginsel absoluut verboden zijn. De grootte van het risico dat genomen wordt, lijkt er in die context niet toe te doen. Het doelopzettelijk nemen van een groot risico is evenzeer absoluut verboden als het doelopzettelijk nemen van een uiterst gering risico. Volgens deze gedachtegang zou bij doelopzet genoeg genomen mogen worden met een kleinere kans dan bij kansopzet.⁴⁴⁶ Tegenstanders van de DDE menen dat geen intrinsiek moreel verschil bestaat tussen doelopzet en de andere opzetparadigma's. Daaruit volgt dat bij doelopzet niet volstaan mag worden met een kleinere kans dan bij kansopzet.

De morele status van doelopzet is omstrede. Auteurs als Nagel, Quinn, Anscombe en Foot tonen zich voorstander van de DDE.⁴⁴⁷ Auteurs als Hart,

⁴⁴⁶ Zie echter Foot 2001, 'Morality, action, and outcome'. Foot is een voorstander van de DDE, maar meent dat doelopzet niet in alle gevallen moreel verwerpelijker is. Foot 2001, p. 69 stelt: "To be sure it often makes no difference to the injustice of an action whether an injury which it causes is something the agent aims at or is something he foresees but has not made the object of his will. A merchant who sold food he knew to be poisonous in order to make money would be morally no better than an unemployed grave digger who deliberately killed to get trade." Foots voorbeeld verschilt alleen ten aanzien van de voorziene kansgrootte van het boven als uitgangspunt genomen voorbeeld.

⁴⁴⁷ Zie Nagel 1986, 'The view from nowhere', p. 164-188; Quinn 2001, 'Actions, intentions, and consequences: the Doctrine of Double Effect'; Anscombe 2001, 'Medalist's address: action, intention, and 'double effect''; Foot 2001, 'Morality, action, and outcome'.

Rachels, Kagan en Bennett zien weinig of niets in de DDE.⁴⁴⁸ Zowel voor- als tegenstanders van de DDE pretenderen een verklaring te bieden voor de morele intuïtie. Mijn eigen morele intuïtie komt grosso modo overeen met die van de tegenstanders van de DDE. Ik meen dat geen intrinsiek moreel verschil bestaat tussen doelopzet en de andere opzetparadigma's. Voor zover in de praktijk verschil lijkt te bestaan, is dat mijns inziens te wijten aan factoren die losstaan van het type opzet. Daarbij kan gedacht worden aan het motief van de actor of de grootte van de kans die voorzien wordt.

Het lijkt ongepast de beantwoording van de onderhavige vraagstelling uitsluitend af te laten hangen van mijn eigen morele opvatting. Verstandige mensen kunnen met elkaar van mening verschillen over dit onderwerp. De stelling dat de doelgerichtheid geen weerslag dient te hebben op de vereiste kansgrootte, laat zich echter verdedigen zonder positie te kiezen in het morele debat. De vraagstelling heeft betrekking op een keuze tussen meer en minder strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het genoeg nemen met een kleinere kans bij doelopzet behelst een keuze voor een ruimere strafrechtelijke aansprakelijkheid. In paragraaf 4.3.8.9 heb ik het lenitybeginsel besproken. Als getwijfeld wordt tussen twee verdedigbare interpretaties, dan moet gekozen worden voor het minst ingrijpende alternatief. Gezien de controversiële morele grondslag van de DDE, lijkt het gepast de voorkeur te geven aan de restrictiefste interpretatie. Zolang de wetgever geen positie kiest in dit debat, is terughoudendheid op haar plaats.⁴⁴⁹

4.4.3.3 *Contra II: de morele neutraliteit van het strafrechtelijk opzet*

De these dat bij doelopzet genoeg genomen mag worden met een kleinere kans dan bij kansopzet berust op twee vooronderstellingen. (1) Er bestaat een intrinsiek moreel verschil tussen doelopzet en de andere opzetparadigma's. (2) Dit verschil dient een rol te spelen bij de interpretatie van strafrechtelijk opzet. Ik ga hier in op de tweede vooronderstelling. Dient een intrinsiek moreel verschil – als dit aanwezig wordt geacht – tot uiting te komen in de interpretatie van opzet?

Het al dan niet doelgericht handelen zou tot uiting moeten komen in de vereiste kansgrootte, aangezien de doelgerichte actor een groter moreel verwijt

⁴⁴⁸ Zie Hart 1968, 'Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law', p. 122-125; Rachels 1986, 'The end of life. Euthanasia and morality', p. 92-96; Kagan 1989, 'The limits of morality', p. 128-182; Bennett 1995, 'The act itself', p. 194-225.

⁴⁴⁹ Uit art. 293 lid 2 Sr (gerechtvaardigde euthanasie) blijkt dat het Nederlandse strafrecht geen absoluut verbod op het doelopzettelijk doden van een mens kent. Dit hoeft geen impliciete verwerping van de DDE te behelzen. Men kan verdedigen dat de dood van een mens bij wie sprake is van (1) een vrijwillig en weloverwogen verzoek om te sterven; en (2) uitzichtloos en ondraaglijk lijden, niet aangemerkt moet worden als een slecht gevolg. De DDE staat niet in de weg aan het doelopzettelijk realiseren van een goed gevolg (een goede dood). Dit is in overeenstemming met Quinns kantiaanse verdediging van de DDE. Zie Quinn 1993, 'Morality and action', p. 194-197.

valt te maken. Maar, zo kan men zich afvragen, waarom is dat dan niet het geval bij andere factoren die de morele status van de actor evenzeer beïnvloeden? De gerechtvaardigheid van de handeling en de verwijtbaarheid van de actor komen bij doleuze delicten immers niet aan de orde bij het vaststellen van het opzet.⁴⁵⁰

Een arts die de eisen van art. 293 lid 2 Sr in acht neemt, pleegt gerechtvaardigde euthanasie. Bij de eerste materiële vraag wordt vastgesteld dat de arts opzettelijk het leven van een ander heeft beëindigd. De gerechtvaardigheid van de handeling komt aan de orde bij de derde materiële vraag. Er wordt opzet aangenomen, hoewel de arts geen moreel verwijt gemaakt wordt. Hetzelfde doet zich voor bij de schulduitsluitingsgronden. Bij doleuze delicten komen de schulduitsluitingsgronden aan de orde bij de derde materiële vraag. Schulduitsluiting veronderstelt de aanwezigheid van opzet.

Uit het bovenstaande blijkt dat opzet een moreel neutraal begrip is. Bij het vaststellen van het opzet wordt slechts een voorschot genomen op de verwijtbaarheid van de actor. Een actor die opzet heeft, handelt in de regel verwijtbaar, maar dat hoeft niet. De wetgevers verwerping van boos opzet kan in dezelfde sleutel geplaatst worden.⁴⁵¹ In vroegere pogingen een nationaal wetboek van strafrecht te ontwerpen, is weleens bepaald dat sprake moest zijn van boos opzet. De wetgever van 1886 stond echter een kleurloos opzetbegrip voor.

“Het booze (slechte, zedelijk kwade) van het opzet is bij de meeste misdrijven (moord, diefstal, verkrachting enz.) in het opzet zelf begrepen. Waar dit niet het geval is, wordt het onderzoek of het opzet *boos*, zoo als in het algemeen het onderzoek of het opzet meer of minder *boos* was, uitsluitend van belang voor de waardeering van de motieven der daad die echter alleen op de mate van strafbaarheid, niet op de beslissing der vraag of er misdrijf gepleegd is, van invloed mogen zijn. De strafbaarheid der daad afhankelijk te stellen van hare zedelijke waarde of onwaarde volgens des daders opvatting, berust – om met KEMPER te spreken – «op eene verwarring van zedkundige en regtsgeleerde begrippen».”⁴⁵²

De wetgever meende aldus dat de boosheid van opzet niet op bestanddeelniveau aan de orde diende te komen. De boosheid van opzet wordt in verband gebracht met de motieven van de daad. Motieven zijn in de regel alleen van

⁴⁵⁰ Zie ook paragraaf 4.3.8.4.a en 4.3.8.8.

⁴⁵¹ Het gaat mij hier om de vraag of de actor zich bewust dient te zijn van de strafbaarheid of ongeoorloofdheid van zijn handeling, hoewel dat niet blijkt uit de bestanddelen waar het opzet op gericht is. De verwerping van boos opzet laat onverlet dat sommige bestanddelen boosheid impliceren (bijvoorbeeld wederrechtelijkheid). Strijards 1983, ‘Facetten van dwaling in het strafrecht’, p. 96-102 spreekt in dat geval van boos opzet. Voor mij is hier alleen van belang dat opzet niet noodzakelijkerwijs boos is. Zie HR 24 april 2007, NJ 2007, 544 over boos opzet.

⁴⁵² Smidt I, p. 77.

belang bij de strafoplegging. Het is de vraag of niet hetzelfde moet gelden met betrekking tot de doelgerichtheid van de actor.

Een actor heeft doelopzet op het veroorzaken van een gevolg als hij handelt omdat hij wenst dat het gevolg intreedt en voorziet dat zijn handeling het gevolg kan veroorzaken. Bij doelopzet vormt het gevolg een reden om te handelen.⁴⁵³ Men zou ook kunnen stellen dat het gevolg het motief om te handelen vormt. De geschiedenis van ons wetboek laat zien dat minister Modderman deze opvatting toegedaan was. Hij werpt personen die het strafrechtelijk opzetbegrip opvatten als doelopzet tegen dat zij opzet en motief met elkaar verwarren.

“In aansluiting aan hetgeen de heer Patijn heeft gezegd, constateer ook ik, dat de geachte afgevaardigde uit Zevenbergen, het dubbelzinnige woord ‘*bedoeling*’ gebruikende, hier opzet en motief verwacht. Hij, die in oorlogstijd, opzettelijk oproer of mouterij onder het krijgsvolk van den Staat te weeg brengt of bevordert, hij *heeft* den wil om den Staat te benadeelen, om de weerkracht van den Staat te verzwakken. Zijne bewering van het tegendeel ware eene *protestatio actui contraria*.”⁴⁵⁴

Kamerlid Van de Werk duidt opzet aan met termen als oogmerk, bedoeling en doel. Volgens Modderman verwacht het Kamerlid opzet en motief. De term motief verwijst in dit geval naar de bestanddelen van de delictsomschrijving. De actor handelt om deze bestanddelen te realiseren. De term motief verwijst meestal naar beweegredenen die geen betrekking hebben op het delict in kwestie.⁴⁵⁵ Stel, een dief steelt geld om zijn zieke dochter te helpen. In dat geval vormt het helpen van de dochter het motief om tot diefstal over te gaan. Het spreekt voor zich dat dergelijke motieven geen rol spelen bij de interpretatie van opzet. Zou hetzelfde niet dienen te gelden voor delictsgerelateerde motieven?

Ik meen dat de doelgerichtheid van de actor niet tot uiting moet komen in de vereiste kansgrootte. Er zijn vele factoren die invloed kunnen hebben op het morele schuldverwijt. Is sprake van noodweer of noodweereces? Heeft de actor met een goed of slecht motief gehandeld? Is gehandeld in een vlaag van verstandsverbijstering of is het delict nauwgezet gepland? Hoeveel schade of letsel is toegebracht? Deze factoren komen aan de orde bij de strafuitsluitingsgronden of de bepaling van de strafhoogte. Het ligt in de rede de doelgerichtheid van de handeling op dezelfde wijze te benaderen als de andere factoren. Als men – anders dan ik – al mocht vinden dat de doelgerichtheid een autonoom

⁴⁵³ Vgl. Anscombe 1972, ‘Intention’; Fried 1978, ‘Right and wrong’, p. 20-28; Duff 1990, ‘Intention, agency and criminal liability: philosophy of action and the criminal law’, p. 47-51.

⁴⁵⁴ Smidt II, p. 217.

⁴⁵⁵ Vgl. Williams 1965, ‘The mental element in crime’, p. 9-14.

me factor vormt bij het bepalen van het schuldverwijt, dan zou dat tot uitdrukking moeten komen bij het bepalen van de strafhoogte. De doelgerichtheid dient geen rol te spelen bij de interpretatie van opzet.

Deze opvatting is in lijn met HR 24 juni 2003, NJ 2003, 555 (Hiv-arrest II).⁴⁵⁶ De Hoge Raad oordeelde dat er geen grond is 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 ervaringsregels aanmerkelijk is te achten. De strekking van het arrest is dat de vereiste kansgrootte bij kansopzet niet gedirigeerd wordt door normatieve factoren. De door mij verdedigde opvatting behelst dat de factor die doelopzet onderscheidt van kansopzet – de doelgerichtheid – hetzelfde wordt benaderd. Ook een actor die doelopzet heeft, kan pas strafrechtelijk aansprakelijk gehouden worden als hij zich bewust is van een aanmerkelijke kans.

4.4.3.4 *Contra III: een begripsmatig bezwaar*

De centrale vraag is of bij doelopzet genoeg genomen mag worden met een kleinere kans dan bij kansopzet. Als de ondergrens bij kansopzet wordt gevormd door een kansgrootte van Y procent, dan ligt de ondergrens bij doelopzet bij een kleinere kansgrootte. Een preliminaire vraag is hoe groot de kans Y is bij kansopzet. In paragraaf 4.5.4.3.e blijkt dat deze kans, anders dan de term ‘aanmerkelijke kans’ doet vermoeden, niet bijzonder groot hoeft te zijn. Ik ga daar uit van een ondergrens van 10 procent. De vaststelling dat een geringe kans volstaat bij kansopzet geeft aanleiding tot een begripsmatig bezwaar. Kan überhaupt gesproken worden van doelopzet als de actor de kans op het intreden van het gevolg als gering inschat?

Dit begripsmatige bezwaar kan verdedigd worden aan de hand van de opvatting van Duff.⁴⁵⁷ Duff meent dat doelopzet het centrale paradigma van de strafrechtelijke aansprakelijkheid is. Volgens Duff zou bij bepaalde delicten en bij de poging alleen volstaan mogen worden met doelopzet. Bij de bespreking van het begrip doelopzet wijst Duff erop dat de actor zich ten minste bewust moet zijn van enige kans.⁴⁵⁸ Zo meent Duff dat een ongeoefende darter geen doelopzet kan hebben op het raken van de triple twintig. Dit heeft onder meer te maken met het feit dat de ongeoefende darter zichzelf weinig kans op succes toedicht.

De filosoof Audi drukt zich iets sterker uit. Volgens hem kan alleen sprake zijn van doelopzet als de actor zich bewust is van een substantiële kans.⁴⁵⁹ Als

⁴⁵⁶ Zie paragraaf 4.5.4.3.d en 4.5.4.3.e over de Hiv-arresten.

⁴⁵⁷ Duff 1990, ‘Intention, agency and criminal liability: philosophy of action and the criminal law’.

⁴⁵⁸ Duff 1990, ‘Intention, agency and criminal liability: philosophy of action and the criminal law’, p. 55-58.

⁴⁵⁹ Zie Audi 1973, ‘Intending’; Audi 1986, ‘Intending, intentional action, and desire’; Audi 1994, ‘Volition, intention, and responsibility’.

de kans die de actor voorziet te klein is, dan kan men hoogstens stellen dat de actor hoopt dat het gevolg zal intreden.

“Let us start with the question of how intentions are related to beliefs. It seems clear that if x intends to bring about θ by doing A, he must have some belief about the likelihood that his doing A will achieve θ . (...) Should we say that x need only believe that his doing A is a possible way to achieve θ ? This would be too weak. (...) To distinguish intending to bring about θ from merely hoping to bring about θ by doing A, we need to require that x at least believe his doing A will be a probable way to achieve θ . (...) [We] do not normally say things of the forms, ‘I intend to do A’ and ‘I intend to bring about θ by doing A’, unless we at least believe it probable (in the sense of ‘likely’) that we will do A, or bring about θ by doing it, where x believes his doing A, or his bringing about θ by doing A, to be *probable*, only if he believes they are more likely than not.”⁴⁶⁰

Als Audi’s visie als uitgangspunt wordt genomen, dan volstaat zelfs de kans Y (de ondergrens van kansopzet) niet voor doelopzet. Dat geldt uiteraard a fortiori voor een kans die kleiner is dan Y. Als men deze analyse toepast op het strafrecht, dan volgt daaruit dat in het Nederlandse strafrecht geen zelfstandige rol is weggelegd voor doelopzet. Een actor die slechts een kleine kans voorziet, kán gewoonweg geen doelopzet hebben.⁴⁶¹

4.4.3.5 *Besluit*

Ik heb drie argumenten besproken die – al dan niet tezamen – beogen te demonstreren dat geen zelfstandige rol is weggelegd voor doelopzet. (1) De stelling dat een intrinsiek moreel verschil bestaat tussen doelopzet en de andere opzettingen is controversieel. Het lenitybeginsel brengt mee dat de restrictiefste interpretatie de voorkeur verdient. (2) Het Nederlandse opzetbegrip is moreel neutraal. Factoren die betrekking hebben op de morele verwijtbaarheid van de actor spelen doorgaans geen rol bij de interpretatie van opzet. Hetzelfde dient te gelden voor de doelgerichtheid van de actor. (3) Het begrip doelopzet veronderstelt dat sprake is van een aanzienlijke kans. Als bij doelopzet genoegen genomen zou worden met een kleinere kans dan bij kansopzet, dan treedt men buiten de kaders van het begrip doelopzet.

⁴⁶⁰ Audi 1973, ‘Intending’, p. 387-388.

⁴⁶¹ Dit argument is op zichzelf beschouwd niet doorslaggevend. Het is mogelijk dat een jurist bij het interpreteren van het opzetbegrip afwijkt van taalkundige of filosofische conventies. Tegen de achtergrond van de andere bezwaren acht ik een dergelijke afwijking echter niet gerechtvaardigd.

4.4.4 Besluit

Een actor heeft doelopzet op het veroorzaken van een gevolg als hij handelt omdat hij wenst dat het gevolg intreedt en voorziet dat zijn handeling het gevolg kan veroorzaken.

Een actor heeft zekerheidsopzet op het veroorzaken van een gevolg als hij handelt terwijl hij met een grote mate van zekerheid voorziet dat zijn handeling het gevolg zal veroorzaken.

Een actor heeft kansopzet op het veroorzaken van een gevolg als hij handelt terwijl hij voorziet dat een aanmerkelijke kans bestaat dat zijn handeling het gevolg zal veroorzaken.

De onderhavige paragraaf stond in het teken van drie paradigma's van opzet: doelopzet, zekerheidsopzet en kansopzet. Het verschil tussen zekerheidsopzet en kansopzet is slechts gradueel van aard. Zekerheidsopzet kan beschouwd worden als een specialis van kansopzet. De actor is zich in beide gevallen bewust van een aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden. Doelopzet vertoont een belangrijk verschil met de andere opzettingen. Bij doelopzet vormt het gevolg een reden om te handelen: de actor handelt omdat hij wenst en verwacht dat het gevolg kan intreden. Zijn handeling is mislukt als het gevolg niet intreedt.

Het was de vraag of zelfstandige betekenis toekomt aan doelopzet: volstaat een kleinere kans bij doelopzet? De controversiële morele status van doelopzet, de morele neutraliteit van het strafrechtelijk opzet en de contouren van het begrip doelopzet nopen tot een negatief antwoord. Dat betekent dat hetgeen doelopzet onderscheidt van de andere opzettingen strafrechtelijk irrelevant is. Het feit dat de actor handelt omdat hij wenst en verwacht dat het gevolg kan intreden, is op zichzelf beschouwd niet van belang. Ook een actor die doelopzet heeft, dient zich bewust te zijn van een aanmerkelijke kans. Dat brengt mee dat het strafrechtelijk opzet als volgt omlijnd kan worden.

Een actor heeft opzet op het veroorzaken van een gevolg als hij handelt terwijl hij voorziet dat ten minste een aanmerkelijke kans bestaat dat zijn handeling het gevolg zal veroorzaken.

Het strafrechtelijk opzet wordt aldus herleid tot het paradigma kansopzet. Een rechter die tot het bewijs van opzet komt, hoeft zich geen rekenschap te geven van de kenmerken van de andere opzetparadigma's. Het is niet van belang dat de actor het intreden van het gevolg met een grote mate van zekerheid heeft voorzien. Het is niet van belang dat de actor gehandeld heeft om het gevolg te realiseren. De rechter hoeft alleen vast te stellen dat ten minste sprake is van kansopzet.

4.5 AARD EN INHOUD VAN OPZET: OPZET-ACT EN OPZET-OBJECT

4.5.1 Inleiding

De conclusie van de vorige paragraaf was dat het strafrechtelijk opzet herleid kan worden tot het paradigma kansopzet. In deze paragraaf wordt het kansopzet nader geanalyseerd. Ik ga uit van de opvatting dat opzet een psychisch begrip is. Dat roept de vraag op welke psychische gerichtheden noodzakelijk zijn om van opzet in strafrechtelijke zin te kunnen spreken. Gaat het om ‘willen’, ‘weten’ of een combinatie van beide? Een andere belangrijke vraag heeft betrekking op het object van de psychische gerichtheid. Waar moet de psyche op gericht zijn om van helings- of doodslagopzet te kunnen spreken? Hier komt ook het kansaspect van het kansopzet aan de orde. Wat moet worden verstaan onder een ‘aanmerkelijke kans’? En, welke psychische gerichtheden – zeker weten, vermoeden, twijfelen, etc. – vallen binnen de grens van het begrip kansopzet?

De opbouw van deze paragraaf is als volgt. Ik begin met een uiteenzetting over het begrip intentionaliteit. Ik betoog hier dat opzet bestaat uit een bepaalde psychische act (opzet-act) die gericht is op een bepaald object (opzet-object). Vervolgens sta ik stil bij het opzet-object. Hier komt aan de orde uit welke aspecten een opzet-object is opgebouwd. In paragraaf 4.5.4 staat de aard van de opzet-act centraal. Ik betoog hier dat psychische verschijnselen ingedeeld kunnen worden in drie grondklassen: (1) voorstellingen; (2) oordelen; en (3) waarderingen. Vervolgens verdedig ik de opvatting dat strafrechtelijk opzet herleid kan worden tot een oordeelsact met betrekking tot het opzet-object. Ik onderscheid vier manifestaties van opzet: (1) positief oordeel; (2) kwantitatief kansoordeel; (3) kwalitatief kansoordeel; en (4) impliciet kansoordeel. Ten slotte bespreek ik de verhouding tussen het opzetbegrip en de waarderingsact (‘willen’). Hier verdedig ik de opvatting dat ‘willen’ geen noodzakelijke component is van strafrechtelijk opzet.

4.5.2 Intentionaliteit en de structuur van opzet

Bij de analyse van opzet neem ik het werk van de psycholoog en filosoof Franz Brentano (1838-1917) als uitgangspunt. Brentano heeft belangrijke bijdragen geleverd aan de psychologie, filosofie van de geest, taal filosofie, ontologie, logica en ethiek.⁴⁶² Zijn driedelige ‘Psychologie vom empirischen Standpunkt’, dat voor het eerst verscheen in 1874, bevat een gedetailleerde analyse van psychische verschijnselen. In dit werk introduceert Brentano het concept intentionali-

⁴⁶² Vgl. Schuhmann 2004, ‘Brentano’s impact on twentieth-century philosophy’; Jacquette 2004, ‘Introduction: Brentano’s philosophy’; Van Baaren 1996, ‘Brentano’s intentionality-begrip en het ontstaan van de psychologie als wetenschap’.

teit: psychische verschijnselen zijn gericht op iets. Intentionaliteit is het centrale thema in de door Brentano's leerling Husserl ontwikkelde fenomenologie.⁴⁶³ Daarnaast speelt het een belangrijke rol in de moderne filosofie van de geest. Filosofen als Searle, Chisholm en Fodor gaan voort op het pad dat Brentano heeft uitgezet.⁴⁶⁴

Volgens Brentano worden psychische verschijnselen – in tegenstelling tot fysische verschijnselen – gekenmerkt door intentionaliteit: ze zijn gericht op een object. Hieronder volgt een vertaling van Brentano's klassieke formulering van intentionaliteit.

Kenmerkend voor alle psychische verschijnselen is wat de middeleeuwse Scholastici de intentionele (of mentale) in-existentie van een object noemden, en wat wij, ofschoon niet geheel vrij van dubbelzinnigheden, zouden noemen de betrekking op een inhoud, de gerichtheid op een object (waaronder hier geen realiteit moet worden verstaan) (...). Elk van deze verschijnselen draagt iets in zich als object, zij het niet steeds op dezelfde wijze. In de voorstelling wordt iets voorgesteld, in het oordeel iets erkend of verworpen, in de liefde iets bemind, in de haat iets gehaat, in het begeren iets begeerd, enzovoort.

Deze intentionele in-existentie is uniek voor de psychische verschijnselen. Bij geen enkel fysisch verschijnsel doet zich iets dergelijks voor. En zodoende kunnen we psychische verschijnselen definiëren als die verschijnselen welke intentioneel een object in zich bevatten.⁴⁶⁵

Psychische verschijnselen worden volgens Brentano gekenmerkt door intentionaliteit. Intentionaliteit is de gerichtheid op een object (die *Richtung auf ein Objekt*). Brentano meent dat intentionaliteit een exclusieve eigenschap van het psychische is. Fysische verschijnselen bezitten geen intentionaliteit. Een ijsberg of een koe is niet gericht op iets. Psychische verschijnselen zoals geloof, verlangen en opzet hebben met elkaar gemeen dat ze op iets gericht zijn. Ik maak in dit verband onderscheid tussen de *psychische act* en het *object* van deze act. Een geloof heeft betrekking op het geloofde en een verlangen heeft betrekking op het verlangde. Het object van een psychische act wordt gekenmerkt door *intentionele in-existentie*. Dat betekent met zoveel woorden dat de term object

⁴⁶³ Vgl. Rollinger 2004, 'Brentano and Husserl'.

⁴⁶⁴ Vgl. Potrč 1992, 'Franz Brentano, a philosopher of the past and with a future. Interview with Wilhelm Baumgartner, Franz Brentano Forschung, Residenz, Würzburg, Germany february 24, 1992'.

⁴⁶⁵ Zie Brentano 1973, 'Psychologie vom empirischen Standpunkt. Erster Band', p. 124-125 en Brentano 1997, 'Psychology from an empirical standpoint', p. 88-89. De vertaling is grotendeels overgenomen van Sleutels 2001, 'Intentionaliteit'. Ik heb het Duitse woord 'Inexistenz' vertaald met 'in-existentie'. Het scheidingssteken drukt uit dat 'in-existentie' iets betekent als 'het bestaan in'. Vgl. Margolis 2004, 'Reflections on intentionality', p. 137-138.

niet verwijst naar een buiten de psyche gelegen object.⁴⁶⁶ Het object van de psychische act (het geloofde; het verlangde) hoeft niet echt te bestaan. Zo kan men geloven of verlangen dat de aarde plat is of dat Sinterklaas bestaat. Ook in dat geval is de psychische act gericht op een object.

Het onderscheid tussen act en object speelt een belangrijke rol bij de beantwoording van de vraag wat verstaan moet worden onder opzet. De onderstaande abstracte definitie van opzet geldt daarbij als uitgangspunt.

Opzet is de gerichtheid van een bepaalde psychische act (opzet-act) op een bepaald object (opzet-object).

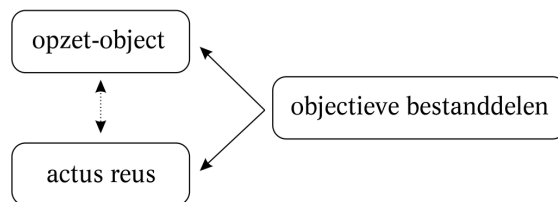
Deze definitie is in twee opzichten onbepaald. De eerste onbepaaldheid heeft betrekking op het object van de psychische act: het opzet-object. In paragraaf 4.5.3 staat de *inhoud* van het opzet-object centraal. Het gaat hier om de vraag waar de opzet-act op gericht is. De tweede onbepaaldheid heeft betrekking op de psychische act: de opzet-act. In paragraaf 4.5.4 komt de *aard* van de opzet-act aan de orde. Het gaat hier onder meer om de vraag of opzet bestaat uit ‘willen’ en ‘weten’.

⁴⁶⁶ Vgl. Chisholm 1957, ‘Perceiving: a philosophical study’, p. 168-185; Vasey 1984, ‘The concept of intentionality in the work of Brentano, Frege and Husserl’, p. 5-27; Jacqueline 2004, ‘Brentano’s concept of intentionality’. Brentano 1982, ‘Deskriptive Psychologie’, p. 22 stelt: “Erläuterungen des Ausdrucks Objekt: etwas innerlich Gegenständliches ist gemeint. Draußen braucht ihm nichts zu entsprechen. Zur Verhütung von Mißverständnissen mag man es ‘inwohnendes’ ‘immanentes’ Objekt nennen.” Brentano spreekt afwisselend van ‘Objekt’ (object), ‘Gegenstand’ (object) en ‘Inhalt’ (inhoud). Ik heb hier gekozen voor de term ‘object’. Vergelijking met de internationale literatuur is een heikele zaak. De Duits- en Engelstalige equivalenten van ‘inhoud’ (respectievelijk ‘Inhalt’ en ‘content’) verwijzen regelmatig naar datgene wat ik aanduid als ‘object’, namelijk een binnen de psyche gelegen entiteit. De Duits- en Engelstalige equivalenten van ‘object’ (respectievelijk ‘Gegenstand’ en ‘object’) verwijzen regelmatig naar externe, buiten de psyche gelegen entiteiten. Dergelijke buiten de psyche van de actor gelegen entiteiten duid ik verderop aan met de term ‘actus reus’. Het door mij gemaakte onderscheid tussen ‘object’ en ‘actus reus’ heeft alleen gelding binnen de juridische context. Het hier niet gevolgde onderscheid tussen {inhoud / Inhalt / content} en {object / Gegenstand / object} is grotendeels terug te voeren op het in 1894 gepubliceerde boek van Brentano’s leerling Twardowski. Zie Twardowski 1982, ‘Zur Lehre vom Inhalt und Gegenstand der Vorstellungen. Eine psychologische Untersuchung’ en Twardowski 1977, ‘On the content and object of presentations. A psychological investigation’.

4.5.3 Inhoud opzet-object: waar is opzet op gericht?

4.5.3.1 Opzet-object, actus reus en het correspondentiebeginsel

Figuur 4.2 geeft de relatie tussen de objectieve bestanddelen, de actus reus en het opzet-object weer. Een gebeurtenis kan onder een doleuze delictsomschrijving gebracht worden als voldaan is aan drie eisen. (1) Er moet sprake zijn van actus reus. (2) Er moet sprake zijn van opzet. (3) Er moet voldoende correspondentie bestaan tussen het opzet-object en de actus reus.



Figuur 4.2 Relatie tussen objectieve bestanddelen, actus reus en opzet-object

Objectieve bestanddelen → *actus reus*. Bij een voltooid delict moet voldaan zijn aan alle objectieve bestanddelen. Deze objectieve zijde van het delict duid ik hier aan met de term *actus reus*. Er is sprake van *actus reus* als de handeling van de actor gebracht kan worden onder de objectieve bestanddelen van een delictsomschrijving. De zin ‘Jan heeft Piet gedood’ verwijst naar een *actus reus* die gebracht kan worden onder de delictsomschrijving van doodslag.

Objectieve bestanddelen → *opzet-object*. Bij een doleus delict moet de actor opzet hebben gehad. In het Nederlandse strafrecht geldt als hoofdregel dat het opzet gericht is op hetgeen dat op het doleuze bestanddeel volgt. Sommige delictsomschrijvingen kennen zogenaamde geobjectiverde bestanddelen. Dat betekent dat het opzet daar niet op gericht hoeft te zijn. Er is sprake van opzet als de psychische gerichtheid op het opzet-object gebracht kan worden onder het doleuze bestanddeel van de delictsomschrijving. De zin ‘Jan had opzet op het doden van Klaas’ verwijst naar een opzet dat gebracht kan worden onder de delictsomschrijving van doodslag.

Correspondentie opzet-object en actus reus. Ten slotte moet voldoende correspondentie bestaan tussen het opzet-object en de actus reus. Deze eis kan aan-

geduid worden met de term correspondentiebeginsel.⁴⁶⁷ Het gaat hier alleen om dat gedeelte van de *actus reus* dat gebracht kan worden onder de niet-geobjectiveerde bestanddelen van de delictsomschrijving. De mate waarin het opzet-object en de *actus reus* met elkaar moeten corresponderen, wordt bepaald door de delictsomschrijving in kwestie. Dat kan geïllustreerd worden aan de hand van het onderstaande voorbeeld.

Opzet-object: ‘het doden van Klaas’.
Actus reus: ‘het doden van Piet’.

Het is nu de vraag of het opzet-object (het doden van Klaas) en de *actus reus* (het doden van Piet) voldoende met elkaar corresponderen. Als dat het geval is, dan kan het gebeurde aangemerkt worden als doodslag. De hoge abstractiegraad van delictsomschrijvingen brengt mee dat doorgaans snel gesproken kan worden van voldoende correspondentie.⁴⁶⁸ *Error in persona* staat niet gauw aan het aannemen van correspondentie in de weg. Hetzelfde geldt voor *error in objecto*. Zo correspondeert het opzet-object ‘vervoeren van heroine’ voldoende met de *actus reus* ‘vervoeren van cocaïne’.⁴⁶⁹ Een dergelijke gebeurtenis kan gebracht worden onder de toepasselijke delictsomschrijving. Dat betekent dat iemand die denkt dat hij heroine vervoert, veroordeeld kan worden voor het opzettelijk vervoeren van cocaïne. Het feit dat correspondentie vereist is, brengt niet mee dat opzet een normatief begrip is. Het strafrechtelijk opzetbegrip is psychisch als de rechter bij het bewijs van opzet een uitspraak moet doen over een bepaalde psychische act.⁴⁷⁰ Dat is hier het geval. De strafrechtelijke aansprakelijkheid is hoe dan ook gefundeerd op een psychische gerichtheid.

4.5.3.2 *Intermezzo: Frege's ‘Over betekenis en verwijzing’*

Intentionele termen als ‘opzettelijk’ en ‘wetende dat’ functioneren in een talige context. Delictsomschrijvingen, bewezenverklaringen en bewijsoverwegingen bevatten frequent intentionele termen. In dit verband verdient het werk van de filosoof en wiskundige Frege (1848-1925) de aandacht.⁴⁷¹ Frege wordt algemeen beschouwd als de grondlegger van de mathematische logica, de filosofie

⁴⁶⁷ Vgl. Ashworth 1995, ‘Principles of criminal law’, p. 83-90 en 152-155 en Horder 1995, ‘A critique of the correspondence principle in criminal law’.

⁴⁶⁸ Vgl. Ashworth 1981, ‘The elasticity of mens rea’.

⁴⁶⁹ Zie bijv. HR 19 februari 1985, NJ 1985, 633; HR 19 april 1988, NJ 1989, 206; HR 8 oktober 1991, NJ 1992, 155.

⁴⁷⁰ In paragraaf 4.3.1 definieer ik de termen ‘psychisch’ en ‘normatief’.

⁴⁷¹ Zie Frege 1975, ‘Über Sinn und Bedeutung’. Zie ook Weiss 1983, ‘Scope, mistake, and impossibility: the philosophy of language and problems of mens rea’; Swiggers 1984, ‘Frege's ‘Over betekenis en verwijzing’. Inleiding, vertaling en bibliografie’; McKay 2000, ‘Propositional attitude reports’; Zalta 2007, ‘Gottlob Frege’.

van de wiskunde en de filosofische logica. Zijn ‘Over betekenis en verwijzing’, dat voor het eerst werd gepubliceerd in 1892, is een belangrijke filosofische tekst.⁴⁷² Frege is primair geïnteresseerd in de waarheidswaarde van zinnen. Volgens Frege wordt de waarheidswaarde van een zin bepaald door zijn verwijzing. De waarheidswaarde van een zin blijft onveranderd als een uitdrukking uit de zin vervangen wordt door een andere uitdrukking die dezelfde verwijzing heeft. De volgende zinnen kunnen dit illustreren.

Multatuli heeft ‘Max Havelaar’ geschreven.

Multatuli = Eduard Douwes Dekker.

Ergo, Eduard Douwes Dekker heeft ‘Max Havelaar’ geschreven.

‘Multatuli’ en ‘Eduard Douwes Dekker’ hebben hier dezelfde verwijzing: ze verwijzen naar hetzelfde individu. Het vervangen van ‘Multatuli’ door ‘Eduard Douwes Dekker’ heeft geen invloed op de waarheidswaarde van de zin. Frege signaleert echter dat dit niet altijd het geval is. Een belangrijke uitzondering betreft zinnen waarin een intentionele term voorkomt. Het onderstaande voorbeeld wordt beheerst door de intentionele term ‘denkt’.

Kees denkt dat Multatuli ‘Max Havelaar’ heeft geschreven.

Multatuli = Eduard Douwes Dekker.

Ergo, Kees denkt dat Eduard Douwes Dekker ‘Max Havelaar’ heeft geschreven.

In dit geval is de gevolgtrekking niet noodzakelijkerwijs waar. Het is denkbaar dat Kees niet weet dat Multatuli een pseudoniem is voor Eduard Douwes Dekker. Men kan dan niet zeggen dat Kees denkt dat Eduard Douwes Dekker ‘Max Havelaar’ heeft geschreven. Frege stelt dat uitdrukkingen een *betekenis* en een *verwijzing* hebben. De uitdrukkingen ‘Multatuli’ en ‘Eduard Douwes Dekker’ verwijzen naar hetzelfde individu, maar ze hebben een verschillende betekenis. Als een uitdrukking voorafgegaan wordt door een intentionele term, dan heeft de uitdrukking volgens Frege niet haar gebruikelijke verwijzing. De uitdrukking ‘Multatuli’ verwijst dan niet naar het individu in kwestie, maar het verwijst naar haar betekenis: de wijze waarop Kees de schrijver psychisch representeert. De gedachte ‘Multatuli heeft ‘Max Havelaar’ geschreven’ is niet identiek aan de gedachte ‘Eduard Douwes Dekker heeft ‘Max Havelaar’ geschreven’. In een *intentionele context* hebben ‘Multatuli’ en ‘Eduard Douwes Dekker’ niet dezelfde verwijzing. Daarom kan ‘Multatuli’ in dit geval niet vervangen worden door ‘Eduard Douwes Dekker’.

⁴⁷² De oorspronkelijke Duitse titel is ‘Über Sinn und Bedeutung’; de Engelse vertaling is getiteld ‘On sense and reference’.

Als opzet beschouwd wordt als een psychisch begrip, dan gelden de inzichten van Frege ook voor het strafrecht. Dat betekent dat alleen de eerste van de twee onderstaande syllogismen geldig is.

De verdachte heeft persoon X beledigd.
 Persoon X = de koning van Nederland.
 Ergo, de verdachte heeft de koning van Nederland beledigd.

De verdachte heeft opzettelijk persoon X beledigd.
 Persoon X = de koning van Nederland.
 Ergo, de verdachte heeft opzettelijk de koning van Nederland beledigd.

In het eerste syllogisme kan ‘persoon X’ zonder problemen vervangen worden door ‘de koning van Nederland’. De uitdrukkingen ‘persoon X’ en ‘de koning van Nederland’ verwijzen beide naar de beledigde persoon. In het tweede syllogisme wordt ‘persoon X’ voorafgegaan door de intentionele term ‘opzettelijk’. Er doet zich nu een bijzonderheid voor. Het zinsdeel dat volgt op de intentionele term heeft een dubbele verwijzing. ‘Persoon X’ verwijst zowel naar de beledigde persoon als naar de inhoud van het opzet-object. ‘Persoon X’ kan nu alleen vervangen worden door ‘de koning van Nederland’ als beide verwijzingen in aanmerking worden genomen. Het enkele feit dat ‘persoon X’ en ‘de koning van Nederland’ verwijzen naar hetzelfde individu, is onvoldoende. Het is namelijk denkbaar dat iemand opzettelijk een persoon beledigt zonder te beseffen dat de beledigde de koning is. De stap van belediging naar koningsbelediging kan alleen gezet worden als ‘het koning zijn’ opgenomen is in het opzet-object van de actor.

4.5.3.3 *Actus reus en correspondentie maken geen deel uit van opzet*

Intentionele termen als ‘opzettelijk’ en ‘wetende dat’ komen regelmatig voor in bewezenverklaringen en bewijsoverwegingen. Boven is besproken dat de objectieve bestanddelen van een delictsomschrijving zowel het opzet-object als de actus reus bepalen. Een bewezenverklaring van doodslag zou als volgt kunnen luiden: ‘dat hij het slachtoffer opzettelijk van het leven heeft beroofd door opzettelijk een kogel door zijn hoofd te schieten...’ Een dergelijke bewezenverklaring kenmerkt zich door het feit dat de niet-intentionele termen zowel verwijzen naar het opzet-object als naar de actus reus. Deze dubbele verwijzing impliceert dat voldoende correspondentie bestaat tussen het psychische opzet-object en de actus reus. Dat betekent dat drie dingen in de bovenstaande bewezenverklaring besloten liggen.

- 1 Er is sprake van actus reus.
- 2 Er is sprake van opzet.
- 3 Het opzet-object correspondeert in voldoende mate met de actus reus.

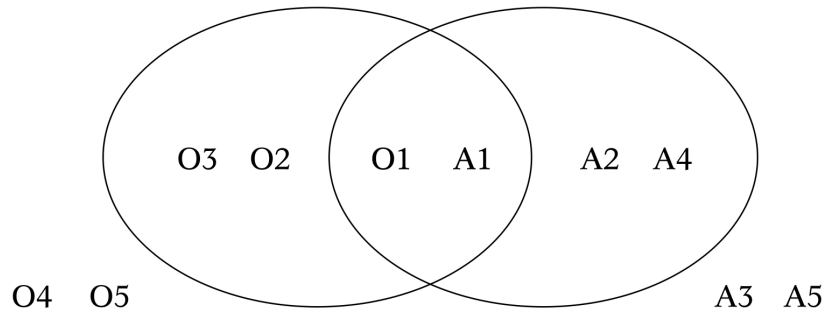
Zonder deze veronderstelde correspondentie blijft een gat bestaan tussen de psychische gerichtheid op het opzet-object en de buiten de psyche van de actor gelegen actus reus. Correspondentie verbindt het intrapsychische opzet-object met de extrapsychische actus reus. De hier verdedigde opvatting impliceert dat een opzet niet *direct* op de actus reus is gericht.⁴⁷³ Dit betekent dat gesproken kan worden van opzet zonder actus reus en correspondentie. De psychische gerichtheid op het opzet-object hoeft niet te corresponderen met enige buiten de psyche van de actor gelegen realiteit.

Het spreken van opzet zonder dat sprake is van een daarmee corresponderende realiteit verdraagt zich overigens goed met de strafrechtelijke dogmatiek. ‘Oogmerk’ wordt algemeen beschouwd als een specialis van het genus opzet. Het bestanddeel oogmerk heeft in de regel betrekking op het rechtsgoed dat door de bepaling beschermd wordt. Art. 225 Sr ziet op het vervalsen van een geschrift met het oogmerk om het als echt en onvervalst te gebruiken. Er is ook sprake van opzet in de vorm van oogmerk als de vervalsing niet als echt en onvervalst gebruikt wordt. Dat betekent met zoveel woorden dat het opzet-object nergens mee correspondeert. Hetzelfde fenomeen doet zich voor bij de poging. Bij een poging moet het voornemen van de dader zich door een begin van uitvoering openbaren. Het ‘voornemen van de dader’ kan ook beschouwd worden als een specialis van het genus opzet. Er kan reeds gesproken worden van poging als aan geen enkel objectief bestanddeel voldaan is. Deze afwezigheid van actus reus brengt mee dat het opzet-object nergens mee correspondeert.

Bij de omlijning van het opzetbegrip laat ik de actus reus in beginsel buiten beschouwing. Opzet is de gerichtheid van een bepaalde psychische act (opzet-act) op een bepaald object (opzet-object). Deze psychische gerichtheid op het opzet-object hoeft niet te corresponderen met enige buiten de psyche van de actor gelegen realiteit. Actus reus en correspondentie maken geen deel uit van het materieelrechtelijke opzetbegrip. De begripsmatige onafhankelijkheid van opzet en actus reus kan geïllustreerd worden aan de hand van het delict doodslag. Het linker ovaal van figuur 4.3 representeert alle mogelijke opzet-objecten die onder de delictsomschrijving van doodslag gebracht kunnen worden. Het rechter ovaal representeert alle mogelijke actus rei die onder de delictsomschrijving van doodslag gebracht kunnen worden. In het overlappende gebied is sprake van correspondentie tussen een opzet-object en een actus reus.

⁴⁷³ Deze stellingname zou als ‘idealistisch’ gekwalificeerd kunnen worden. Vgl. Chisholm 1960, ‘Realism and the background of phenomenology’, p. 3-36; Vasey 1984, ‘The concept of intentionality in the work of Brentano, Frege and Husserl’, p. 28-51; Gillett & McMillan 2001, ‘Consciousness and intentionality’, p. 67-100. ‘Idealisme’ wordt in dit verband beschouwd als de filosofische stellingname dat psychische acten gericht zijn op intrapsychische objecten. In deze opvatting kan alleen gesproken worden van een *indirec-*

→



Figuur 4.3 *Domein van opzet-objecten en domein van actus rei bij doodslag*

Legenda

O = opzet-object of niet

A = actus reus of niet

Linker ovaal = domein van opzet-objecten bij doodslag

Rechter ovaal = domein van actus rei bij doodslag

O1 + A1 Opzet; actus reus; correspondentie

O2 + A2 Opzet; actus reus; geen correspondentie

O3 + A3 Opzet; geen actus reus

O4 + A4 Geen opzet; actus reus

O5 + A5 Geen opzet; geen actus reus

O1, O2 en O3 kunnen alle gebracht worden onder het opzetbestanddeel van doodslag. Alleen in het eerste geval is sprake van een voltooid delict. In het tweede en derde geval is mogelijk sprake van poging tot doodslag. In het tweede en vierde geval is mogelijk sprake van dood door schuld.⁴⁷⁴ Bij een materieelrechtelijke analyse van het opzetbestanddeel in doodslag (of enig ander delict) is het zaak het domein van mogelijke opzet-objecten zo scherp mogelijk te omlijnen. Actus reus en correspondentie spelen daarbij geen rol. Bovendien kan geabstraheerd worden van het feit dat het opzetbestanddeel in de rechtspraak in tenlasteleggingen en bewezenverklaringen functioneert.

te gerichtheid op de extrapsychische actus reus: correspondentie vormt een onmisbare tussenschakel.

⁴⁷⁴ Zie paragraaf 2.4.2 met betrekking tot punt 2: in mijn optiek staat opzet niet in de weg aan het aannemen van schuld.

De begripsmatige onafhankelijkheid van opzet en actus reus laat onverlet dat de actus reus in de rechtspraak een belangrijke *beweisrechtelijke* rol speelt. De psychische gerichtheid op het opzet-object wordt regelmatig afgeleid uit de buiten de psyche van de actor gelegen actus reus. Bewezenverklaringen en bewijsoverwegingen bevatten vaak zowel intentionele als niet-intentionele termen. In dat geval kunnen de niet-intentionele termen zowel naar het opzet-object als naar de actus reus verwijzen. Overwegingen die betrekking hebben op de actus reus bevatten dan tevens informatie over de reikwijdte van het opzet-object. Bij de omlijning van het kansbegrip in het voorwaardelijk opzet maak ik gebruik van de geïmpliceerde correspondentie tussen de actus reus en het opzet-object.⁴⁷⁵ Dat betekent uiteraard niet dat de actus reus een plaats krijgt toebedeeld binnen het materieelrechtelijke opzetbegrip.

4.5.3.4 *Het opzet-object*

In het juridische discours wordt regelmatig gesproken van ‘opzet op een gevolg’ of ‘opzet op een omstandigheid’. Van iemand die zich schuldig maakt aan doodslag, zegt men: ‘hij had opzet op de dood’. Van iemand die zich schuldig maakt aan heling, zegt men: ‘hij had opzet op het door misdrijf verkregen zijn van het goed’. In de praktijk laten dergelijke uitspraken weinig aan duidelijkheid te wensen over. In de huidige context – het omlijnen van het opzetbegrip – is het opzet-object echter onvoldoende precies bepaald. Opzet heeft nooit betrekking op een gevolg of omstandigheid *sec.*

De inhoud van het opzet-object laat zich in beginsel vaststellen aan de hand van de objectieve bestanddelen van een delictomschrijving. Daarbij geldt als hoofdregel dat het opzet gericht is op hetgeen dat op het doleuze bestanddeel volgt. In sommige gevallen wordt het opzet uitgedrukt door het bestanddeel ‘opzettelijk’. In andere gevallen wordt het opzet geacht opgesloten te zijn in een werkwoord of wordt het uitgedrukt door een ander bestanddeel zoals ‘wist’. De vraag die hier centraal staat is: welke inhoud van het opzet-object kan gebracht worden onder het doleuze bestanddeel van een delictomschrijving? Om de gedachten te bepalen, geef ik de kern van een tweetal delictomschrijvingen weer.

Doodslag (art. 287 Sr)

Hij die opzettelijk een ander van het leven berooft...

Opzetheling (art. 416 lid 1 sub a Sr)

Hij die een goed verwerft, terwijl hij ten tijde van de verwerving wist dat het een door misdrijf verkregen goed betrof...

Bij doodslag wordt het opzet uitgedrukt door het bestanddeel ‘opzettelijk’. Bij opzetheling wordt het opzet op twee manieren uitgedrukt. Opzet zit in de

⁴⁷⁵ Zie paragraaf 4.5.4.3.c en 4.5.4.3.d.

eerste plaats opgesloten in de term ‘verwerft’. Daarnaast wordt het opzet uitgedrukt door de term ‘wist’.⁴⁷⁶ Beide delictomschrijvingen beginnen zoals te doen gebruikelijk met de woorden ‘hij die’. Dit is niet alleen van belang voor de actus reus, maar ook voor het opzet-object. Bij doodslag heeft het opzet geen betrekking op een gevolg sec. Bij doodslag is het opzet van de actor gericht op het feit dat ‘*hij* een ander van het leven zal beroven’. Het opzet-object van doodslag bestaat uit een relatie tussen de actor en een bepaalde toestand: het van het leven beroofd hebben van een ander. Voor opzetheling geldt hetzelfde: opzet heeft geen betrekking op een omstandigheid sec. Bij opzetheling is het opzet van de actor gericht op het feit dat ‘*hij* een door misdrijf verkregen goed zal verwerven’. Ook in dit geval kan men zeggen dat het opzet-object bestaat uit een relatie tussen de actor en een bepaalde toestand: het verworven hebben van een door misdrijf verkregen goed.

Het inzicht dat het opzet-object bestaat uit een relatie tussen de actor en een bepaalde toestand, speelt een belangrijke rol bij het omlijnen van de aard van de opzet-act. In paragraaf 4.5.4.2 betoog ik dat het opzet-object een ondeelbaar geheel vormt. Opzet-objecten bestaan doorgaans uit een complex van handelingen, omstandigheden en gevolgen. De verschillende aspecten van een opzet-object dienen echter met elkaar samen te hangen. De samenhang tussen de verschillende aspecten zit opgesloten in het opzet-object. In paragraaf 4.5.4.4.e bespreek ik het verband tussen opzet en controle. De in het opzet-object opgenomen relatie tussen de actor en een bepaalde toestand impliceert controle met betrekking tot het al dan niet intreden van deze toestand. Opzet heeft nooit betrekking op een toestand die buiten de macht van de actor ligt. Controle zit opgesloten in het ondeelbare opzet-object.

4.5.4 Aard psychische act: bestaat opzet uit ‘willen’ of ‘weten’?

4.5.4.1 Inleiding: voorstellingen, oordelen en waarderingen

Opzet is de gerichtheid van een bepaalde psychische act (opzet-act) op een bepaald object (opzet-object). In de voorgaande paragrafen lag de nadruk op het opzet-object. Op grond van Brentano’s intentionaliteitstheorie werd geconcludeerd dat het opzet-object gekenmerkt wordt door intentionele in-existentie. Het betreft een intrapsychisch object dat *kán*, maar niet hoeft te corresponderen met een buiten de psyche van de actor gelegen actus reus. De inhoud van het opzet-object wordt bepaald door de delictomschrijving in kwestie. Het

⁴⁷⁶ Art. 416 lid 1 Sr (oud) stelde strafbaar: ‘Hij die opzettelijk enig door misdrijf verkregen voorwerp koopt...’ Uit HR 19 januari 1993, NJ 1993, 491 en HR 16 februari 1993, NJ 1994, 32 blijkt dat ook in de gewijzigde bepaling voorwaardelijk opzet volstaat. De gewijzigde redactie heeft geen invloed op de interpretatie van opzet. Vgl. De Hullu 1993, ‘Wetenschap en voorwaardelijk opzet’. Zie ook paragraaf 4.3.9.

opzet-object bestaat in alle gevallen uit een relatie tussen de actor en een bepaalde toestand.

In deze paragraaf staat de aard van de psychische act centraal. Bij het omlijnen van de opzet-act neem ik Brentano's analyse van psychische verschijnselen als uitgangspunt. Zijn 'Psychologie vom empirischen Standpunkt' bevat een gedetailleerde en doorwrochte analyse van psychische verschijnselen. Ik beperk mij hier tot een weergave van de hoofdlijnen. Het onderstaande citaat bevat de belangrijkste bevindingen van Brentano.

“Ein Beispiel für die psychischen Phänomene bietet jede Vorstellung durch Empfindung oder Phantasie; und ich verstehe hier unter Vorstellung nicht, das was vorgestellt wird, sondern den Akt des Vorstellens. Also das Hören eines Tones, das Sehen eines farbigen Gegenstandes, das Empfinden von warm oder kalt, sowie die ähnlichen Phantasiezustände sind Beispiele, wie ich sie meine; ebenso aber auch das Denken eines allgemeinen Begriffes, wenn anders ein solches wirklich vorkommt. Ferner jedes Urteil, jede Erinnerung, jede Erwartung, jede Folgerung, jede Überzeugung oder Meinung, jeder Zweifel – ist ein psychisches Phänomen. Und wiederum ist ein solches jede Gemütsbewegung, Freude, Traurigkeit, Furcht, Hoffnung, Mut, Verzagen, Zorn, Liebe, Haß, Begierde, Willen, Absicht, Stauen, Bewunderung, Verachtung usw. (...)

[Mit] dem Namen der psychischen Phänomene [bezeichnen] wir die Vorstellungen, sowie auch alle jene Erscheinungen, für welche Vorstellungen die Grundlage bilden. (...) Dieses Vorstellen bildet die Grundlage des Urteilens nicht bloß, sondern ebenso des Begehrens, sowie jedes anderen psychischen Aktes. Nichts kann beurteilt, nichts kann aber auch begehrt, nichts kann gehofft oder gefürchtet werden, wenn es nicht vorgestellt wird.”⁴⁷⁷

“Wir dürfen es demnach als eine unzweifelhaft richtige Bestimmung der psychischen Phänomene betrachten, daß sie entweder Vorstellungen sind, oder (...) auf Vorstellungen als ihrer Grundlage beruhen.”⁴⁷⁸

“Nach den Hauptverschiedenheiten sind drei Grundklassen zu unterscheiden: *Vorstellen*; wo immer etwas erscheint, d.h. uns im Bewußtsein gegeben ist, sprechen wir von Vorstellen. *Urteilen*; wo immer etwas anerkannt oder verworfen, bejaht oder verneint wird, haben wir ein Urteil vor uns. *Lieben oder Hassen*; Lust und Unlust, Gefallen und Mißfallen, Begehren und Wegwünschen, Wollen und Ablehnen gehören zu dieser Gattung.”⁴⁷⁹

Psychische acten zijn ofwel voorstellingen ofwel gebaseerd op voorstellingen. Psychische verschijnselen kunnen in drie algemene klassen worden ingedeeld: (1) voorstellingen; (2) oordelen; en (3) waarderingen. Het voorstellen, het oor-

⁴⁷⁷ Brentano 1973, 'Psychologie vom empirischen Standpunkt. Erster Band', p. 111-112.

⁴⁷⁸ Brentano 1973, 'Psychologie vom empirischen Standpunkt. Erster Band', p. 120.

⁴⁷⁹ Brentano 1956, 'Die Lehre vom richtigen Urteil', p. 32.

delen en het waarden kenmerken zich ieder door een eigen wijze van betrokkenheid op hun object.

*Het voorstellen.*⁴⁸⁰ Het hebben van een voorstelling betekent met zoveel woorden dat iets aan ons verschijnt. Dat doet zich in de eerste plaats voor bij eenvoudige waarnemingen. Zien we iets, dan stellen we ons een kleur voor; horen we iets, dan stellen we ons een klank voor. Maar het doet zich ook voor als we ergens aan denken, ons iets inbeelden of iets in herinnering roepen. Het voorstellingsobject kan eenvoudig zijn, maar ook abstract of gecompliceerd. De voorstelling kan beschouwd worden als de moeder van alle psychische verschijnselen. Het is niet mogelijk ons psychisch op iets te richten als het niet is voorgesteld. De voorstelling is de eenvoudigste, onafhankelijkste en universeelste van de drie klassen van psychische verschijnselen. Een oordeel of een waardering vereist altijd een voorstelling, maar het is mogelijk een voorstelling te hebben zonder oordeel of waardering.⁴⁸¹

⁴⁸⁰ Zie m.n. Brentano 1973, 'Psychologie vom empirischen Standpunkt. Erster Band', p. 109-140 en 221-251; Brentano 1971, 'Psychologie vom empirischen Standpunkt. Zweiter Band. Von der Klassifikation der psychischen Phänomene', p. 28-82 en 125-130; Brentano 1974, 'Psychologie vom empirischen Standpunkt. Dritter Band. Vom sinnlichen und noetischen Bewußtsein. Äußere und innere Wahrnehmung, Begriffe'; Brentano 1997, 'Psychology from an empirical standpoint', p. 77-100, 155-176, 194-234 en 265-268. Ik beperk mij hier tot een weergave van Brentano's oorspronkelijke visie. Brentano bekeerde zich later tot het reïsme. In deze opvatting zijn psychische acten enkel gericht op 'entia realia' (Reales); ze kunnen niet gericht zijn op 'entia irrealia' (Nicht-Reales). Zie bijv. Brentano 1971, p. 158-172 en 213-225. Brentano's reïsme leidde tot de introductie van zogenaamde voorstellingsmodi, waarbij onderscheid werd gemaakt tussen de 'modo recto' en de 'modo obliquo'. Zie bijv. Brentano 1971, p. 142-150 en Brentano 1974, p. 37-52. Het voorstellen van verleden en toekomst, causale verbanden, kwantitatieve relaties, etc. veronderstelt het gebruik van de 'modo obliquo'. Vgl. Chrudzimski & Smith 2004, 'Brentano's ontology: from conceptualism to reism'; Margolis 2004, 'Reflections on intentionality'; Dix 1966, 'De verhouding van de psychologie tot de wijsbegeerte in de leer van Brentano. Een studie over de achtergronden van zijn 'psychologische kenleer'', p. 98-142.

⁴⁸¹ Brentano meende aanvankelijk dat elke psychische act gepaard gaat met een voorstelling, oordeel en waardering (zie Brentano 1973, 'Psychologie vom empirischen Standpunkt. Erster Band', p. 218-220). Brentano heeft deze mening later herzien (zie Brentano 1971, 'Psychologie vom empirischen Standpunkt. Zweiter Band. Von der Klassifikation der psychischen Phänomene', p. 138-142). Brentano stelt daar dat elke psychische act gepaard gaat met een voorstelling en een oordeel, maar niet noodzakelijkerwijs met een waardering. In mijn optiek kan een psychische act ook enkel uit een voorstelling bestaan. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen als iemand zich iets afvraagt zonder daarover een oordeel te vellen. Vgl. Simons 1997, 'Introduction to the second edition' en Reinach 1921, 'Zur Theorie des negativen Urteils'.

*Het oordelen.*⁴⁸² Oordelen zijn altijd gebaseerd op voorstellingen. Het oordeel behelst evenwel een fundamenteel andere wijze van betrokkenheid op het object. Bij het voorstellen wordt geen stelling genomen met betrekking tot het object. Dat is anders bij het oordeel. Oordelen kan gedefinieerd worden als het *erkennen* of *verwerpen* van het voorgestelde object. Het erkennende oordeel is een *positief oordeel*; het verwerpende oordeel is een *negatief oordeel*. Het positieve en negatieve oordeel staan diametraal tegenover elkaar. Brentano lokaliseert de negatie van het verwerpende oordeel in de *act* en niet in het *object*. Het positieve oordeel en het negatieve oordeel zijn twee verschillende psychische fenomenen.

Aan elk oordeel ligt een voorstelling ten grondslag. Deze voorstelling kan eenvoudig zijn, maar ook abstract of gecompliceerd. Waarnemingen bestaan volgens Brentano uit een positief oordeel met betrekking tot een zintuiglijke voorstelling. Gecompliceerdere oordelen kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op het al dan niet bestaan van eenhoorns. Een positief oordeel met betrekking tot een voorstelling van een eenhoorn kan weergegeven worden als: 'eenhoorns bestaan'. Een negatief oordeel met betrekking tot een voorstelling van een eenhoorn kan weergegeven worden als: 'eenhoorns bestaan niet'. Oordelen zijn geheel gevrijwaard van affectieve aspecten. Het gaat enkel om het erkennen of het verwerpen van het voorgestelde. De affectieve aspecten van psychische acten zijn opgenomen in de derde klasse van psychische verschijnselen: het waardenen.

*Het waardenen.*⁴⁸³ Alle psychische verschijnselen die geen voorstelling of oordeel behelzen, behoren tot de klasse van het waardenen. De waardering vormt een eigen wijze van betrokkenheid op het object. Waarderingen zijn, net als oordelen, gebaseerd op een voorstelling. Bij een oordeel wordt het voorgestelde *erkend* (positief oordeel) of *verworpen* (negatief oordeel). Waarderingen hebben eveneens een polair karakter. Als het voorgestelde *geapprecieerd* wordt,

⁴⁸² Zie m.n. Brentano 1956, 'Die Lehre vom richtigen Urteil'; Brentano 1973, 'Psychologie vom empirischen Standpunkt. Erster Band', p. 195-220; Brentano 1971, 'Psychologie vom empirischen Standpunkt. Zweiter Band. Von der Klassifikation der psychischen Phänomene', p. 28-82, 125-130 en 152-155; Brentano 1997, 'Psychology from an empirical standpoint', p. 138-154, 194-234, 265-268 en 287-289. Zie ook Rojczak & Smith 2003, 'Theories of judgement'; Parsons 2004, 'Brentano on judgment and truth'; Brandl 2005, 'Brentano's theory of judgement'.

⁴⁸³ Zie m.n. Brentano 1971, 'Psychologie vom empirischen Standpunkt. Zweiter Band. Von der Klassifikation der psychischen Phänomene', p. 28-130 en 152-158; Brentano 1997, 'Psychology from an empirical standpoint', p. 194-268 en 287-291; Brentano 1969, 'Vom Ursprung sittlicher Erkenntnis', p. 16-26 en 142-168; Brentano 1978, 'Grundlegung und Aufbau der Ethik', p. 218-231. Brentano duidt deze klasse aan met termen als 'Gemütsbewegung', 'Interesse' en 'Lieben und Hassen'. Dix 1966, 'De verhouding van de psychologie tot de wijsbegeerte in de leer van Brentano. Een studie over de achtergronden van zijn 'psychologische kenleer'', p. 118-125 duidt deze klasse afwisselend aan met de termen 'waardenen' en 'begeren'.

dan is sprake van een positieve waardering. Als het voorgestelde *gedeprecieerd* wordt, dan is sprake van een negatieve waardering. In het eerste geval heeft iemand een *pro-attitude* met betrekking tot het object in kwestie. In het tweede geval heeft iemand een *contra-attitude* met betrekking tot het object in kwestie.⁴⁸⁴

Oordelen en waarderungen hebben – anders dan voorstellingen – een polair karakter. Dat neemt niet weg dat het oordeel volgens Brentano scherp moet worden onderscheiden van de waardering.⁴⁸⁵ Waarderungen kunnen een verschillende intensiteit hebben. Een object kan in meerdere of mindere mate geapprecieerd of gedeprecieerd worden. Volgens Brentano gaan oordelen niet gepaard met intensiteit. Een ander fenomeen dat zich niet voordoet bij het oordelen is preferentie of voorkeur. Iemand kan een bepaald object meer of minder waarderen dan een ander object. Het verschil tussen oordelen en waarderen neemt niet weg dat waarderungen gegrond kunnen zijn in oordelen. Het verdriet dat men voelt bij het overlijden van een dierbare, is gegrond in het bevestigende oordeel met betrekking tot het overlijden. Een dergelijke psychische act heeft een uivormige structuur.⁴⁸⁶ De negatieve waardering is gebaseerd op een bevestigend oordeel; het bevestigende oordeel is weer gebaseerd op een voorstelling.

Brentano rekent zowel het gevoel (Gefühl; feeling) als de wil (Willen; will) tot de klasse van het waarderen.⁴⁸⁷ Boosheid, angst en begeerte, maar ook willen, besluiten en kiezen worden alle tot deze klasse gerekend. De verschillen die bestaan tussen de diverse waarderingsverschijnselen zijn slechts graadueel van aard.

“Betrachten wir als Beispiel die folgende Reihe: Traurigkeit – Sehnsucht nach dem vermißten Gute – Hoffnung, daß es uns zuteil werde – Verlangen, es uns zu verschaffen – Mut, den Versuch zu unternehmen – Willensentschluß zur Tat. Das eine Extrem ist ein Gefühl, das andere ein Willen; und sie scheinen weit voneinander abzustehen.

⁴⁸⁴ Vgl. Smith 1994, ‘Austrian philosophy. The legacy of Franz Brentano’, p. 47 en Chisholm 1986, ‘Brentano and intrinsic value’, p. 17-32.

⁴⁸⁵ Zie bijv. Brentano’s essay ‘Von der Unmöglichkeit, Urteil und Gemütsbeziehung in einer Grundklasse zu vereinigen’ (zie Brentano 1971, ‘Psychologie vom empirischen Standpunkt. Zweiter Band. Von der Klassifikation der psychischen Phänomene’, p. 152-155). Brentano 1974, ‘Wahrheit und Evidenz’, p. 38-39 stelt: “Trotz einer gewissen Analogie ist die Verwechslung schwer begreiflich. Es gibt Leute, welche die Güte Gottes und die Bosheit des Teufels, das Wesen des Ormuzd und das Wesen des Ahriman mit gleicher Überzeugung anerkennen, während sie doch das Wesen des einen über alles schätzen, von dem des andern sich nicht anders als abgestoßen fühlen.”

⁴⁸⁶ Vgl. Mulligan 2004, ‘Brentano on the mind’.

⁴⁸⁷ Zie bijv. Brentano’s essay ‘Von der Unmöglichkeit für Gefühl und Wille in Analogie zu Vorstellung und Urteil verschiedene Grundklassen anzunehmen’ (zie Brentano 1971, ‘Psychologie vom empirischen Standpunkt. Zweiter Band. Von der Klassifikation der psychischen Phänomene’, p. 155-158).

Wenn man aber auf die Zwischenglieder achtet und immer nur die nächststehenden miteinander vergleicht, zeigt sich da nicht überall der innigste Anschluß und ein fast unmerklicher Übergang?“⁴⁸⁸

De diverse waarderingsverschijnselen lijken op het eerste gezicht nogal van elkaar te verschillen. Deze verschillen zijn echter primair te wijten aan het feit dat ze gericht zijn op verschillende objecten.⁴⁸⁹ Gevoelens, zoals verdriet en blijdschap, hebben in de regel betrekking op een toestand waarop de actor geen invloed (meer) kan uitoefenen. Men voelt verdriet bij het zakken voor een examen of het heengaan van een geliefde. Men voelt blijdschap bij het slagen voor een examen of de geboorte van een kind. Wilsacten, zoals kiezen en besluiten, hebben in de regel betrekking op een toestand waarop de actor (nog) invloed kan uitoefenen.⁴⁹⁰ Men besluit naar de supermarkt te gaan of de hond uit te laten. Een dergelijke wilsact is gegrond in de overtuiging dat men deze handeling zal realiseren.

Na deze uiteenzetting over de drie klassen van psychische verschijnselen, kan het opzetbegrip nu definitief omlind worden. In het onderstaande behandel ik de drie klassen in relatie tot het strafrechtelijk opzetbegrip. In paragraaf 4.5.4.2 bespreek ik de relatie tussen opzet en de voorstelling. Opzet bestaat altijd uit een voorstelling van het ondeelbare opzet-object. In paragraaf 4.5.4.3 betoog ik dat strafrechtelijk opzet herleid kan worden tot een oordeelsact met betrekking tot het opzet-object. In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan het kansaspect van het kansopzet. Wat moet worden verstaan onder een ‘aanmerkelijke kans’? Welke psychische gerichtheden vallen binnen de grens van het begrip kansopzet? In paragraaf 4.5.4.4 staat de verhouding tussen opzet en de waarderingsact centraal. Ik verdedig de opvatting dat ‘willen’ geen noodzakelijke component is van strafrechtelijk opzet.

⁴⁸⁸ Brentano 1971, ‘Psychologie vom empirischen Standpunkt. Zweiter Band. Von der Klassifikation der psychischen Phänomene’, p. 84-85.

⁴⁸⁹ Vgl. Müller 1943, ‘Franz Brentanos Lehre von den Gemütsbewegungen’, p. 28-33 en Chisholm 1986, ‘Brentano and intrinsic value’, p. 17-32.

⁴⁹⁰ Brentano 1971, ‘Psychologie vom empirischen Standpunkt. Zweiter Band. Von der Klassifikation der psychischen Phänomene’, p. 103 stelt: “Jedes Wollen geht auf ein Tun, von dem wir glauben, daß es in unserer Macht liege, auf ein Gut, welches als Folge des Wollens selbst erwartet wird.” Brentano 1971, p. 115 stelt: “Jedes Wollen oder Streben im eigentlicheren Sinne bezieht sich auf ein Handeln. Es ist nicht einfach ein Begehren, daß etwas geschehe, sondern ein Verlangen, daß etwas als Folge des Verlangens selbst eintrete.” Brentano 1971, p. 157 stelt: “Das Wollen und Wählen geht immer auf das Praktische. Und so kann denn z. B. niemand, der nicht wie ein Äolus über Wind und Wetter zu gebieten glaubt, wollen, daß in drei Tagen dies oder jenes Wetter sei.” ‘Van Dale groot woordenboek der Nederlandse taal’ definieert de wil als “het menselijk vermogen bewust te streven naar of over te gaan tot het verrichten van een handeling waarvan het resultaat gewenst wordt, dan wel naar het doen intreden of bestendigen van een toestand (...).”

4.5.4.2 *Opzet en voorstelling*

De voorstelling is de moeder van alle psychische verschijnselen. Het is niet mogelijk ons psychisch op iets te richten als het niet is voorgesteld. De voorstelling is daarom een onmisbare bouwsteen van het opzet. De menselijke geest krijgt een duizelingwekkende hoeveelheid voorstellingen – waarnemingen, gevoelens, gedachten – te verwerken. Uiteenlopende voorstellingen kunnen naast elkaar plaatsvinden en worden in snel tempo door nieuwe voorstellingen opgevolgd. De Amerikaanse psycholoog James karakteriseert deze continue stroom van voorstellingen als ‘the stream of thought’. “Consciousness, then, does not appear to itself chopped up in bits. Such words as ‘chain’ or ‘train’ do not describe it fitly as it presents itself in the first instance. It is nothing jointed; it flows. A ‘river’ or a ‘stream’ are the metaphors by which it is most naturally described.”⁴⁹¹

Opzet-objecten kunnen opgedeeld worden in verschillende aspecten. Deze aspecten kunnen betrekking hebben op heden, verleden en toekomst; op stoffelijke zaken en onstoffelijke zaken; op doen en niet-doen; op bestaan en niet-bestaan; op causale en niet-causale verbanden; etc.⁴⁹² Het laat zich gemakkelijk denken dat voorstellingen (en daarop gegronde oordelen) betrekking hebben op bepaalde aspecten van een opzet-object. Men kan overwegen een fiets te kopen zonder stil te staan bij de vraag of deze gestolen is. Men kan zich afvragen of een fiets gestolen is zonder te overwegen deze te kopen. Het hoeft geen betoog dat een voorstelling van een geïsoleerd aspect van een opzet-object geen basis kan vormen van een strafrechtelijk opzet. Maar hoe zit het met de som der delen? Kunnen twee voorstellingen van een verschillend aspect van een opzet-object samen de basis van strafrechtelijk opzet vormen?

De objectieve bestanddelen van een delictsomschrijving worden vaak onafhankelijk van elkaar behandeld. De geïsoleerde behandeling kan het zicht ontrekken aan het feit dat de gehele delictsomschrijving meer is dan de som der

⁴⁹¹ James 1981, ‘The principles of psychology. Volume I’, p. 233. James’ typering is beter bekend onder de ook door hem gebruikte uitdrukking ‘stream of consciousness’.

⁴⁹² Brentano maakte onderscheid tussen ‘entia realia’ (Reales) en ‘entia irrealia’ (Nicht-Reales). Mensen, vierkanten en eenhoorns zijn voorbeelden van ‘entia realia’. Kanssen, concepten en negaties zijn voorbeelden van ‘entia irrealia’. De latere Brentano meende dat alleen ‘entia realia’ object van voorstelling kunnen zijn. Anders dan Brentano meen ik dat voorstellingen ook gericht kunnen zijn op ‘entia irrealia’. Bovendien volg ik Brentano niet in zijn opvatting dat er verschillende voorstellingsmodi bestaan. Ik meen dat alle denkbare opzet-objecten zonder meer voorgesteld kunnen worden. Deze opvatting kan gerelateerd worden aan hedendaagse opvattingen met betrekking tot *propositionele attitudes*. Bij een propositionele attitude gaat het om een relatie tussen een attitude en een voorgesteld object. Fodor 1981, ‘Representations. Philosophical essays on the foundations of cognitive science’, p. 203 stelt: “Contemporary cognitive psychology is, in effect, a revival of the representational theory of the mind. The favored treatment of [propositional attitudes] arises in this context. So, in particular, the mind is conceived of as an organ whose function is the manipulation of representations and these, in turn, provide the domain of mental processes and the (immediate) objects of mental states.”

bestanddelen. De verschillende bestanddelen hebben namelijk betrekking op verschillende aspecten van een en dezelfde toestand. Deze aspecten dienen met elkaar samen te hangen. Het vaststellen van de samenhang tussen de verschillende objectieve bestanddelen is eenvoudig. Bij heling staat een bepaald goed centraal. Heeft de actor dit goed verworven? Is dit goed door misdrijf verkregen? Bij koningsbelediging staat een bepaalde persoon centraal. Heeft de actor deze persoon beledigd? Is deze persoon koning? Het verband tussen de verschillende aspecten van een *actus reus* is gegeven als vaststaat dat ze betrekking hebben op *hetzelfde* goed of *dezelfde* persoon.

De verschillende aspecten van een opzet-object dienen eveneens met elkaar in verband te staan. Twee voorstellingen van een aspect van een opzet-object vormen niet zonder meer de basis van een strafrechtelijk opzet. Ook in dit geval moeten de verschillende aspecten van een opzet-object met elkaar samenhangen. Het opzet-object vormt een ondeelbaar geheel: de samenhang zit opgesloten in het opzet-object.⁴⁹³ Het opzet-object bestaat altijd uit een relatie tussen de actor en een bepaalde toestand. Bij doodslag is de voorstelling van de actor gericht op een relatie tussen de actor en ‘het van het leven beroofd hebben van een ander’. Bij heling is de voorstelling van de actor gericht op een relatie tussen de actor en ‘het verworven hebben van een door misdrijf verkregen goed’.

Het is dit ondeelbare opzet-object dat de basis vormt van het onder te bespreken oordeel. Voorstellingen en oordelen die betrekking hebben op een aspect van een opzet-object zijn niet meer dan een flard uit een ‘stream of thought’. Deze flarden hebben geen zelfstandige betekenis voor het opzet. Dat neemt niet weg dat ze de opmaat kunnen vormen tot een oordeel met betrekking tot het gehele opzet-object. De herinnering aan de kwetsieuze afkomst van een fiets en het voornemen deze fiets te kopen, smelten samen tot één ondeelbare opzet-act.⁴⁹⁴

⁴⁹³ Zie paragraaf 4.5.3.4.

⁴⁹⁴ James 1981, ‘The principles of psychology. Volume I’, p. 250-251, 266, 267 en 268 stelt: “[The] important thing about a train of thought is its conclusion. That is the meaning, or, as we say, the topic of the thought. That is what abides when all its other members have faded from memory. Usually this conclusion is a word or phrase or particular image, or practical attitude or resolve, whether rising to answer a problem or fill a pre-existing gap that worried us, or whether accidentally stumbled on in reverie. In either case it stands out from the other segments of the stream by reason of the peculiar interest attaching to it. This interest arrests it, makes a sort of crisis of it when it comes, induces attention upon it and makes us treat it in a substantive way. The parts of the stream that precede these substantive conclusions are but the means of the latter’s attainment. (...) The next point to make clear is that, however complex the object may be, the thought of it is one undivided state of consciousness. (...) [It] is obvious that if things are to be thought in relation, they must be thought together, and in one something, be that something ego, psychosis, state of consciousness, or whatever you please. (...) There is no manifold of coexisting ideas; the notion of such a thing is a chimera. Whatever things are thought in relation are thought from the outset in a unity, in a single pulse of subjectivity, a single

→

4.5.4.3 *Opzet en oordeel*

4.5.4.3.a INLEIDING

In deze paragraaf staat de verhouding tussen het kansopzet en de oordeelsact centraal. Ik verdedig de opvatting dat strafrechtelijk opzet herleid kan worden tot een oordeelsact met betrekking tot het opzet-object. Hieronder bespreek ik vier manifestaties van opzet: (1) positief oordeel; (2) kwantitatief kansoordeel; (3) kwalitatief kansoordeel; en (4) impliciet kansoordeel. Ik besteed daarbij aandacht aan het kansbegrip en de betekenis van het begrip ‘aanmerkelijke kans’.

4.5.4.3.b HET POSITIEVE OORDEEL EN HET NEGATIEVE OORDEEL

Het hebben van een voorstelling van het opzet-object is een noodzakelijke, maar niet voldoende voorwaarde voor opzet. Het opzet-object bestaat altijd uit een relatie tussen de actor en een bepaalde toestand. Een voorstelling van een opzet-object vraagt als het ware om een oordeel over het al dan niet intreden van deze toestand. Het bevestigende of positieve oordeel is de meest evidente manifestatie van opzet. Het behelst de overtuiging dat het opzet-object zich zal realiseren. Het verwerpende of negatieve oordeel behelst de overtuiging dat het opzet-object zich *niet* zal realiseren. In dat geval is geen sprake van opzet.

Het negatieve oordeel is een zuivere tegenstelling van het positieve oordeel. Bij de omlijning van het negatieve oordeel baseer ik mij op de Duitse filosoof, psycholoog en jurist Reinach.⁴⁹⁵ Reinach schreef een dissertatie over de psychologische grondslagen van de rechtsgeleerdheid. Onder Husserl schreef hij vervolgens een filosofische dissertatie over het oordeel. Reinachs ‘Zur Theorie des negativen Urteils’ bevat een heldere en invloedrijke analyse met betrekking tot het negatieve oordeel. Reinach vestigt de aandacht op het feit dat de psychologische ontstaansvoorwaarden van het positieve en het negatieve oordeel van elkaar kunnen verschillen. Positieve oordelen kunnen in bepaalde gevallen worden ‘afgelezen’. Het horen van een toon of het zien van een voorwerp kan beschouwd worden als een positief oordeel met betrekking tot het voorgestelde. Het positieve oordeel is als het ware intuïtief gegeven. Iets vergelijkbaars kan zich voordoen bij het positieve oordeel met betrekking tot een opzet-object.

psychosis, feeling, or state of mind.” Cursiveringen zijn verwijderd. Vgl. Brentano 1973, ‘Psychologie vom empirischen Standpunkt. Erster Band’, p. 132-136 en 221-251; Kim 1978, ‘Brentano on the unity of mental phenomena’; Smith 1994, ‘Austrian philosophy. The legacy of Franz Brentano’, p. 45-51.

⁴⁹⁵ Zie Reinach 1921, ‘Zur Theorie des negativen Urteils’; Reinach 1921, ‘Die Überlegung; ihre ethische und rechtliche Bedeutung’; Reinach 1982, ‘On the theory of the negative judgment’. Zie ook Smith 1982, ‘Introduction to Adolf Reinach. On the theory of the negative judgment’; Schuhmann & Smith 1987, ‘Adolf Reinach: an intellectual biography’; Smith 1987, ‘On the cognition of states of affairs’; Dubois 1995, ‘Judgment and Sachverhalt. An introduction to Adolf Reinach’s phenomenological realism’, p. 1-76.

Een gewoonteheler die een partij goederen van zijn vaste leverancier betreft, kan oordelen dat hij gestolen goederen verwerft. Een drugsdealer kan oordelen dat hij cocaïne vervoert. Dergelijke positieve oordelen vereisen geen voorafgaande stellingname ten aanzien van het voorgestelde. Negatieve oordelen vereisen volgens Reinach echter altijd een voorafgaande stellingname.

“Positive und negative Überzeugung stehen, rein auf ihr deskriptives Wesen angesehen, einander gleichgeordnet gegenüber. Eine gewisse Verschiedenheit aber scheint sich herauszustellen, wenn wir die psychologischen Voraussetzungen ihres Entstehens beachten. Wenn wir uns umsehen in der uns umgebenden Welt, so treten uns eine Fülle von Sachverhalten entgegen, die wir erschauen, und auf welche sich dann unsere Überzeugung bezieht[.] Auf diese Weise können offenbar nur positive Überzeugungen erwachsen. Eine negative Überzeugung kann niemals so entstehen, daß Sachverhalte von außen einfach gleichsam abgelesen werden, sondern es ist stets vorausgesetzt, daß wir an einen bestehenden Sachverhalt mit einer intellektuellen Stellungnahme zu einem widerstreitenden Sachverhalt herantreten. Der widerstreitende Sachverhalt kann beispielsweise geglaubt, vermutet, bezweifelt, dahingestellt oder auch nur in Frage gestellt sein, indem wir den anderen Sachverhalt erschauen, verwandelt sich die positive Überzeugung oder Vermutung, der Zweifel oder das Dahingestelltseinlassen in eine negative Überzeugung, oder es findet die Frage in ihr ihre Antwort.”⁴⁹⁶

“Die negative Überzeugung steht also unter zwei Voraussetzungen: Es muß eine intellektuelle Stellungnahme zu dem zugehörigen Sachverhalte vorangehen; und es muß ferner das Erkennen eines widerstreitenden Sachverhaltes und das Erfassen dieses Widerstreites stattfinden.”⁴⁹⁷

Een negatief oordeel wordt gekenmerkt door het feit dat het altijd voorafgegaan wordt door een stellingname met betrekking tot het oordeelsobject. Een negatief oordeel zoals ‘dit is geen rode roos’ vereist een voorafgaande stellingname zoals ‘is dit een rode roos?’ of ‘dit is een gele roos’. Een en ander kan geïllustreerd worden aan de hand van het delict heling. Stel, iemand krijgt een televisie voor een billijke prijs aangeboden. De koper in spe vraagt zich af of de televisie gestolen is. Na het inzien van de oorspronkelijke koopnota raakt de koper in spe ervan overtuigd dat de aan te schaffen televisie niet gestolen is. Het betreft hier een negatief oordeel met betrekking tot het opzet-object van heling. Een dergelijk negatief oordeel kan alleen postvatten als sprake is geweest van twee elkaar uitsluitende voorstellingen: (1) een voorstelling van het opzet-object (O) en (2) een daarmee strijdige voorstelling (O’).⁴⁹⁸ Het negatieve oor-

⁴⁹⁶ Reinach 1921, ‘Zur Theorie des negativen Urteils’, p. 75-76.

⁴⁹⁷ Reinach 1921, ‘Zur Theorie des negativen Urteils’, p. 95.

⁴⁹⁸ Frege 1983, ‘Nachgelassene Schriften und Wissenschaftlicher Briefwechsel. Erster Band. Nachgelassene Schriften’, p. 214 stelt bij het negatieve oordeel (Verneinung): “Das Urtei-

→

deel laat zich goed plaatsen in de sleutel van de bewuste schuld. Ook in dat geval is sprake van het verwerpen van een voorstelling van een opzet-object.⁴⁹⁹ De actor realiseert zich dat een bepaald gevolg kan intreden, doch verwerpt deze mogelijkheid uiteindelijk. Een lichtzinnige verwerping van deze voorstelling kan aangemerkt worden als bewuste schuld.⁵⁰⁰

De tot nu toe getrokken conclusies laten zich als volgt samenvatten. Het bevestigende of positieve oordeel is de meest evidente manifestatie van opzet. Het behelst de overtuiging dat het opzet-object zich zal realiseren. Het verwerpende of negatieve oordeel behelst de overtuiging dat het opzet-object zich *niet* zal realiseren. In dat geval is geen sprake van opzet. Men kan zich echter afvragen of het alles of niets karakter van het oordeel recht doet aan de menselijke ervaringswijze. Is niet tevens sprake van een schemergebied tussen het positieve en het negatieve oordeel? Uitdrukkingen als ‘zeker weten dat’, ‘vermoeden dat’ en ‘twijfelen aan’ suggereren dat mensen in meerdere of mindere mate overtuigd kunnen zijn van een stelling. Het lijkt in dit verband zinvol het voorwaardelijk opzet nader te beschouwen. In het Nederlandse strafrecht wordt reeds opzet aangenomen bij de bewustheid van een aanmerkelijke kans. Ik begin met een korte uiteenzetting over het begrip kans. Vervolgens bespreek ik drie manifestaties van opzet: (1) het kwantitatieve kansoordeel; (2) het kwalitatieve kansoordeel; en (3) het impliciete kansoordeel.

4.5.4.3.c HET KANSBEGRIIP

Het begrip kans wordt sinds zijn opkomst aan het eind van de zeventiende eeuw gekenmerkt door tweezijdigheid.⁵⁰¹ Er bestaan subjectieve en objectieve kanstheorieën.⁵⁰²

len ist die Wahl zwischen entgegengesetzten Gedanken.” Ik volg Reinach in zijn opvatting dat positieve oordelen niet gepaard hoeven te gaan met elkaar uitsluitende voorstellingen.

⁴⁹⁹ Minister Modderman zegt over de bewuste schuld: “Die bewuste schuld is aanwezig, wanneer op het oogenblik van de daad de mogelijkheid der uitkomst voor den geest zweeft, maar toch zóó dat de dader, ook blijkens de voorzorgsmaatregelen die hij neemt, hoopt en *vertrouwt* dat het hem door zijne handigheid en bijzondere maatregelen gelukken zal die uitkomst te beletten.” Zie Smidt I, p. 88.

⁵⁰⁰ Het verdient opmerking dat de actor zich tempore delicti *niet* bewust is van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden. Het onderscheid tussen bewuste schuld en voorwaardelijk opzet scharniert om het ‘weten’ (oordelen) en niet om het ‘willen’ (waarderen). Dat neemt niet weg dat ‘willen’ in de praktijk vaak een intermediaire rol vervult. (1) De actor is zich bewust van de mogelijkheid dat een gevolg kan intreden. (2) De actor wil niet dat dit gevolg intreedt. (3) De actor neemt voorzorgsmaatregelen om het intreden van het gevolg te voorkomen. (4) De actor is zich nu niet (meer) bewust van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden. Dat brengt mee dat geen sprake is van voorwaardelijk opzet. Zie ook paragraaf 4.5.4.4.f.

⁵⁰¹ Vgl. Hacking 1975, ‘The emergence of probability. A philosophical study of early ideas about probability, induction and statistical inference’, p. 11-17.

Subjectieve of epistemische kanstheorieën relateren het kansbegrip aan de kennis en informatie die individuen ter beschikking staat. ‘Kans’ is de inschatting van een individu of een groep van individuen. ‘Kans’ kan beschouwd worden als een uitdrukking van de menselijke onwetendheid.⁵⁰³ Op basis van de hem ter beschikking staande kennis en informatie geeft een individu aan hoe groot hij de kans acht dat een bepaalde stelling waar is of bewaarheid zal worden. Het beschikbaar komen van nieuwe informatie kan aanleiding geven tot aanpassing van de kansgrootte.

Het *objectieve of ontologische* kansbegrip staat daarentegen geheel los van menselijke kennis en informatie. ‘Kans’ wordt gezien als een eigenschap van de wereld waarin we leven. De kans op het gooien van een 6 met een zuivere dobbelsteen is 1/6. Deze kans wordt bepaald door de structuur van de dobbelsteen. De grootte van deze kans is niet afhankelijk van menselijke kennis.

In de strafrechtelijke context speelt alleen het subjectieve kansbegrip een rol.⁵⁰⁴ Dat spreekt voor zich voor zover het betrekking heeft op het opzet. Maar het geldt evenzeer voor zover het begrip kans een rol speelt bij de objectieve zijde van een delict. Daarbij kan gedacht worden aan het vaststellen van de causaliteit aan de hand van de voorzienbaarheid. Is voorzienbaar dat handeling X leidt tot gevolg Y? Een dergelijke kansinschatting kan gezien worden als een uitdrukking van kennis die op een bepaald tijdstip in de maatschappij aanwezig is. Deze kennis is in de regel neergelegd in algemene ervaringsregels. Bij hoge uitzondering – denk bijvoorbeeld aan de Hiv-arresten – kan gebruikgemaakt worden van statistische informatie. Hoewel het kansbegrip binnen het opzet en het kansbegrip binnen de *actus reus* beide subjectief zijn, springt één verschil in het oog. Het kansbegrip binnen het opzet is volstrekt individueel: het is de inschatting van de persoon in kwestie. Het kansbegrip binnen de *actus reus* is echter gebaseerd op in de maatschappij gecumuleerde kennis. Dat betekent dat er een zekere mate van consensus over bestaat of zou moeten bestaan. Men zou daarom kunnen spreken van een *intersubjectief kansbegrip*.⁵⁰⁵

In de gangbare formuleringen van voorwaardelijk opzet wordt gesproken van ‘*de* aanmerkelijke kans’. Deze formulering zou de indruk kunnen wekken dat er een kans met grootte X bestaat, waarvan de actor zich al dan niet bewust

⁵⁰² Vgl. Derksen 1974, ‘Probability, chances and belief’ en Gillies 2000, ‘Philosophical theories of probability’, p. 1-13.

⁵⁰³ Vgl. Laplace 1995, ‘Philosophical essay on probabilities’, p. 2-6.

⁵⁰⁴ De grondslagen van de subjectieve kanstheorie zijn omstreeks 1930 onafhankelijk van elkaar ontwikkeld door Ramsey en De Finetti. Ramsey 1964, ‘Truth and probability’ meent dat in bepaalde contexten ook ruimte is voor een objectief kansbegrip. De Finetti 1964, ‘Foresight: its logical laws, its subjective sources’ aanvaardt alleen een subjectief kansbegrip. Zelfs ogenschijnlijk objectieve kansen kunnen verklaard worden aan de hand van de subjectieve kanstheorie.

⁵⁰⁵ Vgl. Gillies 1991, ‘Intersubjective probability and confirmation theory’ en Gillies 2000, ‘Philosophical theories of probability’, p. 169-186.

kan zijn.⁵⁰⁶ Het verschil tussen opzet en schuld zou dan liggen in het feit dat de actor zich bij opzet bewust is van deze kans, terwijl dat bij schuld niet het geval is.⁵⁰⁷ Deze opvatting is niet in alle gevallen houdbaar.

In de eerste plaats is denkbaar dat voorwaardelijk opzet wordt aangenomen, hoewel de intersubjectieve kans nadert tot nul. Daarbij kan gedacht worden aan een poging tot doodslag met behulp van een niet-letale dosis vergif. De actor die gelooft dat het vergif waarschijnlijk de dood zal veroorzaken, heeft opzet. Het feit dat de intersubjectieve kans dat deze dosering tot de dood leidt verwaarloosbaar is, staat niet aan het aannemen van poging tot doodslag in de weg.⁵⁰⁸ In een dergelijk geval bestaat geen correspondentie tussen de kansinschatting van de actor en de intersubjectieve kans. In dat geval lijkt het curieus te stellen dat de actor welbewust *de* aanmerkelijke kans op de dood heeft aanvaard. Het spreekt voor zich dat de term kans hier alleen betrekking kan hebben op de inschatting van de actor.

In de tweede plaats geldt dat de grootte van de intersubjectieve kans binnen de *actus reus* niet onafhankelijk is van de psychische gesteldheid van de actor.⁵⁰⁹ Kennis over de psychische gesteldheid van de actor speelt een rol bij het vaststellen van de intersubjectieve kans. De intersubjectieve kans op een gevolg moet – *ceteris paribus* – hoger worden ingeschat bij iemand die doelopzet heeft op het gevolg dan bij iemand die het gevolg liever wil vermijden. Het is immers algemeen bekend dat mensen een zekere vaardigheid bezitten in het bereiken van hun doelen. Een uitdrukking als ‘het welbewust aanvaarden van de aanmerkelijke kans’ kan de onjuiste indruk wekken dat de actor zich bewust zou zijn van iets dat onafhankelijk van hemzelf bestaat: de kans. Een dergelijke onafhankelijkheid doet zich alleen voor als vaststaat dat de actor geen invloed kan of wil uitoefenen op het al dan niet schenden van het rechtsgoed in kwestie. In veel gevallen van opzet is dat niet het geval: het opzet determineert de kansgrootte. De uitdrukking ‘het welbewust aanvaarden van *de* aanmerkelijke kans’ bijt zichzelf dan in de staart. Het laat zich vergelijken met de voorspelling van een gezaghebbend beursanalist: de voorspelling heeft invloed op het voor spelde.

Bij een materieelrechtelijke analyse van voorwaardelijk opzet moet onderscheid gemaakt worden tussen het kansbegrip binnen het opzet en het kansbegrip binnen de *actus reus*. ‘Kans’ binnen het opzet ziet enkel en alleen op de

⁵⁰⁶ Zie voor een dergelijke interpretatie de conclusie van A-G Jörg onder HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552.

⁵⁰⁷ Zie bijv. Nieboer 1991, ‘Schets materieel strafrecht’, p. 179-182. Zie ook paragraaf 2.4.4.2.a.

⁵⁰⁸ Zie bijv. HR 29 maart 1949, NJ 1949, 422 en rechtbank Rotterdam 22 maart 1955, NJ 1955, 744. De geringe grootte van de intersubjectieve kans kan ook aanleiding vormen tot de kwalificatie ondeugdelijke poging. Deze kwalificatie staat evenmin in de weg aan het aannemen van opzet. De straffeloosheid is dan gelokaliseerd aan de objectieve zijde van het delict.

⁵⁰⁹ Zie ook paragraaf 2.4.4.2.b en 4.4.2.3.

inschatting van de actor. De grootte van de intersubjectieve kans binnen de *actus reus* speelt daarbij geen rol. In een algemeen geldige definitie van voorwaardelijk opzet zou daarom beter gesproken kunnen worden van ‘*een* aanmerkelijke kans’. Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat het bij opzet alleen gaat om de inschatting van het individu. In de praktijk wordt de figuur van het voorwaardelijk opzet vooral gebruikt in een formeelrechtelijke context. Eerst wordt vastgesteld dat de intersubjectieve kans als aanmerkelijk kan worden bestempeld. Vervolgens wordt daaruit afgeleid dat de verdachte zich wel bewust zal zijn geweest van een aanmerkelijke kans. Er is dan sprake van een *bewijsrechtelijk* verband tussen de intersubjectieve kans binnen de *actus reus* en de kans binnen het opzet.⁵¹⁰ In het onderstaande gaat het om een materieelrechtelijke omlijning van voorwaardelijk opzet: welke kansinschattingen kunnen worden beschouwd als voorwaardelijk opzet? De kans binnen de *actus reus* komt alleen aan de orde voor zover het iets zegt over de grootte van de ‘aanmerkelijke kans’ binnen het opzet. Het heeft geen zelfstandige betekenis binnen het opzet.

4.5.4.3.d HET KWANTITATIEVE, KWALITATIEVE EN IMPLICIETE KANSOORDEEL

Het begrip kans vervult een tamelijk belangrijke rol in de huidige maatschappij. Bijna iedereen weet wat bedoeld wordt met uitspraken als ‘de kans op het gooien van een 1 met een dobbelsteen is 1/6’. Het is niet moeilijk in te zien dat de relatieve frequentie van 1-en bij een groot aantal worpen nadert tot 1/6. Inzicht in de werking van kansspelen en een basale kennis van rekenkunde volstaan om uit de voeten te kunnen met het concept kans. Kansinschattingen bij dobbelspelen zijn gebaseerd op de kennis dat een groot aantal worpen over het algemeen tot een bepaalde frequentieverdeling leidt. Als het vermoeden ontstaat dat een dobbelsteen onzuiver is, dan kan dat leiden tot een aanpassing van de kansinschatting. De kans is direct gerelateerd aan de informatie die het individu ter beschikking staat. De kennisafhankelijkheid van kansuitspraken komt duidelijker naar voren als het betrekking heeft op eenmalige, unieke gebeurtenissen. Heeft het gisteren geregend? Regent het nu? Gaat het morgen regenen? Op het eerste gezicht lijkt het curieus een kansuitspraak te doen over de vraag of een gebeurtenis in het verleden heeft plaatsgevonden. We kunnen immers gemakkelijk nagaan of het gisteren geregend heeft. Als deze informatie echter niet tot onze beschikking staat, dan ligt het meer voor de hand een probabilistische uitspraak te doen. Een dergelijke kansuitspraak kan bijvoorbeeld gebaseerd worden op kennis over het huidige weer of het weerbeeld van de voorafgaande jaren. Probabilistische uitspraken over toekomstige gebeurtenis-

⁵¹⁰ Aangezien beide kansen als aanmerkelijk worden beschouwd, kan het in dit geval weinig kwaad te spreken van ‘*de* aanmerkelijke kans’. Vergelijk het met de zin: ‘Jan ziet de vogel’. Deze zin verwijst zowel naar de psychische act van het waarnemen als naar de fysieke existentie van de vogel.

sen zijn aan de orde van de dag. Kennis over het verloop van het weer stelt meteorologen in staat kansuitspraken over het weer te doen.

Het spreekt voor zich dat het mogelijk is kansuitspraken te doen met betrekking tot een opzet-object. Aspecten van opzet-objecten hebben afwisselend betrekking op heden, verleden en toekomst. ‘Het aan een ander toebehoren van een goed’, ‘het door misdrijf verkregen zijn van een goed’ en ‘het van het leven beroven van een ander’ hebben respectievelijk betrekking op heden, verleden en toekomst.⁵¹¹ Op basis van de beschikbare kennis en informatie kan een individu een kansinschatting maken met betrekking tot de vraag of iets het geval *is*, *was* of *zal zijn*. Boven stelde ik dat de meeste mensen behoorlijk uit de voeten kunnen met het begrip kans. De vertrouwdheid met het begrip kans brengt mee dat een kans het object van beoordeling kan vormen. Het is mogelijk dat iemand een positief oordeel velt met betrekking tot de stelling ‘er bestaat een kans van 1/6 op het gooien van een 1’. Een dergelijke constructie laat zich met enige moeite extrapoleren naar het strafrecht. In paragraaf 4.4.3.1 kwam een casus aan de orde waarbij een verkoper vergiftigde wijn verkoopt in de wetenschap dat dit in X procent van de gevallen tot de dood zou leiden. Een dergelijk *kwantitatief kansoordeel* kan beschouwd worden als een manifestatie van opzet. Het betreft een positief oordeel met betrekking tot de stelling ‘er bestaat een kans van X procent op het realiseren van het opzet-object’. De uitdrukking ‘een kans van X procent’ representeert die kansgroottes die als ‘aanmerkelijk’ kunnen worden beschouwd.

Kwantitatieve kansoordelen zijn niet representatief voor de strafrechtelijke werkelijkheid. De gedragingen waar het strafrecht doorgaans betrekking op heeft, lenen zich niet of nauwelijks voor het kwantificeren van kansen. Het behoeft geen betoog dat een vechtersbaas geen kwantitatief kansoordeel velt met betrekking tot het intreden van dood of letsel. Een kwantitatief kansoordeel zal zich zelden of nooit in het strafrecht voordoen. Daaruit volgt dat het kansbegrip binnen het opzet een breder toepassingsbereik heeft.

Het *kwalitatieve kansoordeel* vormt een tweede manifestatie van voorwaardelijk opzet. In dat geval is een niet-gekwantificeerde kans het object van beoordeling. Kwalitatieve kansoordelen zijn aan de orde van de dag. Het is waarschijnlijk dat het morgen zal regenen. Er bestaat een kleine kans dat ik de loterij win. Dergelijke oordelen kunnen ook in een strafrechtelijke context plaatsvinden. Een positief oordeel met betrekking tot de stelling ‘er bestaat een aanmerkelijke kans op het realiseren van het opzet-object’ vormt een manifestatie van opzet. De uitdrukking ‘een aanmerkelijke kans’ representeert die kwalifica-

⁵¹¹ Het gehele opzet-object bestaat uit een relatie tussen de actor en een bepaalde toestand. Deze toestand – bijvoorbeeld ‘het gekocht hebben van een gestolen klok’ – is gelokaliseerd in de toekomst.

ties die onder het juridische begrip ‘aanmerkelijke kans’ gebracht kunnen worden.

Het is nu de vraag welke kwantitatieve of kwalitatieve kansoordelen vallen binnen de reikwijdte van het juridische begrip ‘aanmerkelijke kans’. Welke kansgrootte mag nog beschouwd worden als ‘aanmerkelijk’? Uit psychologisch onderzoek blijkt dat het moeten kwantificeren van kansen in de praktijk op grote weerstand stuit.⁵¹² Tegen deze achtergrond wekt het geen verbazing dat de grootte van de ‘aanmerkelijke kans’ in de rechtspraak niet nader wordt gespecificeerd. In het onderstaande bespreek ik het begrip ‘aanmerkelijke kans’ aan de hand van Hiv-arrest I en II. Aan de hand van deze arresten kan een tentatief antwoord geformuleerd worden op de vraag welke kansoordelen een manifestatie van opzet vormen. Althans, dat dacht ik in 2004. Hiv-arrest I en II zijn inmiddels deels achterhaald door Hiv-arrest III en IV. Ik behandel deze arresten in een op deze paragraaf volgend naschrift.

In HR 24 juni 2003, NJ 2003, 555 (Hiv-arrest II) had de mannelijke hiv-besmette verdachte onbeschermd seksuele gemeenschap met een vrouw gehad. De verdachte was door het Hof veroordeeld wegens poging tot doodslag. Het Hof meende dat een aanmerkelijke kans bestond dat het slachtoffer ten gevolge van het seksuele contact zou komen te overlijden. Bij het bepalen van de aanmerkelijkheid van de kans nam het Hof de zwaarte van het in het geding zijnde rechtsbelang – het menselijk leven – in aanmerking. De Hoge Raad oordeelde dat er geen grond is 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 ervaringsregels aanmerkelijk is te achten. De Hoge Raad greep hierbij terug op HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552 (Hiv-arrest I). In dat arrest casseerde de Hoge Raad de veroordeling wegens poging tot doodslag met de volgende overweging.

“Aldus heeft het Hof zijn oordeel dat de verdachte door zijn gedrag de aanmerkelijke kans in het leven heeft geroepen dat X. AIDS zou krijgen en dientengevolge zou komen te overlijden, niet naar behoren gemotiveerd. Immers het enkele bestaan van een kans op HIV-besmetting zoals door het Hof is aangenomen, kan, voorts gelet op hetgeen het Hof heeft vastgesteld omtrent de incubatietijd na een besmetting en de onzekerheid of de thans bestaande anti-HIV-behandelingen het optreden van AIDS blijvend kunnen voorkomen, dat oordeel niet dragen.”

⁵¹² Vgl. Beyth-Marom e.a. 1985, ‘An elementary approach to thinking under uncertainty’, p. 36-51 en Von Winterfeldt & Edwards 1986, ‘Decision analysis and behavioral research’, p. 20 en 98-100.

In beide arresten casseert de Hoge Raad de veroordeling wegens poging tot doodslag. In Hiv-arrest II wijdt de Hoge Raad echter een interessante beschouwing aan de ook ten laste gelegde poging tot het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel. Uit de gebezigde bewijsmiddelen zou namelijk wél kunnen worden afgeleid dat de verdachte een aanmerkelijke kans in het leven heeft geroepen dat de slachtoffers met het hiv-virus zouden worden besmet en aldus zwaar lichamelijk letsel zouden oplopen.

Het begrip kans wordt hier gebruikt binnen de context van de actus reus. Het gaat daarbij niet om een aspect van de fysische werkelijkheid. Het kansbegrip dient als middel om een op een bepaald moment bestaande onzekerheid tot uitdrukking te brengen. Het gaat hier om de tempore delicti bestaande onzekerheid: ten tijde van het geding stond reeds vast dat het virus niet was overgebracht. Het is – anders dan A-G Jörg meent – altijd mogelijk een kwantitatieve kansinschatting te maken.⁵¹³ De hiv-kwestie onderscheidt zich niettemin in één opzicht van de gebruikelijke juridische gevallen. Er bestaat statistische informatie die op het geval toegepast kan worden. Het ligt – bij gebrek aan beter – voor de hand hier een beroep op te doen. Daarom valt in dit geval een grotere mate van intersubjectieve overeenstemming te verwachten dan in andere juridische situaties het geval zou zijn.⁵¹⁴

Het gebruik van statistische informatie berust op twee assumpties.⁵¹⁵ De eerste assumptie is dat de toekomst hetzelfde zal zijn als het verleden. In dat geval is de in het verleden vergaarde informatie relevant voor het voorspellen van de toekomst. Bij het bepalen van de kans dat onbeschermd seksueel contact uiteindelijk leidt tot de dood, is niet voldaan aan deze assumptie. Het valt namelijk te verwachten dat in de toekomst een vaccin of betere hiv-remmers op de markt zullen verschijnen.⁵¹⁶ De kansinschatting mag daarom niet alléén gebaseerd worden op statistische informatie. De tweede assumptie is dat het geval waar de kansinschatting betrekking op heeft, vergelijkbaar is met de gevallen waarover statistische informatie bestaat. De verdachte in Hiv-arrest II beoogde dat zijn ‘viral load’ dermate was gedaald dat de besmettingskans tien-

⁵¹³ In zijn conclusie bij Hiv-arrest I stelt Jörg de retorisch bedoelde vraag: “Hoe zou men de kans moeten berekenen dat het Internationale Bureau voor Auteurs- en Opvoeringsrechten ‘Holland’ terecht een afnamevoorwaarde stelde aan de toneelvereniging Cicero voor het mogen opvoeren van het (Amerikaanse en door Pieters bewerkte) toneelstuk ‘De Man in Burger’?” Het feit dat kansen altijd vastgesteld kunnen worden, betekent niet dat dit ook daadwerkelijk dient te geschieden. In de meeste gevallen is het evident dat sprake is van een flinke kans. Het is dan niet nodig de kansgrootte te specificeren.

⁵¹⁴ Het feit dat in dit geval statistische informatie voorhanden is, brengt niet mee dat sprake is van een objectief kansbegrip. De Finetti 1964, ‘Foresight: its logical laws, its subjective sources’ verklaart de in zijn ogen onjuiste perceptie dat objectieve kansen bestaan aan de hand van het feit dat mensen in bepaalde gevallen – bijvoorbeeld als statistische informatie voorhanden is – geneigd zijn dezelfde kansinschatting te maken.

⁵¹⁵ Vgl. Von Winterfeldt & Edwards 1986, ‘Decision analysis and behavioral research’, p. 110-112.

⁵¹⁶ Vgl. de boven aangehaalde overweging van de Hoge Raad in Hiv-arrest I.

maal lager ingeschat diende te worden. In dat geval wordt de tweede assumptie in twijfel getrokken.

In Hiv-arrest II stelde de Hoge Raad dat uit de gebezigde bewijsmiddelen kon worden afgeleid dat de verdachte een aanmerkelijke kans in het leven heeft geroepen dat de slachtoffers met het hiv-virus zouden worden besmet. Uit de bewijsmiddelen blijkt dat de deskundige verklaard heeft dat de kans op besmetting met het hiv-virus bij vaginale gemeenschap zonder condoom in het algemeen 1 op 250 á 300 is. In de bewijsmiddelen zijn voor het overige geen factoren opgenomen die ertoe nopen deze kansinschatting bij te stellen. ‘Kans’ is een onzekerheidsuitspraak op basis van de beschikbare informatie. De bewijsmiddelen bevatten in elk geval geen aanwijzingen dat de kans groter zou zijn dan 1 op 250 (0,4 procent). Op grond daarvan kan met enige voorzichtigheid geconcludeerd worden dat een kans van 0,4 procent binnen de *actus reus* nog als ‘aanmerkelijk’ kan worden beschouwd.⁵¹⁷ Deze kans is ongeveer even groot als de kans dat acht munten die tegelijkertijd worden opgegooid alle op de kopzijde terechtkomen.

Het is nu de vraag hoe de kansgrootte binnen de *actus reus* zich verhoudt tot de kansgrootte binnen het opzet. De Hoge Raad stelde in Hiv-arrest II dat voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg aanwezig is indien de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat dat gevolg zal intreden. De uitdrukking ‘de aanmerkelijke kans’ verwijst hier zowel naar het kansbegrip binnen de *actus reus* als binnen het opzet.⁵¹⁸ Daaruit zou afgeleid kunnen worden dat in dit geval sprake is van opzet als het kwantitatieve of kwalitatieve kansoordeel van de actor correspondeert met het intersubjectieve kansoordeel binnen de *actus reus*.⁵¹⁹ Een kwantitatief kansoordeel is een

⁵¹⁷ Als de in het gehele arrest opgenomen informatie als uitgangspunt wordt genomen, dan lijkt het redelijk de kans kleiner in te schatten. De verdediging stelt dat de deskundige tijdens de rechtszitting heeft verklaard: “De raadsman toont mij een overzicht van de waarden ‘viral load’ van begin 2001 van de verdachte. Ik leid daaruit af dat hij al een paar jaar succesvol wordt behandeld en dat de besmettingskans daardoor navenant kleiner is geworden.” Aangezien de Hoge Raad alleen refereert aan de bewijsmiddelen, beperk ik mij tot een conservatieve duiding van de bewijsmiddelen.

⁵¹⁸ Zie paragraaf 4.5.3.3.

⁵¹⁹ In paragraaf 4.5.4.3.c heb ik betoogd dat een dergelijke correspondentie zich niet voor hoeft te doen. Het is denkbaar dat voorwaardelijk opzet wordt aangenomen, hoewel de intersubjectieve kans nadert tot nul. Daarnaast geldt dat de grootte van de intersubjectieve kans binnen de *actus reus* in veel gevallen afhangt van de psychische gesteldheid van de actor. Kennis over de psychische gesteldheid van de actor speelt een rol bij het inschatten van deze intersubjectieve kans. Dit probleem doet zich bij de hiv-kwestie in mindere mate voor. Men mag ervan uitgaan dat de actor – buiten het aangaan van onbeschermde seks – weinig invloed heeft (of wil hebben) op het al dan niet overbrengen van het virus. Daarom is het *in dit geval* verdedigbaar bij het bepalen van de intersubjectieve kans van de *actus reus* geen acht te slaan op de psychische gesteldheid van de actor. De door de Hoge Raad gebezigde standaardformulering stuit in dit geval niet op bezwaren.

positief oordeel met betrekking tot de stelling ‘er bestaat een kans van X procent op het realiseren van het opzet-object’. Men kan zich indenken dat een hiv-besmet persoon bekend is met statistische informatie over het besmettingsgevaar. Het oordeel dat de besmettingskans gelijk is aan of groter is dan 1/250 of 0,4 procent kan beschouwd worden als een manifestatie van opzet.

Het valt nog maar te bezien of kwantitatieve kansoordelen zich bij hiv-kwesties daadwerkelijk voordoen. Dat geldt a fortiori voor de situaties waar het strafrecht doorgaans betrekking op heeft. Het ligt vaak meer voor de hand dat een actor een kwalitatief kansoordeel velt. Een kwalitatief kansoordeel is een positief oordeel met betrekking tot de stelling ‘er bestaat een aanmerkelijke kans op het realiseren van het opzet-object’. Dat roept de vraag op welke verbale kwalificaties corresponderen met een kansgrootte die boven als ‘aanmerkelijk’ werd bestempeld.

In het spraakgebruik is ‘aanmerkelijk’ synoniem aan ‘groot’, ‘aanzienlijk’ of ‘beduidend’.⁵²⁰ Kwantitatieve kansen bevinden zich op een interval van 0 tot en met 100 procent. Men kan zich afvragen of personen een kansgrootte van om en nabij de 0,4 procent wel als groot ervaren. Lichtenstein & Newman onderzochten de relatie tussen kwalitatieve en kwantitatieve kansuitdrukkingen.⁵²¹ Proefpersonen kregen een lijst met kwalitatieve kansuitdrukkingen voorgelegd. Vervolgens moesten ze aangeven welke kansen het best overeenkomen met de voorgelegde uitdrukkingen. In tabel 4.4 zijn een aantal uitdrukkingen en de bijbehorende kansen weergegeven.

Tabel 4.4 *De relatie tussen verbale en numerieke kansuitdrukkingen*

uitdrukking	kans (%)	uitdrukking	kans (%)
highly probable	89	possible	37
very likely	87	fairly unlikely	25
very probable	87	rather unlikely	24
quite likely	79	not very probable	20
good chance	74	unlikely	18
likely	72	not much chance	16
probable	71	barely possible	13
rather likely	69	improbable	12
pretty good chance	67	quite unlikely	11
fairly likely	66	very unlikely	9
somewhat likely	59	rare	7
fair chance	51	highly improbable	6

⁵²⁰ Zie ‘Groot woordenboek van synoniemen en andere betekenisverwante woorden’.

⁵²¹ Lichtenstein & Newman 1967, ‘Empirical scaling of common verbal phrases associated with numerical probabilities’.

In de linkerkolom zijn een aantal uitdrukkingen opgenomen die ongeveer hetzelfde betekenen als ‘aanmerkelijke kans’. De bijbehorende kansen zijn alle groter dan 50 procent. De aanduidingen in de rechterkolom reflecteren een minder dan aanmerkelijke kans. Het is opvallend dat de daarmee corresponderende kansen beduidend groter zijn dan de boven als ‘aanmerkelijk’ bestempelde kans van 0,4 procent. Andere empirische onderzoeken laten vergelijkbare resultaten zien.⁵²² De voor de hand liggende conclusie is dat in het juridische discours een andere betekenis aan ‘aanmerkelijk’ wordt toegekend dan gebruikelijk is.

Deze bevinding werpt licht op de vraag welke kwalitatieve kansoordelen als opzet zijn te beschouwen. Een kwalitatief kansoordeel is een positief oordeel met betrekking tot de stelling ‘er bestaat een aanmerkelijke kans op het realiseren van het opzet-object’. Stellen we ons een adequaat geïnformeerd hivesmet persoon voor. Op basis van deze adequate informatie komt deze persoon tot het niet-onredelijke oordeel: ‘er bestaat een kleine kans dat mijn partner besmet raakt’. Heeft deze persoon opzet? Een bevestigend antwoord lijkt op zijn plaats. Wat in het spraakgebruik geldt als ‘een kleine kans’, kan in het juridische discours gelden als ‘een aanmerkelijke kans’.

Tot nu toe zijn twee kansoordelen de revue gepasseerd. Het kwantitatieve kansoordeel zal zich in de praktijk zelden voordoen. Dat is anders bij het kwalitatieve kansoordeel. Iemand die een gevangenis muur opblaast om een kameraad te bevrijden, kan denken: ‘er bestaat een gereede kans dat een bewaker komt te overlijden’. Iemand die op het punt staat een goedkope fiets te kopen, kan denken: ‘het is waarschijnlijk dat deze fiets gestolen is’. Het laat zich echter ook indenken dat iemand zich bewust is van een mogelijkheid zonder deze mogelijkheid te kwantificeren of kwalificeren. Zo kan men zich bijvoorbeeld afvragen of een fiets van misdrijf afkomstig is. Een dergelijke vraag *kan* de opmaat vormen tot het vellen van een van de boven behandelde oordelen. (1) Een negatief oordeel met betrekking tot het opzet-object (geen opzet). (2) Een positief oordeel met betrekking tot het opzet-object (opzet). (3) Een kwantitatief kansoordeel met betrekking tot het opzet-object (opzet). (4) Een kwalitatief kansoordeel met betrekking tot het opzet-object (opzet). Het kan zich echter ook voordoen dat geen van de genoemde oordelen wordt geveld. De vraag of het opzet-object zich al dan niet zal realiseren, blijft dan in de lucht hangen. Het is nu de vraag of in een dergelijk geval toch nog gesproken kan worden van opzet.

⁵²² Zie Beyth-Marom 1982, ‘How probable is probable? A numerical translation of verbal probability expressions’; Bryant & Norman 1980, ‘Expressions of probability: words and numbers’; Zimmer 1983, ‘Verbal vs. numerical processing of subjective probabilities’; Barclay e.a. 1977, ‘Handbook for decision analysis’, p. 67-68 in relatie tot Kent 1964, ‘Words of estimative probability’.

Deze psychische gesteldheid, waarbij iemand zich iets afvraagt zonder daarover een nader oordeel te vellen, duid ik hier aan met de term *impliciet kansoordeel*.⁵²³ In de strafrechtelijke context heeft het impliciete kansoordeel betrekking op het zich al dan niet verwezenlijken van het opzet-object. Zo kan men zich bijvoorbeeld afvragen of een aan te schaffen fiets van misdrijf afkomstig is. Een impliciet kansoordeel vooronderstelt de aanwezigheid van twee elkaar uitsluitende voorstellingen: (1) een voorstelling van het opzet-object (O) en (2) een daarmee strijdige voorstelling (O').⁵²⁴ Eerder kwam naar voren dat het kwantitatieve en kwalitatieve kansoordeel gebaseerd zijn op de kennis en informatie die het individu ter beschikking staat. Bij het impliciete kansoordeel leidt eventueel beschikbare kennis of informatie in elk geval niet tot een van de eerder besproken oordelen. Er wordt enkel geoordeeld dat O en O' beide mogelijk zijn.

Het is nu de vraag hoe het impliciete kansoordeel zich verhoudt tot het kwantitatieve en kwalitatieve kansoordeel. Het kanstheoretische indifferentiebeginsel biedt een aanknopingspunt om het impliciete kansoordeel te vergelijken met de andere kansoordelen. Het indifferentiebeginsel vervult een centrale rol in de kanstheorie van de econoom Keynes. Keynes definieert het beginsel als volgt.

“The principle of indifference asserts that if there is no *known* reason for predicating of our subject one rather than another of several alternatives, then relatively to such knowledge the assertions of each of these alternatives have an *equal* probability. Thus *equal* probabilities must be assigned to each of several arguments, if there is an absence of positive ground for assigning *unequal* ones.”⁵²⁵

Bij een impliciet kansoordeel wordt niet geoordeeld welke voorstelling (O of het daarmee strijdige O') het meest waarschijnlijk is. Dit kan zich in de volgende drie gevallen voordoen. (1) Er is geen relevante kennis of informatie be-

⁵²³ Vgl. Bell 1979, 'Frege's theory of judgement', p. 83-106. Bell maakt onderscheid tussen 'wondering (internal non-assertive act)' en 'judging (internal assertive act)'. Vgl. Husserl 1984, 'Logische Untersuchungen. Zweiter Band. Erster Teil. Untersuchungen zur Phänomenologie und Theorie der Erkenntnis', p. 425-431 over 'der Zweifel'.

⁵²⁴ Vgl. Reinach 1921, 'Zur Theorie des negativen Urteils' en Frege 1983, 'Nachgelassene Schriften und Wissenschaftlicher Briefwechsel. Erster Band. Nachgelassene Schriften', p. 161-162. Zie ook paragraaf 4.5.4.3.b over het negatieve oordeel.

⁵²⁵ Keynes 1973, 'The collected writings of John Maynard Keynes. Volume VIII. A treatise on probability', p. 45. Keynes 1973, p. 89 stelt: "No other formula in the alchemy of logic has exerted more astonishing powers. For it has established the existence of God from the premiss of total ignorance (...)." Keynes staat een *rationeel* subjectief kansbegrip voor. Hij gaat ervan uit dat rationele mensen op basis van dezelfde kennis en informatie tot een gelijke kansinschatting zouden moeten komen. Het indifferentiebeginsel kan in bepaalde situaties als rationeel richtsnoer dienen. Ik roep het beginsel hier in om een plausibele vergelijking te kunnen maken tussen het impliciete kansoordeel en de andere kansoordelen.

schikbaar. (2) De beschikbare kennis of informatie wordt niet ingeroepen. (3) De ingeroepen kennis of informatie leidt niet tot een van de eerder behandelde oordelen (bijvoorbeeld wegens ambivalentie). In deze gevallen heeft de actor geen reden de voorstelling van het opzet-object (O) meer of minder waarschijnlijk te achten dan de daarmee strijdige voorstelling (O'). Op grond van het indifferentiebeginsel lijkt het redelijk het impliciete kansoordeel te vergelijken met een fiftyfifty-oordeel. Bij een fiftyfifty-oordeel wordt de kans dat het opzet-object zich realiseert geschat op 50 procent. Het spreekt voor zich dat een fiftyfifty-oordeel beschouwd kan worden als opzet. Naar mijn mening kan het impliciete kansoordeel evenzeer beschouwd worden als een manifestatie van opzet.

4.5.4.3.e NASCHRIFT: HIV-ARREST III EN IV

Een groot deel van dit hoofdstuk is geschreven in 2004. Hiv-arrest I en II zijn inmiddels deels achterhaald door Hiv-arrest III en IV. In HR 18 januari 2005, NJ 2005, 154 (Hiv-arrest III) had het Hof de verdachte veroordeeld wegens poging tot zware mishandeling. De Hoge Raad casseerde. Het gevaarzettende van onbeschermd seksuele contacten door een besmet persoon, brengt op zichzelf, zonder *bijzondere, risicoverhogende omstandigheden*, geen zodanige kans op besmetting met het hiv-virus mee dat deze naar algemene ervaringsregels als 'aanmerkelijk' kan worden beschouwd. Hof Amsterdam 2 juni 2005, NJ 2005, 317 veroordeelde de verdachte voor zware mishandeling. Volgens het Hof week de zaak in twee opzichten af van Hiv-arrest III. (1) In casu was de kans geschat op 1 op 200 tot 300 per seksuele handeling, terwijl de kans in Hiv-arrest III werd geschat op 1 op 500. (2) In Hiv-arrest III ging het om één seksueel contact. In casu werd de kans aanzienlijk vergroot door het veelvuldige seksuele contact tussen verdachte en zijn partner. In HR 20 februari 2007, NJ 2007, 313 (Hiv-arrest IV) casseerde de Hoge Raad wederom. In de eerste alinea van het onderstaande citaat wordt terugverwezen naar het criterium uit Hiv-arrest III.

“Dat het aangaan van onbeschermd seksuele contacten door iemand die met het HIV-virus is besmet gevaarzettend is, brengt op zichzelf nog niet mee dat door de desbetreffende seksuele gedragingen een zodanige kans op besmetting met het HIV-virus – en dus op het oplopen van zwaar lichamelijk letsel – in het leven wordt geroepen dat deze bij beantwoording van de vraag of van voorwaardelijk opzet sprake is, naar algemene ervaringsregels als aanmerkelijk kan worden beschouwd. Slechts onder bijzondere, risicoverhogende, omstandigheden kan dat anders zijn (vgl. HR 18 januari 2005, NJ 2005, 154). (...)

Weliswaar kan uit de inhoud van de gebezigde bewijsmiddelen worden afgeleid dat de verdachte door de bewezenverklaarde gedragingen het gevaar in het leven heeft geroepen dat het slachtoffer met het HIV-virus besmet zou raken, welk gevaar zich ook heeft verwezenlijkt, maar dat sprake was van een zodanig aanmerkelijke kans op een dergelijke besmetting dat voorwaardelijk opzet in een geval als het

onderhavige kan worden aangenomen, kan uit die bewijsmiddelen noch uit de nadere bewijsoverweging van het Hof worden afgeleid. (...)

Het Hof heeft voorts gebruikt [*sic*] gemaakt van statistische gegevens omtrent de kans op verwezenlijking van bedoeld gevaar die duiden op een in de medische wereld groot geachte kans. Gelet op de terughoudendheid die – ook volgens de opvatting van de betrokken ministers (vgl. *Kamerstukken II 2004-2005*, 29 800 VI, nr. 157, blz. 5-9) – mede in verband met volksgezondheidsbelangen ten aanzien van de bijzondere situatie van het gevaar van HIV-besmetting dient te worden betracht bij het aanvaarden van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor gevaarzettende gedragingen als de onderhavige, komt aan die gegevens echter onvoldoende gewicht toe om op grond daarvan de aanmerkelijke kans aanwezig te achten die in gevallen als de onderhavige voor voorwaardelijk opzet is vereist. Dat de verdachte en zijn partner veelvuldig seksuele contacten hebben gehad, zoals het Hof heeft vastgesteld, kan weliswaar als een zekere verhoging van vorenbedoeld risico worden beschouwd, maar [kan] niet worden aangemerkt als een bijzondere, risicoverhogende omstandigheid als hiervoor onder 4.2 bedoeld.”

De Hoge Raad sprak zelf vrij. Kennelijk kon het veelvuldig nemen van een kans van 1 op 300 in casu niet aangemerkt worden als ‘aanmerkelijke kans’. Dat wekt verwondering, aangezien het 10, 35 of 50 keer nemen van een dergelijk risico gepaard gaat met een besmettingskans van respectievelijk 3, 11 en 15 procent.⁵²⁶ Buruma stelt denk ik terecht dat de uitspraak beter kan worden gezien als een hiv-arrest dan als een opzetarrest.⁵²⁷ Dat brengt mee dat geen algemene conclusies aan het arrest moeten worden verbonden. Hiv-arrest IV noopt niet tot de gevolgtrekking dat pas sprake is van een ‘aanmerkelijke kans’ indien de intersubjectieve kans groter is dan X of Y procent. Het spreekt voor zich dat de eerder door mij getrokken conclusie dat een kans van 0,4 procent nog als ‘aanmerkelijk’ kan worden beschouwd, eveneens onjuist is.

Ik laat de Hiv-arresten verder rusten. Het gaat om een uitzonderlijke kwestie die zich slechts bij enkele delicten kan manifesteren. Bovendien heeft de kwestie in casu alleen betrekking op de intersubjectieve kans in de *actus reus*. Het is mij hier te doen om een andere vraag. Welke psychische gerichtheden kunnen geschaard worden onder het strafrechtelijk opzet? Aangezien de jurisprudentie van de Hoge Raad bij nader inzien geen handvatten biedt, probeer ik nu zelf een indicatie te geven. Ik sluit daarbij aan bij de Hoge Raads vingerwijzing dat de inhoud van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ niet afhankelijk moet worden gesteld van de aard van het gevolg. Wat geldt als ‘aanmerkelijke kans’ in delict X, geldt als ‘aanmerkelijke kans’ in delict Y.

⁵²⁶ Ik ga er daarbij van uit dat de kans op besmetting bij verdere seksuele contacten telkens even groot is als bij het eerste seksuele contact. Ik weet niet of in de praktijk aan die assumptie voldaan is.

⁵²⁷ Zie noot onder het arrest.

Het is de kunst een ondergrens te vinden die over alle delicten gezien redelijk is. Men zou daarbij primair de aandacht kunnen richten op delicten die geen culpose pendant kennen. Delicten die een culpose pendant hebben, hebben in de regel betrekking op belangrijke rechtsgoederen. Het bewust nemen van een gering risico met betrekking tot een ernstig gevolg, dient in beginsel strafbaar te zijn. Deze categorie wordt echter ondervangen door de culpose pendant.⁵²⁸ Als dit uitgangspunt wordt aanvaard, dan wordt het ijkpunt gevormd door de minder ernstige misdrijven. Wat is een redelijke ondergrens met betrekking tot de artikelen 157, 207, 237, 261, 284, 300, 321, etc. Wetboek van Strafrecht?

Bij het vaststellen van de ondergrens speelt ook een praktisch aspect een rol. De rechtspraktijk is gebaat bij een bewijsbaar begrip. Het kan zijn dat het welbewust aanvaarden van een minieme kans bij de bovengenoemde delicten op zichzelf beschouwd strafwaardig is. Dat brengt niet noodzakelijkerwijs mee dat het begrip ‘aanmerkelijke kans’ aldus gedefinieerd moet worden. Personen zijn zich vaak niet bewust van minieme kansen. De bewijsrechtelijke redenering, waarbij de bewustheid van de verdachte wordt afgeleid uit het feit dat een normaal mens zich bewust zou zijn geweest van het risico, volstaat dan niet.⁵²⁹ Verdachtes verweer dat *hij* het minieme risico niet voorzien heeft, is moeilijk te weerleggen als het een risico betreft dat doorgaans niet voorzien wordt.

Bij het vaststellen van een acceptabele ondergrens kan beter geen gebruik worden gemaakt van gedachte-experimenten waarbij een kwantitatief kansbegrip een rol speelt. Neem de volgende vraag. Moet het welbewust aanvaarden van een 2 procent kans op meeneed, mishandeling of oplichting strafbaar zijn? De vraagstelling impliceert dat de actor zich bewust is van het feit dat de kansgrootte 2 procent is. Iemand die nadenkt over kansgroottes, handelt met voorbedachte raad. Dat roept het beeld op van een calculerend, onverschillig persoon. Bovendien worden geen redenen genoemd die het nemen van het risico begrijpelijk zouden kunnen maken. Dat roept het beeld op van een persoon die er genoeg in scheidt risico's te nemen. Dergelijke gedachte-experimenten zetten ertoe aan te opteren voor een relatief kleine kansgrootte.⁵³⁰ Het is wellicht beter dit soort bijzondere situaties, die in de juridische werkelijkheid zelden of nooit voorkomen, niet als uitgangspunt te nemen.

Wanneer kan nog gesproken worden van een ‘aanmerkelijke kans’? Ik benadruk nogmaals dat het mij gaat om de kans binnen het opzet: wat voorziet de

⁵²⁸ Dat is alleen het geval als het gevolg intreedt. Zie paragraaf 2.4.4.4 over de doleuze schuld. Buiten deze gevallen kan door de wetgever geopteerd worden voor een gevaarzettingsdelict. Zie ook de Hoge Raads overweging in HR 18 januari 2005, NJ 2005, 154 (Hiv-arrest III).

⁵²⁹ Zie paragraaf 4.5.4.3.c over het bewijsrechtelijke verband tussen de intersubjectieve kans binnen de *actus reus* en de kans binnen het opzet.

⁵³⁰ Dat geldt in nog sterkere mate als men – anders dan ik – de ernstigste misdrijven als uitgangspunt neemt. Zie het onder te bespreken voorbeeld van de Russische roulette-machine.

actor? Bovendien ga ik ervan uit dat het referentiekader gevormd moet worden door de minder ernstige misdrijven. Ik kom nu tot de volgende tentatieve definitie. Er is sprake van een ‘aanmerkelijke kans’ als het kansoordeel met betrekking tot een voor de boven bedoelde misdrijven representatief opzet-object een redelijk actor ertoe zou nopen af te zien van de handeling. Het gaat om een kans die dermate groot is dat deze in het algemeen niet verwaarloosd mag worden. Is mijn vroegere huwelijk wel ontbonden (art. 237 Sr)? Als ik deze boom omzaag, dan zou hij wel eens op buurmans schuurtje kunnen vallen (art. 350 Sr). Het is mogelijk dat deze koffer drugs bevat (art. 2 j° art. 10 Opiumwet).

Boven heb ik gesteld dat gedachte-experimenten met betrekking tot kwantitatieve kansgroottes beter niet als uitgangspunt kunnen fungeren. Niettemin acht ik het verstandig het bovengenoemde, vage criterium te relateren aan een kwantitatieve kansgrootte. De lezer wordt aldus enig inzicht geboden in hetgeen ik als ‘redelijk’ beschouw. Uit psychologisch onderzoek blijkt dat het moeten kwantificeren van kansen doorgaans op grote weerstand stuit.⁵³¹ Dat is bij mij niet anders. Als ik, met een pistool tegen mijn hoofd, een kwantitatieve kansgrootte zou moeten noemen, dan opteer ik voor een ondergrens van 10 procent.⁵³² Aangezien mensen normaalgesproken niet in kwantitatieve kansen denken, moet een vertaalslag gemaakt worden. Het gaat om geestesgesteldheden (twijfel, aarzeling, vermoeden, etc.) die gerangschikt *zouden kunnen worden* op een continuüm van 0 tot en met 100 procent. Simpel gezegd: als de actor gevraagd zou zijn om zijn geestesgesteldheid tempore delicti te duiden, zou hij de kans op 10 procent of groter hebben ingeschat?⁵³³ Hieronder bespreek ik drie mogelijke bezwaren met betrekking tot deze kwantitatieve kansgrootte.

Is het niet arbitrair de grens te stellen op 10 procent? Is het verschil in morele laakbaarheid (of gevaarlijkheid) tussen Alfred, die zich bewust is van een kans van 10 procent en Bert, die zich bewust is van een net iets kleinere kans, niet verwaarloosbaar?⁵³⁴ En, zijn personen die welbewust een kans van 5 procent op het intreden van een ernstig gevolg aanvaarden, niet strafwaardiger dan personen die een kans van 15 procent met betrekking tot een minder ernstig gevolg aanvaarden? Het stellen van de grens op een bepaalde waarde is

⁵³¹ Vgl. Beyth-Marom e.a. 1985, ‘An elementary approach to thinking under uncertainty’, p. 36-51 en Von Winterfeldt & Edwards 1986, ‘Decision analysis and behavioral research’, p. 20 en 98-100.

⁵³² Ik aarzel tussen 5 en 10 procent. Tegen de achtergrond van het in paragraaf 4.3.8.9 besproken lenitybeginsel opteer ik voor een kansgrootte van 10 procent.

⁵³³ Het betreft een niet-uitvoerbaar gedachte-experiment. Er zijn ten minste twee redenen waarom daadwerkelijke vertaling problematisch is. (1) Het vertalen veronderstelt dat mensen in staat zijn hun gedachten te kwantificeren. Dat zal lang niet altijd het geval zijn. (2) Het enkele feit dat men nadenkt over de situatie, kan de dynamiek veranderen.

⁵³⁴ Kugler 2002, ‘Direct and oblique intention in the criminal law. An inquiry into degrees of blameworthiness’, p. 90-107 bespreekt het verband tussen de door de actor voorziene kansgrootte en morele laakbaarheid.

inderdaad arbitrair. Daar is niets aan te doen. Hetzelfde geldt voor snelheidslimieten of het toegestane bloedalcoholgehalte in art. 8 WVV. Gesloten normen leiden altijd tot ‘underinclusiveness’ (te weinig strafbaar) en ‘overinclusiveness’ (te veel strafbaar).⁵³⁵ Open normen kunnen daarentegen altijd tot het juiste resultaat leiden. Het nadeel is echter dat van geval tot geval (door verschillende rechters) vastgesteld moet worden wat juist is. Daarom is het soms beter te opteren voor een min of meer arbitraire grens, die door de bank genomen tot acceptabele resultaten leidt.⁵³⁶

Zijn rechters wel in staat de geestesgesteldheid van de verdachte te vertalen naar een kansgrootte? Het is niet de bedoeling dat rechters de geestesgesteldheid van de verdachte precies proberen te reconstrueren. Ik heb de kansgrootte van 10 procent genoemd om een algemeen toegankelijk referentiekader te bieden. Neem de volgende vier oordelen van een koper van een fiets. (1) Deze fiets is gestolen (opzet). (2) Deze fiets is waarschijnlijk gestolen (opzet). (3) Deze fiets is hetzij gestolen, hetzij niet gestolen (opzet). (4) Deze fiets is niet gestolen (geen opzet). De ondergrens van opzet bevindt zich ergens tussen categorie 3 en 4. Het zou dan bijvoorbeeld kunnen gaan om knagende twijfel over de afkomst van een fiets. Ik denk dat dergelijke geestesgesteldheden zich in de praktijk slechts zelden voor zullen doen. De koper weet dat de fiets gestolen is óf hij weet het niet. De materieelrechtelijke ondergrens van 10 procent biedt de rechter houvast bij de bewijsconstructie. Het is voldoende dat buiten redelijke twijfel staat dat sprake is geweest van *een* geestesgesteldheid die aangemerkt kan worden als opzet in strafrechtelijke zin.⁵³⁷ Wat de verdachte precies heeft gedacht, is niet van belang. Het gaat erom dat een van de geestesgesteldheden in het gebied tussen knagende twijfel en zekerheidsopzet zich heeft voorgedaan. In dat geval kan men stellen dat de verdachte zich *ten minste* bewust is geweest van de aanmerkelijke kans dat de fiets gestolen was.

Is de waarde van 10 procent niet te laag of te hoog? Dat is heel goed mogelijk. Ik heb een waarde genoemd die mij redelijk voorkwam. Mensen verschillen vaak meer van opvatting dan ze denken.⁵³⁸ Het specificeren van de kansgrootte

⁵³⁵ Vgl. Schauer 1991, ‘Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life’, p. 31-34 en 47-52.

⁵³⁶ Vgl. Schauer 1991, ‘Rules and the rule of law’; Schauer 1991, ‘Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life’; Schauer 2005, ‘The tyranny of choice and the rulification of standards’; Alexander & Schauer 2007, ‘Law’s limited domain confronts morality’s universal empire’. Het achterliggende motto is: meer keus voor rechters is niet per definitie beter.

⁵³⁷ Zie paragraaf 4.3.6.5.e.

⁵³⁸ Vgl. Hofstee 1999, ‘Principes van beoordeling. Methodiek en ethiek van selectie, examinering en evaluatie’, p. 57-68. Simons 2003, ‘Should the Model Penal Code’s mens rea provisions be amended?’, p. 189-190 noemt een grens van 5 procent met betrekking tot de ‘substantial risk’ van ‘recklessness’ uit de Model Penal Code.

brengt dergelijke meningsverschillen aan de oppervlakte. Wellicht verdient een kansgrootte van 5, 20 of 30 procent inderdaad de voorkeur. De best verdedigbare kansgrootte wordt in mijn optiek gevormd door het gemiddeld oordeel van een behoorlijk aantal verstandige strafrechtjuristen die over deze kwestie hebben nagedacht.⁵³⁹

Ik weet niet hoe het aanmerkelijke kans vraagstuk uiteindelijk opgelost zal worden. Ik kan mij ook voorstellen dat gekozen wordt voor een normatieve benadering, waarbij de vereiste kansgrootte varieert van delict tot delict of van geval tot geval. Een normatieve benadering zou denk ik tot gevolg hebben dat de bovengenoemde grens van 10 procent in bepaalde gevallen lager gesteld wordt. Stel, Christianne beschikt over een machine, waarbij met een druk op de knop een risico van X procent wordt gecreëerd dat een onschuldige de dood vindt.⁵⁴⁰ Het is goed denkbaar dat een voorziene kansgrootte van 0,01; 0,1 of 1 procent in die benadering als ‘aanmerkelijk’ zou worden gekwalificeerd. Dat brengt mee dat Christianne veroordeeld kan worden voor (poging tot) doodslag. Een normatieve benadering heeft tot gevolg dat van geval tot geval moet worden uitgemaakt welke geestesgesteldheid vereist is. Men heeft daarbij de keuze uit de in de vorige paragraaf besproken oordelen. Er is sprake van opzet als de verdachtes geestesgesteldheid gebracht kan worden onder een van de onderstaande oordelen.

- 1 Een *positief oordeel* met betrekking tot het opzet-object. ‘Deze fiets is gestolen.’
- 2 Een *kwantitatief kansoordeel* met betrekking tot het opzet-object. ‘De kans dat deze fiets gestolen is, betreft [1; 5; 20; etc.] procent.’
- 3 Een *kwalitatief kansoordeel* met betrekking tot het opzet-object. ‘Het is [waarschijnlijk; twijfelachtig; onwaarschijnlijk; etc.] dat deze fiets gestolen is.’
- 4 Een *impliciet kansoordeel* met betrekking tot het opzet-object. ‘Is deze fiets gestolen?’⁵⁴¹

⁵³⁹ Zie Hofstee 1999, ‘Principes van beoordeling. Methodiek en ethiek van selectie, examinering en evaluatie’, p. 69-86 voor een procedure.

⁵⁴⁰ Zie voor dit voorbeeld: McCarthy 1997, ‘Rights, explanation, and risks’ en Alexander 2000, ‘Insufficient concern: a unified conception of criminal culpability’. Alexander bespreekt dit voorbeeld in verband met de ondergrens van ‘recklessness’ – de Amerikaanse evenknie van voorwaardelijk opzet. Alexander 2000, p. 934 concludeert: “Imposing Russian roulette on others, no matter how high the ratio of empty to loaded chambers, seems a clear case of criminally culpable conduct.”

⁵⁴¹ Als de vereiste kansgrootte in een bepaald geval boven de 50 procent gesteld zou worden, dan kan het impliciete kansoordeel in dat geval niet aangemerkt worden als opzet.

4.5.4.4 *Opzet en waardering*

4.5.4.4.a INLEIDING

Hierboven is naar voren gekomen dat opzet altijd bestaat uit een voorstelling en een oordeel. De voorstelling is gericht op het gehele opzet-object. De voorstelling van dit ondeelbare opzet-object vormt de basis van het oordeel. Dat betekent dat het oordeel ook betrekking heeft op het gehele opzet-object. Het positieve oordeel, het kwantitatieve kansoordeel, het kwalitatieve kansoordeel en het impliciete kansoordeel zijn alle manifestaties van opzet. Een oordeelsact met betrekking tot het gehele opzet-object is een noodzakelijke én voldoende voorwaarde voor opzet.

Deze opvatting lijkt op gespannen voet te staan met de Nederlandse doctrine. Opzet wordt algemeen gedefinieerd aan de hand van ‘willen’ en ‘weten’. Dit wordt doorgaans herleid tot de bedoeling van de wetgever. “*Willen* en *weten* – op beide komt het aan, gelijk men dan ook in het dagelijksch leven, zeer terecht, ‘*opzettelijk*’ en ‘*willens en wetens*’ door elkander gebruikt.”⁵⁴² De wil lijkt onlosmakelijk te zijn verbonden met het opzet: zonder ‘willen’ geen opzet.

De in de doctrine verdedigde stelling dat opzet een wilselement bevat, lijkt te impliceren dat opzet een positieve waardering vereist. In paragraaf 4.5.4.1 heb ik Brentano’s indeling van psychische verschijnselen besproken. Volgens Brentano vormt *de waardering* – net als de voorstelling en het oordeel – een eigen wijze van betrokkenheid op het object. Als het voorgestelde *geapprecieerd* wordt, dan is sprake van een positieve waardering. Als het voorgestelde *gedeprecieerd* wordt, dan is sprake van een negatieve waardering. In het eerste geval heeft iemand een *pro-attitude* met betrekking tot het object in kwestie. In het tweede geval heeft iemand een *contra-attitude* met betrekking tot het object in kwestie.

In het onderstaande staat de verhouding tussen het opzetbegrip en de waarderingsact centraal. Daarbij dient scherp voor ogen te worden gehouden dat ik Brentano’s indeling van psychische verschijnselen als uitgangspunt neem. In paragraaf 4.2.3 heb ik geconstateerd dat de term ‘willen’ in de Nederlandse doctrine op verschillende wijzen wordt gedefinieerd. Al deze interpretaties wijken in meerdere of mindere mate af van het spraakgebruik (Humpty Dumptyisme). Als ik in het onderstaande spreek van ‘willen’, ‘de wil’ of ‘een wilsact’, dan heb ik uitdrukkelijk het oog op waarderingsacten. Ik verdedig de visie dat strafrechtelijk opzet geen waarderingsact vereist.

Ik bespreek de verhouding tussen het opzetbegrip en de waarderingsact aan de hand van de volgende vijf thema’s. (1) De relatie tussen doelopzet en ‘willen’. (2) Moddermans visie met betrekking tot ‘willen’ en ‘weten’. (3) De

⁵⁴² Smidt I, p. 81. Zie ook paragraaf 4.2.2.

bewijsrechtelijke rol van ‘willen’. (4) De relatie tussen opzet en controle. (5) Het verschil tussen opzet en schuld. Ten slotte bepleit ik dat bij het omschrijven van opzet beter geen gebruikgemaakt kan worden van de term ‘willen’.

4.5.4.4.b ALLEEN DOELOPZET BESTAAT UIT ‘WILLEN’ EN ‘WETEN’

In paragraaf 4.4 heb ik drie paradigma’s van opzet besproken: doelopzet, zekerheidsopzet en kansopzet. Hieronder bespreek ik deze bevindingen tegen de achtergrond van Brentano’s indeling van psychische verschijnselen.

Een actor heeft doelopzet op het veroorzaken van een gevolg als hij handelt omdat hij wenst dat het gevolg intreedt en voorziet dat zijn handeling het gevolg kan veroorzaken.

Een actor heeft zekerheidsopzet op het veroorzaken van een gevolg als hij handelt terwijl hij met een grote mate van zekerheid voorziet dat zijn handeling het gevolg zal veroorzaken.

Een actor heeft kansopzet op het veroorzaken van een gevolg als hij handelt terwijl hij voorziet dat een aanmerkelijke kans bestaat dat zijn handeling het gevolg zal veroorzaken.

In paragraaf 4.4 is geconcludeerd dat het verschil tussen zekerheidsopzet en kansopzet slechts gradueel van aard is. Zekerheidsopzet kan beschouwd worden als een specialis van kansopzet. De actor is zich in beide gevallen bewust van een aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden. Doelopzet vertoont een belangrijk verschil met de andere opzettingen. Bij doelopzet vormt het gevolg een reden om te handelen: de actor handelt omdat hij wenst en verwacht dat het gevolg kan intreden. Zijn handeling is mislukt als het gevolg niet intreedt. Doelopzet is het enige opzettingstype waarbij noodzakelijkerwijs sprake is van een waarderingsact. De wil van de actor is gericht op het gevolg.⁵⁴³ Bij zekerheidsopzet en kansopzet hoeft alleen sprake te zijn van een oordeelsact (voorzien dat). Een pro-attitude met betrekking tot het gevolg in kwestie is niet vereist. Men zou kunnen stellen dat zekerheids- en kansopzet bestaan uit ‘weten’, terwijl doelopzet bestaat uit ‘weten’ én ‘willen’.

De volgende vraagstelling stond centraal: komt zelfstandige betekenis toe aan de vraag of de actor al dan niet doelgericht heeft gehandeld? Het al dan niet doelgericht handelen zou van belang kunnen zijn in verband met de ondergrens van het strafrechtelijk opzet. Deze these zou als volgt verdedigd kunnen worden. Er bestaat een intrinsiek moreel verschil tussen doelopzet en de andere opzetparadigma’s. Een actor die doelopzet heeft valt – ceteris paribus – een groter moreel verwijt te maken dan een actor die kans- of zekerheidsopzet heeft. Daarom mag bij doelopzet genoeg genomen worden met een kleinere

⁵⁴³ Zie paragraaf 4.4.1 over het onderscheid tussen ‘intrinsiek wensen’ en ‘extrinsiek wensen’.

kans dan bij kansopzet. In paragraaf 4.5.4.3.e heb ik gesuggereerd dat de ondergrens van de ‘aanmerkelijke kans’ gesteld moet worden op 10 procent. Als deze ondergrens aanvaard wordt, dan kunnen de voorbeelden uit paragraaf 4.4.3.1 als volgt weergegeven worden.

Arnold is een verkoper. Hij verkoopt vergiftigde wijn, terwijl hij weet dat 5 procent kans bestaat dat de koper komt te overlijden door het drinken van de wijn. Hij verkoopt de wijn om geld te verdienen en heeft er geen belang bij dat de koper komt te overlijden.

Bernard is een begrafenisondernemer. Hij verkoopt vergiftigde wijn, terwijl hij weet dat 5 procent kans bestaat dat de koper komt te overlijden door het drinken van de wijn. Hij verkoopt de wijn om de koper van het leven te beroven, zodat hij geld kan verdienen aan de begrafenis.

Ik heb betoogd dat bij doelopzet geen genoegen genomen mag worden met een kleinere kans. Als bij een voorziene kansgrootte van X procent geen strafrechtelijk opzet wordt aangenomen bij Arnold, dan dient hetzelfde te gelden bij Bernard. Ik heb daarvoor de volgende argumenten aangedragen. (1) De stelling dat een intrinsiek moreel verschil bestaat tussen doelopzet en de andere opzetypen is controversieel. Deze stelling houdt verband met de katholieke ‘Doctrine of Double Effect’. Het lenitybeginsel dicteert dat bij twijfel gekozen moet worden voor de restrictiefste interpretatie. Dat brengt mee dat geen genoegen genomen mag worden met een kleinere kans. (2) Het Nederlandse opzetbegrip is moreel neutraal. Factoren die betrekking hebben op de morele verwijtbaarheid van de actor spelen in beginsel geen rol bij de interpretatie van opzet. Er zijn vele factoren die invloed kunnen hebben op het morele schuldverwijt. Is sprake van noodweer of noodweerexcès? Heeft de actor met een goed of slecht motief gehandeld? Is gehandeld in een vlaag van verstandsverbijstering of is het delict nauwgezet gepland? Hoeveel schade of letsel is toegebracht? Deze factoren komen aan de orde bij de strafuitsluitingsgronden of de bepaling van de strafhoogte. Het ligt in de rede de doelgerichtheid van de handeling op dezelfde wijze te benaderen als de andere factoren. (3) Het begrip doelopzet veronderstelt dat sprake is van een aanzienlijke kans. Als bij doelopzet genoeg genomen zou worden met een kleinere kans dan bij kansopzet, dan treedt men al gauw buiten de kaders van het begrip doelopzet.

Als de bovenstaande argumenten aanvaard worden, dan geldt dat hetgeen doelopzet onderscheidt van de andere opzetypen strafrechtelijk irrelevant is. Het onderscheid tussen doelopzet en de andere opzetypen wordt gevormd door het feit dat bij doelopzet noodzakelijkerwijs sprake is van een waarderingsact. Bij doelopzet is de wil van de actor per definitie gericht op het gevolg. Het feit dat de wilsact strafrechtelijk irrelevant is, brengt mee dat de rechter hier geen acht op hoeft te slaan. Boven is reeds gebleken dat zekerheidsopzet en kansopzet slechts gradueel van elkaar verschillen. Dat betekent dat de rechter de volgende definitie van opzet als uitgangspunt kan nemen.

Een actor heeft opzet op het veroorzaken van een gevolg als hij handelt terwijl hij voorziet dat ten minste een aanmerkelijke kans bestaat dat zijn handeling het gevolg zal veroorzaken.

De rechter hoeft alleen acht te slaan op oordeelsacten (weten, voorzien, beseffen, etc.). Waarderingsacten (willen, wensen, beogen, etc.) kunnen buiten beschouwing gelaten worden.

4.5.4.4.c MODDERMANS RETORISCHE MANOEUVRE: 'WILLEN' = 'WETEN'

In de doctrine is algemeen aanvaard dat het opsplitsen van opzet in 'willen' en 'weten' herleid kan worden tot de wil van de wetgever. In paragraaf 4.2.2 heb ik een aantal kanttekeningen geplaatst bij deze opvatting. In de memorie van toelichting en de notulen van de Staatscommissie wordt opzet niet in termen van 'willen' en 'weten' gedefinieerd. Commissielid De Pinto schreef een preadvies over opzet ten behoeve van de Staatscommissie. In de grotendeels aan het preadvies van De Pinto ontleende memorie van toelichting wordt nauwelijks ingegaan op de invulling van het opzet. Waar dat wel gebeurt, ligt de nadruk op het 'willen'. De memorie van toelichting sluit aan bij de definitie van opzet uit het Crimineel Wetboek 1809. "Opzet is de wil om te doen of te laten die daden, welke bij de wet geboden of verboden zijn."⁵⁴⁴ Het is Modderman geweest die het begrippenpaar 'willen' en 'weten' tijdens de Kamerbehandeling ten tonele voerde.⁵⁴⁵ "*Willen en weten* – op beide komt het aan, gelijk men dan ook in het dagelijksch leven, zeer terecht, '*opzettelijk*' en '*willens en wetens*' door elkan- der gebruikt."⁵⁴⁶

Het is belangrijk Moddermans uitweidingen over opzet in de context van de Kamerbehandeling te plaatsen. De Commissie van Rapporteurs vond het strafmaximum van bepaalde gemeengevaarlijke delicten te laag. Commissielid Des Amorie van der Hoeven stelde het volgende.

"Welnu – een dief, een roover van beroep, wenscht een spoortrein te doen derailleren, *alleen met het doel* om te stelen. Het is niet zijn wensch dat daarbij *iemand* gedood worden zal; hij *hoopt* zelfs het tegendeel. Evenwel komen bij de ramp een groot aantal mensen om het leven. (...) En dan vraag ik, is de man, die een trein laat derailleren om wat geld magtig te worden, wetende dat daarbij *hoogst waarschijnlijk* – al *kan* het zijn dat er niemand bij omkomt – honderden mensen om het leven zullen komen – is zulk een man niet *minstens* even schuldig als een moordenaar met voorbedachte rade? Moet de wet hem niet *minstens* gelijk straffen?"⁵⁴⁷

⁵⁴⁴ Smidt I, p. 74.

⁵⁴⁵ Vgl. Strijards 1983, 'Facetten van dwaling in het strafrecht', p. 76.

⁵⁴⁶ Smidt I, p. 81.

⁵⁴⁷ Smidt II, p. 125.

Als iemands wil niet gericht is op het gevolg, dan is volgens het Kamerlid geen sprake van opzet. Om een dergelijk geval toch als moord te kunnen straffen, wilde de Commissie van Rapporteurs de maximumstraf op de gemeengevaarlijke delicten verhogen. Bovendien meende de commissie dat hechtenis een te lichte straf was voor culpose misdrijven.

“Als de dader de gevolgen zijner onvoorzigtige handelingen heeft voorzien maar zich daarover niet heeft bekommerd, is gevangenisstraf gerechtvaardigd.”⁵⁴⁸

De Commissie van Rapporteurs ging kennelijk uit van een beperkte reikwijdte van opzet. De minister kon zich niet vinden in deze opvatting. Modderman schaarde zowel zekerheidsopzet als kansopzet onder het juridische opzetbegrip. Modderman slaagde er echter niet in de Kamerleden voor zijn opvatting te winnen. Hij vreesde daarom dat sommige rechters het opzet even beperkt op zouden vatten als de Kamerleden. Modderman besloot daarom de voorstellen van de commissie over te nemen.⁵⁴⁹

Moddermans vruchteloze pogingen de Kamers voor zijn opvatting te winnen, verdienen nu de aandacht. Het zijn deze passages waarin ‘willen’ en ‘weten’ een prominente rol spelen. De eerste passage, gericht tot de Tweede Kamer, heeft betrekking op zekerheidsopzet; de tweede passage, gericht tot de Eerste Kamer, heeft betrekking op kansopzet.

“Wat nu betreft het geval van Thomas van Bremerhaven. Al had deze den dood van menschen niet *gewenscht*, hij had dien toch *gewild*. Iemand die willens en wetens een machine afzendt, bestemd om een schip midden in den Oceaan uit elkaar te doen springen, een schip, waarvan hij toch weten kan dat het niet zonder menschen den Oceaan bevaart, *wil* den dood van menschen, al mogt dan zijn hoofddoel een ander geweest zijn. Het tegendeel te beweren ware eene protestatio actui contraria.”⁵⁵⁰

“Iemand wil een huis in brand steken; zijn oogmerk reikt primitief niet verder dan om het in vlammen te doen opgaan. Intusschen verneemt hij dat zich in dat huis een zieke bevindt in zoodanigen toestand, dat het transport of de schrik waarschijnlijk den dood zal veroorzaken. Voor dat gevolg onverschillig, steekt hij toch het huis in brand. Als nu de zieke verbrandt of door het transport het leven verliest, dan zou ik voor mij den dader schuldig verklaren *niet* aan *brandstichting*, maar aan *moord*; al heeft hij den dood niet *gewenscht*, hij heeft hem eventueel *gewild*.”⁵⁵¹

⁵⁴⁸ Smidt II, p. 134.

⁵⁴⁹ Zie Smidt II, p. 128-136.

⁵⁵⁰ Smidt II, p. 130.

⁵⁵¹ Smidt I, p. 87-88.

Ziehier, de meest geraffineerde retorische manoeuvre uit de geschiedenis van het Nederlandse strafrecht! Modderman behoudt de wil voor het opzet door ‘willen’ te herleiden tot ‘weten’. Moddermans redenering kan als volgt weergegeven worden. Als een actor *weet* dat zijn (gewilde) handeling A zowel leidt tot gevolg B als tot gevolg C, dan *wil* hij het complex van A, B én C.

- A Een handeling van de actor: doen ontploffen van een schip.
- B Een gevolg dat strafrechtelijk irrelevant is: innen verzekeringsgeld.
- C Een gevolg dat strafrechtelijk relevant is: dood opvarenden.

Het complex van A en C behelst het gehele opzet-object van doodslag. Dat betekent dat de wil van de actor gericht is op het gehele opzet-object: het doden van de opvarenden door middel van een ontploffing. Deze redenering overtuigt niet. Moddermans redenering vloeit voort uit de wens twee onverenigbare stellingen met elkaar te verenigen. (1) In de betreffende gevallen is sprake van opzet. (2) Opzet is ‘weten’ én ‘willen’. Dat leidt tot een implausibele gelijkstelling van de oordeelsact (weten) en de waarderingsact (willen).⁵⁵² Dezelfde redenering leidt tot de conclusie dat rokers een pijnlijke dood willen sterven, dat tandartsen pijn willen veroorzaken en dat zoonanbidders willen dat hun vakantie verregent. De ongerijmdheid van Moddermans redenering komt het sterkst naar voren als zij toegepast wordt op twee elkaar uitsluitende toestanden. Stel, de actor heeft doelopzet op een bepaald gevolg, maar hij voorziet de reële mogelijkheid dat het gevolg zich niet zal realiseren. Het toepassen van Moddermans redenering leidt tot de absurde conclusie dat de wil van de actor zowel gericht is op het realiseren van het gevolg als op het niet-realiseren van het gevolg.

4.5.4.4.d DE BEWIJSRECHTELIJKE ROL VAN ‘WILLEN’

Wilsacten spelen vaak een belangrijke rol bij doleuze vergrijpen. Hieronder bespreek ik twee situaties waarbij de wil een rol speelt. Vervolgens bespreek ik een situatie waarbij ‘willen’ geheel afwezig is. Ten slotte ga ik in op de bewijsrechtelijke rol van ‘willen’. Wat iemand al dan niet heeft geweten, kan soms afgeleid worden uit wat hij al dan niet heeft gewild.

⁵⁵² Brentano 1974, ‘Wahrheit und Evidenz’, p. 38-39 stelt met betrekking tot het gelijkstellen van oordelen aan waarden: “Trotz einer gewissen Analogie ist die Verwechslung schwer begreiflich. Es gibt Leute, welche die Güte Gottes und die Bosheit des Teufels, das Wesen des Ormuzd und das Wesen des Ahriman mit gleicher Überzeugung anerkennen, während sie doch das Wesen des einen über alles schätzen, von dem des andern sich nicht anders als abgestoßen fühlen.”

De wil is gericht op het gehele opzet-object. Deze situatie doet zich voor als de actor met doelopzet handelt. In dat geval handelt de actor omdat hij wil en verwacht dat het gevolg intreedt. Stel, een huurmoordenaar schiet een kogel door het hoofd van het beoogde slachtoffer. In dat geval is de wil gericht op het gehele opzet-object: het doden van het slachtoffer door middel van een door hem afgevuurd pistoolschot.

De wil is gericht op een deel van het opzet-object. Het doet zich vaak voor dat de wil van de actor gericht is op een aspect van het opzet-object. Hoewel de heler niet wil dat de aan te schaffen fiets van misdrijf afkomstig is, wil hij wél deze fiets kopen.⁵⁵³ In dat geval heeft de actor doelopzet op een deel van het opzet-object (kopen fiets). Het gehele opzet-object wordt bestreken door een oordeelsact. De actor realiseert zich dat hij een gestolen fiets gaat kopen.

De wil is niet gericht op het opzet-object. Omissiedelicten kenmerken zich door het feit dat de actus reus niet bestaat uit een doen. Een veroorzaker van een verkeersongeval laat het gewonde slachtoffer in hulpeloze toestand achter (art. 287 Sr).⁵⁵⁴ Iemand laat na kennis te geven van een samenspanning tot een staatsgreep (art. 135 Sr). Een opgeroepen getuige komt niet opdagen (art. 192 Sr). Het spreekt voor zich dat in dergelijke gevallen sprake moet zijn van een (kans)oordeel met betrekking tot het gehele opzet-object. Het ligt echter niet voor de hand dat de wil van de actor gericht is op het niet-hulpverlening, het niet-melden van een samenspanning of het niet-verschijnen ter terechtzitting.⁵⁵⁵ Er dienen zich twee mogelijkheden aan. (1) Negatieve waarderingsact. De actor waardeert het nalaten negatief, doch waardeert het alternatief hoger. Wellicht vindt de veroorzaker van een verkeersongeval het spijtig dat het slachtoffer mogelijk als gevolg van zijn nalaten komt te overlijden. Desondanks verlaat hij de plaats van het ongeval, omdat hij bang is voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. De actor hoopt dat het slachtoffer niet als gevolg van zijn niet-doen komt te overlijden.⁵⁵⁶ (2) Geen waarderingsact. De actor is indifferent ten aanzien van het nalaten. Het is denkbaar dat het de opgeroepen getuige niets kan schelen dat hij nalaat te getuigen. In beide boven besproken gevallen is de wil van

⁵⁵³ De actor zal doorgaans indifferent staan ten opzichte van de afkomst van de fiets. Dat betekent dat geen sprake is van een waarderingsact. Het kan ook zijn dat de actor hoopt dat de fiets niet gestolen is. In dat geval is sprake van een negatieve waarderingsact.

⁵⁵⁴ Zie bijv. Hof Arnhem 17 december 2002, NJ 2003, 117.

⁵⁵⁵ Het kan echter wel. Stel, een moeder heeft doelopzet op het doden van haar baby door middel van het onthouden van voedsel. In dat geval is de wil gericht op het gehele opzet-object.

⁵⁵⁶ De actor kan daar goede grond voor hebben. De oordeelsact heeft doorgaans betrekking op een kans dat het opzet-object zich realiseert. De waarderingsact heeft echter enkel betrekking op het opzet-object. Er hoeft dus geen sprake te zijn van hopen tegen beter weten in. Stel dat sprake is van een voorziene kansgrootte van 20 procent. In dat geval is het reëel te hopen dat de als 'aanmerkelijk' te beschouwen kans zich niet realiseert.

de actor niet gericht op (een deel van) het opzet-object. Het hebben van een contra-attitude (negatieve waarderingsact) en het niet-hebben van een attitude (indifferentie) zijn beide manifestaties van ‘niet willen’ (het niet-aanwezig zijn van een positieve waarderingsact). Het ontbreken van een positieve waarderingsact staat echter niet in de weg aan het aannemen van opzet. De actor heeft opzettelijk nagelaten, hoewel zijn wil op geen enkel aspect van het opzet-object gericht is geweest.

De meeste gevallen van doleuze strafrechtelijke aansprakelijkheid vallen in de eerste twee categorieën. Dat betekent dat ‘willen’ in de praktijk vaak een belangrijke rol speelt. Deze bevinding staat niet op gespannen voet met mijn opvatting dat ‘willen’ geen plaats heeft binnen het strafrechtelijk opzetbegrip. Het gaat mij om het vaststellen van de noodzakelijke componenten van het materiële recht. Moet de rechter bij het bewijs van opzet een uitspraak doen over een wilsact van de verdachte? Het antwoord luidt ontkennend: ‘willen’ vormt geen noodzakelijke component van strafrechtelijk opzet. Dat betekent uiteraard niet dat de rechter bij het bewijs van opzet geen gebruik zou mogen maken van wilsacten. Wilsacten spelen een belangrijke rol bij het duiden van gedragingen van mensen. Hieronder sta ik kort stil bij de bewijsrechtelijke rol van ‘willen’.

Hoewel ‘willen’ geen deel uitmaakt van het materieelrechtelijke opzetbegrip, kan het soms een belangrijke rol spelen bij het bewijs van opzet. Bij de meeste doleuze vergrijpen heeft de actor doelopzet op (een deel van) het opzet-object. In die gevallen is de wil van de actor gericht op het realiseren van zijn doelstelling. De wilsact stuurt de handeling.⁵⁵⁷ Wilsacten, zoals kiezen en besluiten, hebben in de praktijk betrekking op een toestand waarop de actor invloed kan uitoefenen.⁵⁵⁸ Dergelijke wilsacten zijn gegrond in de overtuiging dat men de doelstelling kan realiseren. De waarderingsact en de oordeelsact gaan hand in hand. De filosoof Davidson drukt dat als volgt uit.

“Whenever someone does something for a reason, therefore, he can be characterized as (a) having some sort of pro attitude toward actions of a certain kind, and (b) believing (...) that his action is of that kind.”⁵⁵⁹

“A primary reason consists of a belief and an attitude, but it is generally otiose to mention both. (...) [If] you say you are biting your thumb at me because you want to insult me, there is no point in add-

⁵⁵⁷ Vgl. Prichard 1968, ‘Acting, willing, desiring’; Aune 1977, ‘Reason and action’, p. 50-111; Moore 1993, ‘Act and crime. The philosophy of action and its implications for criminal law’, p. 113-165.

⁵⁵⁸ Brentano 1971, ‘Psychologie vom empirischen Standpunkt. Zweiter Band. Von der Klassifikation der psychischen Phänomene’, p. 103 stelt: “Jedes Wollen geht auf ein Tun, von dem wir glauben, daß es in unserer Macht liege, auf ein Gut, welches als Folge des Wollens selbst erwartet wird.”

⁵⁵⁹ Davidson 1968, ‘Actions, reasons, and causes’, p. 79.

ing that you think that by biting your thumb at me you will insult me.”⁵⁶⁰

Davidson wijst erop dat de waarderingsact (pro attitude; want) en de oordeelsact (believe; think) in de praktijk vaak met elkaar samengaan. Dit ervaringsfeit kan een rol spelen bij het bewijs van opzet. De waarderingsact (willen) vormt een indicatie van de oordeelsact (weten). Iemand die een ander *wil* doden, zal kiezen voor een handelwijze waarvan hij *verwacht* dat het tot de dood zal leiden. De bewijsrechtelijke assumptie is: wie wil, zal ook wel weten. De spiegelbeeldige bewijsrechtelijke assumptie is: wie *niet* wil, zal ook wel *niet* weten. Het Porsche-arrest berust op deze assumptie.

In het Porsche-arrest stond een bestuurder van een Porsche terecht wegens doodslag.⁵⁶¹ Tegen acht uur 's avonds kwam de Porsche op een drukke weg op de linker weghelft terecht, terwijl een tegenligger zeer dicht genaderd was. Er volgde een botsing, waarbij de vier inzittenden van de tegenligger en de bestuurder van de Porsche om het leven kwamen. Het Hof 's-Hertogenbosch veroordeelde de verdachte tot zes jaar gevangenisstraf wegens doodslag. In cassatie nam de advocaat van de verdachte de opvatting van R Emmelink tot uitgangspunt. “Bij voorwaardelijk opzet is het wilselement geheel aanwezig; het kennis-element is echter afgezwakt tot een slechts beseffen van de mogelijkheid van een gevolg.”⁵⁶² Vervolgens betoogde de raadsman: “Het aanvaarden van voorwaardelijk opzet, in het bijzonder het wilselement daarvan in verkeersdrama's als deze, verhoudt zich slecht met de veronderstelde wil tot leven van de betrokken verdachte.” De Hoge Raad was van mening dat de bewezenverklaring onvoldoende gemotiveerd was.

“In gevallen als het onderhavige, dat zich hierdoor kenmerkt dat de gebezigde bewijsmiddelen nopen tot de gevolgtrekking dat de verdachte door zijn handelwijze ook zelf aanmerkelijk levensgevaar heeft gelopen, dient de rechter evenwel in zijn oordeel te betrekken dat – 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.”

“Gelet op het evenoverwogene en in aanmerking genomen dat de gebezigde bewijsmiddelen inhouden dat de verdachte meermalen – kennelijk om een botsing te vermijden – een ingezette inhaalmanoeu-

⁵⁶⁰ Davidson 1968, ‘Actions, reasons, and causes’, p. 82. Zie ook Barnes 1977, ‘Some remarks on belief and desire’. Volgens Barnes impliceert een ‘desire’ een ‘belief’, maar is het omgekeerde niet het geval.

⁵⁶¹ HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199.

⁵⁶² Het cassatiemiddel citeert uit R Emmelinks handboek. Zie R Emmelink 1996, ‘Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht’, p. 205. Zie paragraaf 4.2.3.3 over R Emmelinks volitieve opzettheorie.

vre heeft afgebroken vooraleer de in de bewezenverklaring bedoelde fatale inhaalmanoeuvre uit te voeren, hetgeen er op wijst dat althans in de voorstelling en naar de verwachting van de verdachte laatstbedoelde manoeuvre niet tot een botsing zou leiden, behoeft de bewezenverklaring, in het bijzonder voorzover daarbij is aangenomen dat verdachtes opzet was gericht op de dood van de slachtoffers, nadere motivering.”

De overweging van de Hoge Raad berust op twee assumpties. (1) In dit geval was de kans op de dood van een ander ongeveer even groot als de kans op de eigen dood. (2) Mensen staan over het algemeen niet onverschillig ten aanzien van hun eigen dood. Uit deze assumpties volgt dat het niet voor de hand ligt dat “in de voorstelling en naar de verwachting” van de bestuurder een voor beide partijen gevaarlijke botsing zou plaatsvinden. Wie een gevolg niet heeft gewild, zal vermoedelijk niet gehandeld hebben in de wetenschap dat het gevolg kan intreden. De Hoge Raad gaat er – mijns inziens terecht – van uit dat mensen over het algemeen niet handelen tegen beter weten in.⁵⁶³

De materieelrechtelijke betekenis van het Porsche-arrest is gering. Uit het arrest volgt in elk geval niet dat opzet een wilsact vereist. De Hoge Raad maakt duidelijk dat een actor de dood van een ander moet hebben voorzien. Daaruit volgt dat niet volstaan mag worden met een normatieve betekenisverlening aan het gedrag. De feitenrechter moet de overtuiging bekomen dat de actor het gevolg daadwerkelijk heeft voorzien. Als het aannemen van bewustheid niet direct voor de hand ligt, dan dient de rechter de bewezenverklaring nader te motiveren.

De bewijsregel uit het Porsche-arrest voldoet niet als sprake is van een botsing tussen een sterke en een zwakke verkeersdeelnemer. De veronderstelde levenswil kan dan niet fungeren als aangrijpingspunt. In paragraaf 4.3.6.6 heb ik betoogd dat men in dat geval kan terugvallen op een andere ervaringsregel: de onbewustheidsassumptie. Deze ervaringsregel leert dat het onwaarschijnlijk is dat een verkeersdeelnemer welbewust de aanmerkelijke kans op de dood van

⁵⁶³ Handelen tegen beter weten in (akrasia) is een eeuwenoud filosofisch probleem. Socrates meent dat akrasia onmogelijk is: wat mensen akrasia noemen is simpelweg een kwestie van onwetendheid. Plato 2003, ‘Protagoras’, p. 73-74 stelt bij monde van Socrates: “‘Als het aangename dus goed is,’ zei ik, ‘zal niemand, wanneer hij weet of gelooft dat andere dingen beter zijn dan wat hij doet en ook haalbaar, vervolgens toch zijn gang gaan terwijl hij het betere had kunnen doen.[’] (...) ‘Dan gaat toch zeker niemand opzettelijk naar slechte dingen toe of naar dingen die hij voor slecht houdt?’ zei ik. ‘Ook ligt het, kennelijk, niet in de menselijke natuur naar dingen die je voor slecht houdt te willen in plaats van naar goede dingen. En wanneer je wordt gedwongen tussen twee kwaden te kiezen, zal niemand het grootste kwaad kiezen terwijl het kleinste had gekund.’ (...) [‘Als] het voorafgaande waar is, zal er dan iemand naar de dingen toe willen gaan die hij vreest, terwijl hij naar dingen toe kan die hij niet vreest? Afgaande op onze conclusies is dat toch uitgesloten? We waren het er namelijk over eens dat je dingen waarvoor je angst hebt als slecht beschouwd. En geen mens gaat naar wat hij voor slecht houdt toe, of neemt dat welbewust aan.’” ‘Beschouwd’ in origineel.

een andere verkeersdeelnemer aanvaardt. De onbewustheidsassumptie is gebaseerd op het feit dat verkeersdeelnemers doorgaans geen dood, letsel of schade bij zichzelf of anderen willen teweegbrengen. Tegen deze achtergrond ligt het niet voor de hand dat de veroorzaker van een dodelijk verkeersongeval beschikt heeft over de voor opzet vereiste bewustheid. Waarom zou iemand die geen verkeersongeval wil veroorzaken, gehandeld hebben met bewustheid van de aanmerkelijke kans op de dood?

Deze paragraaf kan als volgt worden samengevat. Wilsacten spelen een belangrijke rol bij doeleuze vergrijpen. Vaak heeft de actor doelopzet op (een deel van) het opzet-object. Kennis over hetgeen de actor al dan niet gewild heeft, kan de rechter informatie verschaffen over de oordeelsact die het opzet constitueert. Simpel gezegd: wie wil, zal ook wel weten; wie niet wil, zal ook wel niet weten. In dat geval speelt 'willen' een bewijsrechtelijke rol. Het aldus gebruiken van 'willen' noopt niet tot de conclusie dat 'willen' een plaats heeft binnen het strafrechtelijk opzetbegrip.

4.5.4.4.e RAWLSIAANSE STRAFTHEORIE EN CONTROLE: DE IRRELEVANTIE VAN 'WILLEN'

Opzet wordt in het strafrecht anders opgevat dan in het maatschappelijk verkeer. Dat valt te rechtvaardigen, aangezien opzet in het strafrecht een andere functie vervult.⁵⁶⁴ In het maatschappelijk verkeer gaat het doorgaans om het verklaren van gedrag of het kenbaar maken van voornemens. Het spreekt voor zich dat de wil dan een prominente rol speelt. In het strafrecht heeft opzet een andere functie: het fundeert de aansprakelijkheid. De strafrechtelijke betekenis van opzet moet beschouwd worden tegen de achtergrond van deze functie. In deze paragraaf bespreek ik waarom het strafrechtelijk opzet geen wilsact vereist.

Bij bijna alle gepleegde vergrijpen heeft de actor doelopzet op het opzet-object of een deel daarvan. Maar, zo is boven betoogd, dat is niet altijd het geval. Bij omissiedelicten is de wil van de actor niet noodzakelijkerwijs gericht op een deel van het opzet-object. Blijkbaar vervult de wil hier geen zinvolle functie. Maar hoe zit het met de gevallen waarbij de wil van de actor wél op een deel van het opzet-object is gericht. De bigamist die wil trouwen; de heler die een fiets wil kopen. Vervult de wil daar wél een zinvolle functie? Dat is niet het geval. In die gevallen is de wil enkel gericht op handelingen die op zichzelf beschouwd volstrekt onschuldig zijn. Het is niet de wilsact die de aansprakelijkheid constitueert; het is het positieve (kans)oordeel met betrekking tot het gehele opzet-object dat de aansprakelijkheid fundeert. Het willen trouwen of het willen kopen van een fiets is irrelevant. De bigamist is zich bewust van het feit dat hij mogelijk een dubbel huwelijk aangaat. De heler realiseert zich dat hij mogelijk een gestolen fiets koopt. De opgeroepen getuige realiseert zich dat

⁵⁶⁴ Vgl. Duff 1990, 'Intention, agency and criminal liability: philosophy of action and the criminal law', p. 31-37.

hij door zijn nalaten de rechtszitting zal missen. Het zijn deze positieve (kans)oordelen die het opzet constitueren. Een oordeelsact met betrekking tot het gehele opzet-object is een noodzakelijke én voldoende voorwaarde voor opzet.

Deze interpretatie van opzet is in overeenstemming met de in paragraaf 3.4 door mij verdedigde Rawlsiaanse straftheorie. Ik betoog daar dat de ratio van verschoningsgronden als opzet, schuld of psychische overmacht gevormd wordt door het controleprincipe. Het controleprincipe dicteert dat burgers controle geboden moet worden met betrekking tot het al dan niet in aanraking komen met het strafrecht. Er bestaat een directe relatie tussen schuld en schulduitsluitingsgronden enerzijds en controle anderzijds. Strafrechtelijke aansprakelijkheid veronderstelt controle: het ontbreken van controle moet de strafrechtelijke aansprakelijkheid aantasten. Het verband tussen opzet en controle is minder direct. Een actor die opzettelijk handelt, beschikt *ceteris paribus* over meer controle dan een actor die zonder opzet handelt. Personen die opzettelijk handelen beschikken *over het algemeen* over veel controle. Psychische overmacht, noodweerexces of ontoerekeningsvatbaarheid kunnen echter het oordeel rechtvaardigen dat de opzetsdader beschikt heeft over weinig of geen controle.

Des te zwaarder gestraft kan worden, des te belangrijker is het om burgers controle te bieden. Aangezien de zwaarste straffen doorgaans zijn gereserveerd voor *doleuze delicten*, is het bieden van controle hier van groot belang.⁵⁶⁵ Tegen deze achtergrond heb ik in paragraaf 4.3.8.2 en 4.3.8.4 betoogd dat een psychische interpretatie van opzet de voorkeur verdient boven een normatieve interpretatie. De psychische interpretatie zorgt ervoor dat opzetsdaders – bijzondere omstandigheden daargelaten – beschikken over veel controle.

In deze paragraaf gaat het om de specifiekere vraag welke psychische gesteldheid het opzet constitueert. Het Rawlsiaanse controleprincipe eist enkel en alleen dat de actor een billijke mogelijkheid wordt geboden om strafrechtelijke aansprakelijkheid te voorkomen. De cognitieve interpretatie van opzet, waarbij geen wilsact vereist is, is in overeenstemming met dit uitgangspunt. Wilsacten met betrekking tot (een deel van) het opzet-object kunnen hoogstens iets zeggen over de morele laakbaarheid van de actor. Dergelijke wilsacten brengen de actor echter niet in een betere positie het feit te voorkomen dan zonder deze wilsact het geval zou zijn. Aangezien het Rawlsiaanse perspectief alleen gericht

⁵⁶⁵ Zie paragraaf 3.4.8 over het vermijdbaarheidsbeginsel. Het vermijdbaarheidsbeginsel dicteert dat een zware straf gemakkelijk te vermijden moet zijn. Opzet vormt de belangrijkste indicator van vermijdbaarheid. Daarnaast dient acht te worden geslagen op schuldmitigerende omstandigheden en de voorzienbaarheid van de strafhoogte. Merk op dat het vermijdbaarheidsbeginsel betrekking heeft op de strafoplegging; in casu gaat het om de aansprakelijkheid. Het incorporeren van het opzetvereiste in het materiële recht levert een bijdrage aan het realiseren van het vermijdbaarheidsbeginsel (zie paragraaf 3.5 en 4.3.8.4). Er kan dan alleen gestraft worden als opzet bewezen is.

is op het bieden van controle, volstaat de cognitieve interpretatie van opzet. Cognitie is een voldoende voorwaarde voor controle.⁵⁶⁶

De relatie tussen opzet en controle kan als volgt weergegeven worden. Opzet behelst een positief (kans)oordeel met betrekking tot het opzet-object. Dit opzet-object bestaat uit een relatie tussen de actor en een bepaalde toestand. Deze relatie tussen de actor en de toestand impliceert controle: controle zit opgesloten in het opzet-object. Het oordeel dat hij controle heeft met betrekking tot het realiseren van deze toestand, biedt de actor de mogelijkheid ervoor te kiezen deze toestand *niet* te realiseren. De bigamist had ervoor kunnen kiezen *niet* te trouwen. De heler had ervoor kunnen kiezen deze fiets *niet* te kopen. De opgeroepen getuige had ervoor kunnen kiezen *wel* te getuigen. In alle gevallen kiest de actor er niet voor realisering van het opzet-object te voorkomen.

Het is belangrijk in te zien dat de grondslag van doleuze aansprakelijkheid wordt gevormd door het niet-kiezen voor het vermijden van dit feit. Het (kans)oordeel met betrekking tot het opzet-object fungeert als een soort intrapsychisch waarschuwbord. **PAS OP: ONHEIL!** Deze waarschuwing constitueert in beginsel een billijke mogelijkheid het strafrechtelijk relevant voorval te voorkomen.⁵⁶⁷ Dit verband tussen kennis en controle zou in verband gebracht kunnen worden met de vrije wilsbepaling die aan het menselijk handelen ten grondslag ligt. In die visie wordt de opzettelijke daad uiteindelijk herleid tot de vrije wil van de actor. Het verdient opmerking dat mijn analyse van de opzet-act geen betrekking heeft op dit ongrijpbare proces van vrije wilsbepaling. Ik betoog enkel en alleen dat strafrechtelijk opzet geen positieve waarderingsact ('willen') met betrekking tot het opzet-object vereist. Het gaat mij niet om de vrije wil (free will), maar om 'willen' (desire).

⁵⁶⁶ Vgl. Duff 1990, 'Intention, agency and criminal liability: philosophy of action and the criminal law', p. 99-115. Duff stelt dat 'knowledge' volstaat in visies waarbij het alleen gaat om het bieden van een billijke mogelijkheid aansprakelijkheid te voorkomen. Duff 1990, p. 107-110 stelt: "I have a fair opportunity to obey the law against homicide only if I know (or could easily realize) that my conduct will or might cause death, and only if I control that conduct – only if I could avoid acting thus. (...) On this view (...) [an] agent is culpable (her *mens is rea*) in so far as she controls that conduct, i.e. foresees its harmful effects and could avoid their occurrence: one who does what she knows will cause harm is the paradigm of a culpable criminal." Als meer belang wordt gehecht aan de morele laakbaarheid van de actor, dan zou wellicht geopteerd kunnen worden voor een restrictievere interpretatie van opzet, waarbij de wilsrichting wel een rol speelt (doelopzet). Zelf meen ik overigens dat geen intrinsiek moreel verschil bestaat tussen doelopzet ('weten' én 'willen') en zekerheids- of kansopzet ('weten'). Zie hierover paragraaf 4.4.2.3.

⁵⁶⁷ Dat kan anders zijn als sprake is van een schulduitsluitingsgrond. Zie paragraaf 2.1, 2.3 en 2.5 over de relatie tussen controle en de schulduitsluitingsgronden.

4.5.4.4.f HET VERSCHIL TUSSEN OPZET EN SCHULD SCHARNIERT NIET OM 'WILLEN'

De door mij verdedigde visie op opzet is simpel. De rechter hoeft zich alleen af te vragen of de actor zich tempore delicti bewust is geweest van de aanmerkelijke kans dat het opzet-object door zijn toedoen gerealiseerd zou worden. Het is daarbij niet van belang of de wil gericht is geweest op (een deel van) het opzet-object. Bewustheid van een aanmerkelijke kans is opzet; bewustheid van een niet-aanmerkelijke kans is geen opzet. In het laatste geval is mogelijk sprake van schuld. Deze visie wijkt af van Rammelinks in paragraaf 4.2.3.3 besproken volitieve opzettheorie.

“Bij voorwaardelijk opzet is het wilselement geheel aanwezig; het kenniselement is echter afgezwakt tot een slechts beseffen van de mogelijkheid van een gevolg. Bij bewuste culpa is het weten hetzelfde, maar het wilselement ontbreekt geheel. Dit verschil is, naar wij menen, inderdaad zo groot, dat het volkomen gerechtvaardigd is, het ene zwaar, het andere (betrekkelijk) licht te straffen.”⁵⁶⁸

De betekenis die Rammelink aan ‘willen’ toekent, is sterk moreel geladen. Het gaat om de houding die de actor inneemt tegenover het gevolg. Machielse, die de bewerking van NLR van Rammelink heeft overgenomen, bouwt voort op de volitieve opzettheorie.⁵⁶⁹ Machielse lijkt ‘willen’ eveneens op te vatten als een onverschillige houding ten aanzien van het gevolg. Deze onverschilligheid markeert de grens tussen opzet en schuld. Volgens Machielse kan bij een onverschillige houding ook opzet worden aangenomen als slechts sprake is van bewustheid van een niet-aanmerkelijke kans. Anderzijds geldt dat bewustheid van een aanmerkelijke kans niet noodzakelijkerwijs noopt tot het aannemen van opzet indien geen sprake is van onverschilligheid. Het verschil tussen de volitieve opzettheorie en mijn visie kan geïllustreerd worden aan de hand van de onderstaande zes voorbeelden. Ik ga er hierbij voor het gemak van uit dat de ondergrens van de ‘aanmerkelijke kans’ ligt bij 10 procent.⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ Rammelink 1996, ‘Mr. D. Hazewinkel-Suringa’s inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht’, p. 205.

⁵⁶⁹ Noyon/Langemeijer/Rammelink 2005, aant. 1-3 bij opzet (suppl. 132).

⁵⁷⁰ Zie paragraaf 4.5.4.3.e. Deze kwestie zou ook geïncorporeerd kunnen worden in een normatieve kansgrootte. In dat geval geldt dat de onverschilligheid invloed heeft op de kansgrootte die als ‘aanmerkelijk’ wordt bestempeld. Bij Aso is een kansgrootte van 5 procent ‘aanmerkelijk’, terwijl bij Hoop een kansgrootte van 15 procent niet als ‘aanmerkelijk’ wordt beschouwd.

Aso 5 verkoopt vergiftigde wijn, terwijl hij weet dat 5 procent kans bestaat dat de koper komt te overlijden door het drinken van de wijn. Hij hoopt dat de koper komt te overlijden. (Ik: geen opzet; NLR: opzet.)

Indif 5 verkoopt vergiftigde wijn, terwijl hij weet dat 5 procent kans bestaat dat de koper komt te overlijden door het drinken van de wijn. Hij staat indifferent ten opzichte van het al dan niet overlijden van de koper. (Ik: geen opzet; NLR: opzet.)

Hoop 5 verkoopt vergiftigde wijn, terwijl hij weet dat 5 procent kans bestaat dat de koper komt te overlijden door het drinken van de wijn. Hij hoopt dat de koper *niet* komt te overlijden. (Ik: geen opzet; NLR: geen opzet.)

Aso 15 verkoopt vergiftigde wijn, terwijl hij weet dat 15 procent kans bestaat dat de koper komt te overlijden door het drinken van de wijn. Hij hoopt dat de koper komt te overlijden. (Ik: opzet; NLR: opzet.)

Indif 15 verkoopt vergiftigde wijn, terwijl hij weet dat 15 procent kans bestaat dat de koper komt te overlijden door het drinken van de wijn. Hij staat indifferent ten opzichte van het al dan niet overlijden van de koper. (Ik: opzet; NLR: opzet.)

Hoop 15 verkoopt vergiftigde wijn, terwijl hij weet dat 15 procent kans bestaat dat de koper komt te overlijden door het drinken van de wijn. Hij hoopt dat de koper *niet* komt te overlijden. (Ik: opzet; NLR: geen opzet.)

Bij Aso 5 en Indif 5 noopt de onverschillige houding van de actor ('willen') tot het aannemen van opzet, hoewel geen sprake is van bewustheid van een aanmerkelijke kans. Bij Hoop 15 noopt de juiste wilsrichting van de actor tot het niet-aannemen van opzet, hoewel wél sprake is van bewustheid van een aanmerkelijke kans. Ik wil twee kanttekeningen bij deze visie plaatsen. In de eerste plaats meen ik dat bij Aso en Indif ('willen') geen sprake is van grotere morele verderfelijke dan bij Hoop (geen 'willen'). De slechte wilsrichting van Aso, het gebrek aan wilsrichting bij Indif en de juiste wilsrichting van Hoop houden geen van alle verband met de handeling van de actor. Aso, Indif en Hoop handelen allen ondanks de bewustheid dat hun handeling gepaard gaat met een bepaalde kans op de dood van een ander. Hun handelwijze wordt niet gestuurd door de houding ten aanzien van het gevolg. De hoop is vrijblijvend en de onverschilligheid hangt in het luchtledige.⁵⁷¹

⁵⁷¹ Het verdient opmerking dat hetgeen hier als 'willen' wordt aangemerkt (de slechte wilsrichting van Aso en het gebrek aan wilsrichting bij Indif) niet gelijkgesteld kan worden met het 'willen' (wensen) dat zich voordoet bij doelopzet. Aso wil het gevolg, maar hij handelt niet *omdat* hij wil dat het gevolg intreedt. Er is alleen sprake van doelopzet als de

→

Een tweede bezwaar tegen onverschilligheid als afbakeningscriterium heeft betrekking op de morele neutraliteit van het opzet.⁵⁷² Volgens Machielse dient de mate van verwijtbaarheid beslissend te zijn voor de grens tussen opzet en schuld. Deze visie verdraagt zich slecht met het Nederlandse systeem van strafuitsluitingsgronden. Opzet en verwijtbaarheid zijn verschillende concepten. Er kan opzet worden aangenomen, hoewel sprake is van ontoerekeningsvatbaarheid, psychische overmacht, noodweerecces, avas, noodweer, overmacht-noodtoestand en de medische exceptie. In die gevallen noopt de afwezigheid van onverschilligheid met betrekking tot het rechtsgoed in kwestie niet tot negatie van het opzet. Mijns inziens dient hetzelfde te gelden met betrekking tot de boven bedoelde houding. De slechte wilsrichting van Aso, het gebrek aan wilsrichting bij Indif en de juiste wilsrichting van Hoop dienen niet bij het vaststellen van opzet te worden betrokken.

In paragraaf 4.3.8.4.a heb ik het verband tussen opzet en morele laakbaarheid besproken aan de hand van de volgende stelregel. Een actor die een bepaald slecht gevolg met opzet veroorzaakt, is ceteris paribus nooit minder laakbaar dan een actor die dat gevolg zonder opzet veroorzaakt. Opzet is weliswaar een cruciale factor in het determineren van laakbaarheid, maar het is niet de enige factor. Het kan zich dus heel goed voordoen dat iemand die geen opzet heeft, een groter verwijt gemaakt kan worden dan iemand die wél opzet heeft. Tegen deze achtergrond is het niet zo bijzonder dat Hoop 15 veroordeeld kan worden voor doodslag, terwijl Aso 5 en Indif 5 enkel roekeloosheid (art. 307 lid 2 Sr) tegengeworpen kan worden.⁵⁷³

In de bovenstaande voorbeelden zijn ‘willen’ (onverschilligheid) en ‘weten’ (voorzien kansgrootte) constant gehouden. De volitieve opzettheorie leidt dan tot een andere uitkomst dan mijn visie. Volgens de volitieve opzettheorie scharniert het verschil tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld om ‘willen’, aangezien in beide gevallen sprake is van ‘weten’. In de bovenstaande voorbeelden is dat daadwerkelijk het geval. Het enige verschil tussen opzet (Aso en Indif) en schuld (Hoop) wordt gevormd door ‘willen’ (onverschilligheid). Het is echter sterk de vraag of hetzelfde geldt voor de voorbeelden die

wil de reden tot handelen vormt (zie paragraaf 4.4.1). Dat brengt mee dat de deontologische argumenten voor de DDE hier geen gelding hebben (zie hierover paragraaf 4.4.2.2). De verkoper wordt in casu niet gestuurd door het kwaad (argument Nagel). Bovendien gebruikt hij het slachtoffer niet als middel tot een doel (argument Quinn). In casu kan men alleen stellen dat Aso er moreel perverse gedachten op nahoudt. Het is wellicht mogelijk de volitieve opzettheorie van een utilitaristische grondslag te voorzien. Men zou kunnen beargumenteren dat Aso en Indif, gezien hun verderfelijke karakter, eerder dan Hoop geneigd zullen zijn in de toekomst vergelijkbare risico's te nemen. Dat brengt mee dat het wellicht utilitair is bij hen eerder doleuze aansprakelijkheid aan te nemen, zodat toekomstig leed voorkomen kan worden.

⁵⁷² Zie ook paragraaf 4.3.8.4.a, 4.3.8.8 en 4.4.3.3.

⁵⁷³ Uitgaande van de niet door mij gedeelde opvatting dat een groter verwijt gemaakt kan worden aan Aso 5 en Indif 5.

doorgaans in de literatuur worden opgevoerd om het verschil tussen opzet en schuld uiteen te zetten. Dat kan geïllustreerd worden aan de hand van een reeds eerder besproken voorbeeld van Rammelink.⁵⁷⁴

“Daarin schuilt het verschil tussen (...) voorwaardelijk opzet of dolus eventualis, en culpa, nl. bewuste grove schuld. Deze laatste is aanwezig, als de dader aan het funeste gevolg dat intreden kan wèl denkt, maar zijn daad tòch aandurft, omdat hij in de verwezenlijking daarvan niet gelooft en haar zou nalaten, als hij het intreden wèl verwachtte. Dit kan het geval zijn bij een automobilist, die met grote snelheid door een drukke straat rijdt om zijn trein nog te halen. De mogelijkheid van een aanrijding flitst door zijn brein, maar wordt teruggedrongen door de overweging, dat hij het al zo dikwijls deed zonder ongelukken, dat immers het verkeer goed geregeld is en dat juist bij drukte iedereen goed oplet, enz. Overrijdt hij dan toch iemand, dan is er plaats voor het aannemen van bewuste culpa. Rijdt hij zo snel, omdat hij door de politie achtervolgd wordt en à tout prix ontkomen wil, dan is bij een aanrijding opzet aanwezig te achten. Dat gevolg neemt hij op de koop toe, die prijs betaalt hij, mits hijzelf maar ontkomt.”⁵⁷⁵

De automobilist die de trein wil halen, denkt aan het funeste gevolg, maar durft zijn daad toch aan omdat hij in de verwezenlijking daarvan niet gelooft. De gedachte aan een aanrijding wordt teruggedrongen door andere overwegingen. Het is sterk de vraag of een dergelijke automobilist zich bewust is geweest van de aanmerkelijke kans dat zijn handelwijze de dood van een ander kon veroorzaken. Waarom zou iemand die de trein wil halen, opteren voor rijgedrag dat in zijn beleving gepaard gaat met een aanmerkelijke kans op de dood? Het ligt meer voor de hand dat de automobilist zich enkel bewust is geweest van gevaar of dat hij welbewust de verkeersregels heeft overtreden. In paragraaf 2.4.4.4 heb ik betoogd dat dergelijke bewustheidsmomenten mogelijk aangemerkt kunnen worden als doleuze schuld.

Het geval van de automobilist die op de vlucht is voor de politie roept een ander beeld op. Het laat zich eerder denken dat iemand die koste wat kost ontkomen wil, opteert voor rijgedrag dat in zijn beleving gepaard gaat met een aanmerkelijke kans op de dood. Zo bezien verschillen de gevallen van elkaar met betrekking tot het ‘weten’. De onverschilligheid van de automobilist die op de vlucht is en de goede trouw van de automobilist die zijn trein wil halen, vertalen zich in de praktijk waarschijnlijk in rijgedrag. De eerste zal doorrijden als hij een voetganger op de zebra ziet (opzet), terwijl de tweede zal remmen (geen

⁵⁷⁴ Zie paragraaf 4.2.3.3. Zie ook paragraaf 4.3.3, waar ik Brouns’ visie met betrekking tot bewuste schuld vergelijk met de cognitieve opzettheorie van Nieboer en Strijards. In paragraaf 4.5.4.3.b plaats ik de bewuste schuld in de sleutel van het negatieve oordeel.

⁵⁷⁵ Rammelink 1996, ‘Mr. D. Hazewinkel-Suringa’s inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht’, p. 205.

opzet). Alleen de vluchtende automobilist handelt ondanks de bewustheid van de aanmerkelijke kans.

Deze duiding van Rimmelinks voorbeelden is gebaseerd op het beeld dat de voorbeelden bij mij oproepen. Ik veronderstel dat alleen de tweede automobilist heeft gehandeld met bewustheid van de aanmerkelijke kans. Rimmelink stelt immers dat de eerste automobilist niet *geloofd* en *verwacht* dat het gevolg zal intreden. Als deze inferentie onjuist is, dan meen ik dat ook bij de eerste automobilist opzet moet worden aangenomen. Men zou zelfs kunnen stellen dat de tweede automobilist een betere reden heeft het leven van anderen bewust in de waagschaal te stellen dan de eerste automobilist. Iemand die de aanmerkelijke kans op de dood van een ander minder belangrijk vindt dan het halen van een trein, geeft blijk van aanzienlijke morele verderfelijkeid.⁵⁷⁶

Het is de vraag of de door mij verdedigde opvatting in overeenstemming is met de jurisprudentie van de Hoge Raad. De Hoge Raad stelt – evenals Rimmelink – dat zowel bij opzet als bij bewuste schuld sprake is van wetenschap. Dat lijkt te nopen tot de conclusie dat het verschil tussen opzet en schuld gelokaliseerd moet worden in het ‘willen’. De onderstaande overweging uit HR 24 februari 2004, NJ 2004, 375 heeft betrekking op dit thema.

“Voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg – zoals hier de dood – is aanwezig indien de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat dat gevolg zal intreden. (...) Voor de vaststelling dat de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan zulk een kans is niet alleen vereist dat de verdachte wetenschap heeft van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden, maar ook dat hij die kans ten tijde van de gedraging bewust heeft aanvaard (op de koop toe heeft genomen). Uit de enkele omstandigheid dat die wetenschap bij de verdachte aanwezig is dan wel bij hem moet worden verondersteld, kan niet zonder meer volgen dat hij de aanmerkelijke kans op het gevolg ook bewust heeft aanvaard, omdat in geval van die wetenschap ook sprake kan zijn van bewuste schuld. 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.”

⁵⁷⁶ Dat betekent dat het beeld dat het voorbeeld oproept – een te goeder trouwe burger die zich haastig door het verkeer begeeft – bijstelling verdient. Zowel de vluchtende automobilist als de automobilist die de trein wil halen, geeft blijk van morele verderfelijkeid, aangezien de aanmerkelijke kans op de dood van een ander geen reden vormt af te zien van hun handelwijze. De – volstrekt vrijblijvende – hoop dat het gevolg niet intreedt, doet daar niet aan af.

De Hoge Raad stelt dat wetenschap zich zowel bij opzet als bij schuld kan voordoen. Het onderscheidingscriterium tussen opzet en schuld wordt gevormd door de bewuste aanvaarding. Het is aldus van belang hoe ‘bewuste aanvaarding’ opgevat moet worden. De Hoge Raad lijkt een cognitief criterium te hanteren.⁵⁷⁷ Het is de vraag of de actor ervan uit is gegaan dat het gevolg zal intreden. In het volgende geval is volgens de Hoge Raad geen sprake van voorwaardelijk opzet. (1) De actor heeft weet van de aanmerkelijke kans op het gevolg. (2) De actor is ervan uitgegaan dat het gevolg niet zal intreden. Het is de vraag hoe deze twee stellingen zich ten opzichte van elkaar verhouden. Als de eerste cognitieve term (weet hebben van) gelijkgesteld wordt aan de tweede cognitieve term (uitgaan van), dan lijkt de overweging van de Hoge Raad innerlijk tegenstrijdig te zijn.⁵⁷⁸ Enerzijds weet de actor wél; anderzijds weet hij niet. De volgende interpretatie is niet innerlijk tegenstrijdig. (1) De actor beschikt over de kennis dat een bepaalde gedraging een aanmerkelijke kans op het gevolg in zich bergt. (2) De actor heeft zich *ten tijde van de gedraging* niet gerealiseerd dat het gevolg (mogelijk) zal intreden.⁵⁷⁹ De eerste zin heeft betrekking op kennis, terwijl de tweede zin betrekking heeft op actueel bewustzijn. Voor opzet is aldus vereist dat de actor tempore delicti heeft beschikt over het bewustzijn van de aanmerkelijke kans. Latente kennis volstaat niet.⁵⁸⁰

Als deze interpretatie juist is, dan betekent ‘bewuste aanvaarding’ niet meer dan ‘handelen ondanks bewustheid van een aanmerkelijke kans’. De handeling vormt onderdeel van de actus reus of het begin van uitvoering van de poging. Wat overblijft – de bewustheid – is het opzet. In het strafrecht is de psychische gerichtheid – het opzet – pas van belang als sprake is van actus reus of begin van uitvoering. De formuleringen waarmee voorwaardelijk opzet wordt

⁵⁷⁷ Zie ook paragraaf 4.2.4, waar ik de bewoordingen van de Hoge Raad afzet tegen de cognitieve opzettheorie van Nieboer en Strijards.

⁵⁷⁸ Ik druk mij voorzichtig uit, omdat dat niet noodzakelijkerwijs het geval is. (1) De actor weet dat de kans op de dood bij een bepaalde gedraging 45 procent is. (2) Deze kansgrootte wordt aangemerkt als ‘aanmerkelijk’. (3) De actor gaat er, als rationele kansinschatter, van uit dat het gevolg niet zal intreden. Deze redenering berust op het feit dat de eerste zin betrekking heeft op *de kans op het gevolg*, terwijl de tweede zin betrekking heeft op *het gevolg*. In het navolgende ga ik niet uit van deze, ietwat gezochte, interpretatie.

⁵⁷⁹ Deze interpretatie grijpt terug op een eerder in de overweging gebezigde zinsnede, waar de Hoge Raad van belang acht “dat hij die kans ten tijde van de gedraging bewust heeft aanvaard”. Later spreekt de Hoge Raad van “hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan”. Merk op dat ik de plaats van de negatie heb gewijzigd. De Hoge Raad spreekt van ‘ervan uitgaan dat niet X’; ik spreek van ‘zich niet realiseren dat X’. Bij de Hoge Raad zit de negatie in het object; bij mij drukt de negatie enkel uit dat iets zich niet voordoet. De door mij gekozen formulering heeft zowel betrekking op ‘niet denken aan X’ (geen oordeel) als ‘denken dat niet X’ (negatief oordeel). Ik veronderstel aldus dat in beide gevallen geen sprake is van opzet.

⁵⁸⁰ Zie paragraaf 2.4.4.4 over latente kennis en schuld.

uitgedrukt, hebben betrekking op het subjectieve én het objectieve.⁵⁸¹ Termen als ‘aanvaarden’, ‘op de koop toenemen’ of ‘zich blootstellen aan’ drukken uit dat de actor er niet voor heeft gekozen realisering van het opzet-object te vermijden. Deze termen kunnen ook gebruikt worden als de wil van de actor niet gericht is geweest op (een deel van) het opzet-object.⁵⁸² ‘Willen’ en ‘aanvaarden’ of ‘zich blootstellen aan’ zijn twee verschillende dingen. ‘Aanvaarden’ impliceert geen ‘willen’: men kan aanvaarden wat men niet wil.⁵⁸³ Anderzijds geldt dat ‘aanvaarden’ impliceert dat sprake is van ‘weten’. Men kan een bepaald gevolg alleen aanvaarden als men rekening houdt met de mogelijkheid dat dit gevolg zal intreden. Er bestaat niet zoiets als ‘onbewuste aanvaarding’.

Uit het bovenstaande volgt dat de wijze waarop de Hoge Raad voorwaardelijk opzet omschrijft niet noopt tot de conclusie dat het verschil tussen opzet en schuld scharniert om ‘willen’. De door mij verdedigde visie is verenigbaar met de bewoordingen van de Hoge Raad. Maar, zo kan men zich afvragen, hoe zit het dan met het Steelmanarrest? Uit HR 12 maart 1957, NJ 1957, 386 wordt

⁵⁸¹ Zie paragraaf 4.5.3.3. Bij een voltooid delict liggen drie dingen in een dergelijke formulering besloten. (1) Er is sprake van *actus reus*. (2) Er is sprake van opzet. (3) Het opzet-object correspondeert in voldoende mate met de *actus reus*.

⁵⁸² Zie voor dergelijke gevallen de tweede en derde categorie aan het begin van paragraaf 4.5.4.4.d.

⁵⁸³ Stel, een rationele gokker zet bij roulette 100 euro in op zwart. De gokker heeft doelopzet op het maken van winst: hij handelt omdat hij wil winnen en voorziet dat hij kan winnen. Anderzijds geldt dat hij kansopzet op het maken van verlies heeft. Hij handelt terwijl hij voorziet dat een aanmerkelijke kans bestaat dat hij zal verliezen. Ten aanzien van het maken van verlies kan gesteld worden dat geen sprake is van ‘willen’: er is geen sprake van een positieve waarderingsact met betrekking tot het verliezen van geld. Er kan echter wel degelijk gesteld worden dat sprake is van ‘aanvaarden’, ‘op de koop toenemen’ of ‘zich blootstellen aan’. De kwalificatie ‘aanvaarden’ is op haar plaats, omdat de bewustheid van de mogelijkheid van verlies de actor er niet toe heeft genoopt af te zien van zijn handeling. De term ‘aanvaarden’ heeft betrekking op het complex van ‘weten’ (opzet) én *actus reus*. In mijn optiek voegt de kwalificatie ‘aanvaarden’ niets toe. Het is niet zo dat de opzettelijke gedraging bestaat uit ‘weten’, *actus reus* én ‘aanvaarden’. Wie deze opvatting niet onderschrijft, zal aannemelijk moeten maken dat zich gevallen voordoen waarbij geldt: ‘weten’ + *actus reus* ≠ ‘aanvaarden’. Het eerder in deze paragraaf besproken geval van Hoop 15 (de actor hoopt dat de 15 procent kans op overlijden niet intreedt) valt daar mijns inziens niet onder. Het vrijblijvende karakter van de hoop (het noopt niet tot aanpassing van de handelwijze) brengt mee dat nog steeds gesproken kan worden van ‘aanvaarden’.

De term ‘aanvaarden’ roept associaties op met preferentie of ‘liever willen’. De gokker loopt liever de kans op verlies dan af te zien van zijn handeling. De kwalificatie ‘liever willen’ heeft denk ik veeleer betrekking op een min of meer behavioristische duiding van de bewuste handeling (‘wie handelt ondanks bewustheid prefereert dit kennelijk boven een alternatief’); de actor zelf zal in veel gevallen geen alternatieven tegen elkaar afzetten (‘ik wil liever dit dan dat’). Het komt mij ook voor dat een dergelijke vergelijkende waarderingsact geen vereiste van opzet vormt. Het positieve oordeel met betrekking tot het opzet-object volstaat.

wel afgeleid dat opzet meer omvat dan alleen ‘weten’.⁵⁸⁴ In dit arrest wilde een huisvrouw een pan water over haar dienstbode leeggooien. Ze raakte echter het gezicht van de dienstbode, waardoor letsel ontstond. De Hoge Raad casseerde de veroordeling wegens mishandeling, omdat “het Hof blijkens deze overweging van oordeel is dat van een opzettelijk handelen als is telaste gelegd reeds sprake is, indien req. zich bewust was van de mogelijkheid dat zij M. S. in het gelaat zou treffen; dat echter, waar de t.l.l. van een opzettelijk handelen gewaagt, moet zijn bedoeld een ander begrip van opzet dan het Hof als voormeld op het oog had”. In zijn noot onder het arrest wijst Pompe erop dat in casu alleen sprake is van ‘bewustzijn van de mogelijkheid’. Hij zet dit af tegen HR 26 februari 1957, NJ 1957, 385 waar de Hoge Raad de kansgrootte omschrijft als ‘aanmerkelijk’ en ‘geenszins gering’. Als men het arrest zo leest, dan is gecasseerd omdat niet blijkt dat de verdachte zich bewust is geweest van de aanmerkelijke kans. Bewustheid van de enkele mogelijkheid volstaat niet voor ‘weten’.

Ik sluit deze paragraaf af. Een opzetbegrip zonder ‘willen’ scharniert per definitie alleen om ‘weten’. De rechter hoeft zich alleen af te vragen of de actor zich tempore delicti bewust is geweest van de aanmerkelijke kans dat het opzetobject door zijn toedoen gerealiseerd zou worden. Het gevolg van deze visie is tevens dat Brouns’ differentiatietheze niet geldt.⁵⁸⁵ Deze these behelst dat de inhoud van ‘willen’ en ‘weten’ varieert van delict tot delict. Bij sommige delicten ligt de nadruk op ‘weten’; bij andere delicten ligt de nadruk op ‘willen’. De differentiatietheze vormt een interpretatief schrikbeeld, aangezien de juiste combinatie van ‘willen’ en ‘weten’ van delict tot delict moet worden vastgesteld. Het spreekt voor zich dat deze exercitie niet nodig is bij een opzetbegrip zonder ‘willen’. Dat betekent dat de ondergrens van opzet niet varieert van delict tot delict.

4.5.4.4.g BESLUIT: NAAR EEN OPZETBEGRIJ ZONDER ‘WILLEN’?

In de Nederlandse doctrine is het gebruikelijk opzet te omlijnen aan de hand van ‘willen’ en ‘weten’. Dit gebruik kan teruggevoerd worden op minister Modderman, die het begrippenpaar in de Kamerbehandeling op de voorgrond plaatste. In paragraaf 4.2.3 heb ik drie theorieën van opzet besproken: de cognitieve, volitieve en normatieve opzettheorie. Elk van deze theorieën kent een verschillende betekenis toe aan ‘willen’ en ‘weten’. In de cognitieve opzettheorie (Nieboer en Strijards) wordt ‘willen’ herleid tot ‘weten’. ‘Weten’ + toch doen = ‘willen’. In de volitieve opzettheorie (Rommelink) kunnen ‘willen’ en ‘weten’ los van elkaar vastgesteld worden. ‘Weten’ is gelijk aanwezig bij bewuste schuld en voorwaardelijk opzet. ‘Willen’ vormt een uitdrukking van de actors

⁵⁸⁴ Zie bijv. Brouns 1988, ‘Opzet in het wetboek van strafrecht’, p. 214-216 en 223-225.

⁵⁸⁵ Zie hierover paragraaf 4.3.3 en 4.3.9.

onverschilligheid ten aanzien van het gevolg. De actor moet voor zichzelf uitgemaakt hebben dat hij zijn handeling wil, ook indien daaraan dat gevolg mocht blijken vast te zitten. In de normatieve opzettheorie (Brouns, Kelk, De Hullu en De Jong & Knigge) worden ‘willen’ en ‘weten’ op normatieve wijze ingevuld. Iemand bij wie geen sprake is van ‘willen’ en ‘weten’ in psychische zin, kan tóch ‘willen’ en ‘weten’ in normatieve zin. De interpretatie van ‘willen’ en ‘weten’ varieert van delict tot delict.

In paragraaf 4.3 heb ik mijn bezwaren tegen de normatieve opzettheorie uiteengezet. In het voorgaande en in paragraaf 4.4 heb ik de validiteit van de volitieve opzettheorie in twijfel getrokken. Mijn visie op opzet verschilt inhoudelijk niet of nauwelijks van Nieboer en Strijards’ cognitieve opzettheorie. De opvatting van Nieboer en Strijards sluit nauw aan bij de visie van Modderman. Modderman wenste doelopzet, zekerheidsopzet en kansopzet onder één begrip te scharen. Het ‘willen’, dat een centraal kenmerk is van het doelopzet, werd tot wezenskenmerk van het strafrechtelijk opzet verheven. Dat bracht mee dat ook bij zekerheidsopzet en kansopzet sprake moest zijn van ‘willen’. Dit noopte Modderman tot een gelijkstelling van de oordeelsact (weten) en de waarderingsact (willen).

Ik denk dat de strekking van de cognitieve opzettheorie beter tot haar recht komt als afstand gedaan wordt van de term ‘willen’. De betekenis van het juridische begrip opzet moet geëxpliciteerd worden aan de hand van niet-juridische termen. Het ligt daarbij voor de hand de gebruikelijke betekenis aan deze termen toe te kennen. In het spraakgebruik is ‘willen’ synoniem aan ‘verlangen’, ‘begeren’, ‘wensen’, ‘nastreven’, ‘bedoelen’, etc.⁵⁸⁶ Al deze termen behoren tot de grondklasse van het waarden. Aangezien een waarderingsact niet noodzakelijk is voor strafrechtelijk opzet, lijkt het beter de term ‘willen’ te vermijden.

Bij het omlijnen van opzet kan de Angelsaksische doctrine tot voorbeeld strekken. In de Angelsaksische doctrine is het niet ongebruikelijk de drie opzetparadigma’s afzonderlijk uit te drukken. Doelopzet (direct intention; purposely), zekerheidsopzet (oblique intention; knowingly) en kansopzet (recklessness; recklessly) hebben ieder een eigen juridische betekenis. Het doelopzet bevat een volitieve component (desires; wishes; wants).⁵⁸⁷ Zekerheidsopzet en kansopzet worden algemeen gedefinieerd aan de hand van cognitieve termen (foresees; is aware; knows).⁵⁸⁸ Hierbij wordt geen gebruikgemaakt van volitieve termen. In paragraaf 4.4 heb ik betoogd dat het doelopzet geen zelfstandige rol speelt in het Nederlandse strafrecht. Alle opzettingen kunnen herleid worden

⁵⁸⁶ Zie ‘Groot woordenboek van synoniemen en andere betekenisverwante woorden’ en ‘Van Dale groot woordenboek der Nederlandse taal’.

⁵⁸⁷ Zie bijv. Kugler 2002, ‘Direct and oblique intention in the criminal law. An inquiry into degrees of blameworthiness’, p. 4-5.

⁵⁸⁸ Zie bijv. Kugler 2002, ‘Direct and oblique intention in the criminal law. An inquiry into degrees of blameworthiness’, p. 3-19.

tot het kansopzet. Dat brengt mee dat het omlijnen van opzet zonder volitieve termen zich goed verdraagt met de Angelsaksische doctrine.

In deze paragraaf heb ik de aard van het opzet geduid aan de hand van Brentano's drie grondklassen van psychische verschijnselen. Het positieve oordeel, het kwantitatieve kansoordeel, het kwalitatieve kansoordeel en het impliciete kansoordeel zijn alle manifestaties van opzet. Buiten deze analytische context kan de technische term 'oordeel' beter worden vervangen door een andere uitdrukking. Uitdrukkingen als 'voorzien dat', 'zich realiseren dat', 'beseffen dat', 'inzien dat', 'weten dat', 'zich bewust zijn van' behoren alle tot de klasse van het oordelen. Een actor heeft met het voor doodslag vereiste opzet gehandeld als hij *voorzien heeft dat* ten minste een aanmerkelijke kans bestaat dat zijn handeling de dood van een ander zal veroorzaken. Een actor heeft met het voor heling vereiste opzet gehandeld als hij *zich gerealiseerd heeft dat* ten minste een aanmerkelijke kans bestaat dat het door hem te verwerven goed door misdrijf verkregen is.⁵⁸⁹

Het aldus omschrijven van opzet schept duidelijkheid met betrekking tot de volgende met elkaar samenhangende onderwerpen. (1) Opzet vereist geen wilsact met betrekking tot het opzet-object. (2) De betekenis van strafrechtelijk opzet is niet beperkt tot de spraakgebruikbetekenis van doelopzet, waarbij wél sprake is van 'willen' en 'weten'. (3) Opzet is geen normatief begrip. De actor moet daadwerkelijk voorzien hebben dat het opzet-object kon intreden. (4) De ondergrens van opzet wordt gemarkeerd door het 'weten'. Bewustheid van een aanmerkelijke kans is een noodzakelijke én voldoende voorwaarde. (5) De differentiatietheze – de inhoud van 'willen' en 'weten' varieert van delict tot delict – geldt niet.

⁵⁸⁹ Het is belangrijk dat het gehele opzet-object achter de cognitieve term wordt opgenomen. Zie paragraaf 4.5.3.4, 4.5.4.2 en 4.5.4.4.e.

Aangehaalde literatuur

Opmerkingen

- 1 Namen met voorzetsels staan alfabetisch gerangschikt onder de beginletter van het voorzetsel.
- 2 De literatuurlijst bevat ook verkort aangehaalde literatuur zoals 'Smidt I' en 'Notulen Staatscommissie'.
- 3 De afkortingen 'z.p.' en 'z.u.' staan voor 'zonder plaats' en 'zonder uitgever'.

Aarts, L. & Van Schagen, I., 'Driving speed and the risk of road crashes: a review', *Accident Analysis and Prevention* 2006, p. 215-224.

Abraham, K.S., 'The trouble with negligence', *Vanderbilt Law Review* 2001, p. 1187-1223.

Afdeling Verkeer en Vervoer Provincie Noord-Brabant, *Verkeersintensiteiten en verkeersongevallen op provinciale wegen 1997 t/m 1999*, 's-Hertogenbosch: Provincie Noord-Brabant 2001.

Akkermans, A.J., *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Alexander, J., Barham, P. & Black, I., 'Factors influencing the probability of an incident at a junction: results from an interactive driving simulator', *Accident Analysis and Prevention* 2002, p. 779-792.

Alexander, L., 'Retributivism and the inadvertent punishment of the innocent', *Law and Philosophy* 1983, p. 233-246.

Alexander, L., 'Reconsidering the relationship among voluntary acts, strict liability, and negligence in criminal law', *Social Philosophy & Policy* 1990, p. 84-104.

Alexander, L., 'Crime and culpability', *Journal of Contemporary Legal Issues* 1994, p. 1-30.

Alexander, L., 'Insufficient concern: a unified conception of criminal culpability', *California Law Review* 2000, p. 931-953.

Alexander, L. & Schauer, F., 'Law's limited domain confronts morality's universal empire', *William and Mary Law Review* 2007, p. 1579-1603.

- Alexy, R., *Theorie der Juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1983.
- Alicke, M.D., 'Culpable control and the psychology of blame', *Psychological Bulletin* 2000, p. 556-574.
- Alicke, M.D., 'Blaming badly', <<http://www.unc.edu/~knobe/Alicke.pdf>>, geraadpleegd in 2007 (te verschijnen in: *Journal of Cognition and Culture*).
- Alicke, M.D. & Davis, T.L., 'The role of a *posteriori* victim information in judgments of blame and sanction', *Journal of Experimental Social Psychology* 1989, p. 362-377.
- Alicke, M.D., Weigold, M.F. & Rogers, S.L., 'Inferring intentions and responsibility from motives and outcomes: evidential and extra-evidential judgments', *Social Cognition* 1990, p. 286-305.
- Alschuler, A.W., 'Ancient law and the punishment of corporations: of Frankpledge and deodand', *Boston University Law Review* 1991, p. 307-313.
- Alschuler, A.W., 'The changing purposes of criminal punishment: a retrospective on the past century and some thoughts about the next', *University of Chicago Law Review* 2003, p. 1-22.
- Amar, A.R., 'Intratextualism', *Harvard Law Review* 1999, p. 747-827.
- American Law Institute, *Model Penal Code and commentaries (official draft and revised comments). With text of Model Penal Code as adopted at the 1962 annual meeting of the American Law Institute at Washington, D.C., may 24, 1962. Part I. General provisions §§ 1.01 to 2.13*, Philadelphia: American Law Institute 1985.
- Amirthalingam, A., 'Ignorance of law, criminal culpability and moral innocence: striking a balance between blame and excuse', *Singapore Journal of Legal Studies* 2002, p. 302-327.
- Andenaes, J., 'The general preventive effects of punishment', *University of Pennsylvania Law Review* 1966, p. 949-983.
- Andenaes, J., 'The morality of deterrence', *University of Chicago Law Review* 1970, p. 649-664.
- Andenaes, J., 'The moral or educative influence of criminal law', *Journal of Social Issues* 1971, p. 17-31.
- Andenaes, J., *Punishment and deterrence*, Ann Arbor: University of Michigan Press 1974.
- Andre, J., 'Nagel, Williams, and moral luck', in: Statman, D. (red.), *Moral luck*, Albany: State University of New York Press 1993, p. 123-129.
- Angermeyer, M.C., 'Schizophrenia and violence', *Acta Psychiatrica Scandinavica* 2000, p. 63-67.

- Anscombe, G.E.M., 'War and murder', in: Rachels, J. (red.), *Moral problems. A collection of philosophical essays*, New York: Harper & Row 1971, p. 269-283.
- Anscombe, G.E.M., *Intention*, Oxford: Basil Blackwell 1972.
- Anscombe, G.E.M., 'Medalist's address: action, intention, and 'double effect'', in: Woodward, P.A. (red.), *The Doctrine of Double effect. Philosophers debate a controversial moral principle*, Notre Dame: University of Notre Dame Press 2001, p. 50-66.
- Arenella, P., 'The diminished capacity and diminished responsibility defenses: two children of a doomed marriage', *Columbia Law Review* 1977, p. 827-865.
- Arenella, P., 'Character, choice and moral agency: the relevance of character to our moral culpability judgments', *Social Philosophy & Policy* 1990, p. 59-83.
- Armacost, B.E., 'Qualified immunity: ignorance excused', *Vanderbilt Law Review* 1998, p. 583-680.
- Ashton, S.J. & Mackay, G.M., 'Some characteristics of the population who suffer trauma as pedestrians when hit by cars and some resulting implications', in: *Proceedings of the 1979 international conference on the biomechanics of trauma*, Gothenburg: IRCOBI 1979, p. 39-48.
- Ashworth, A.J., 'Excusable mistake of law', *Criminal Law Review* 1974, p. 652-662.
- Ashworth, A.J., 'The doctrine of provocation', *Cambridge Law Journal* 1976, p. 292-320.
- Ashworth, A.J., 'The elasticity of mens rea', in: Honoré, T. e.a., *Crime, proof and punishment. Essays in memory of sir Rupert Cross*, London: Butterworths 1981, p. 45-70.
- Ashworth, A.J., 'Taking the consequences', in: Shute, S., Gardner, J. & Horder, J. (red.), *Action and value in criminal law*, Oxford: Clarendon Press 1993, p. 107-124.
- Ashworth, A.J., *Principles of criminal law*, Oxford: Clarendon Press 1995.
- Ashworth, A.J., *Principles of criminal law*, Oxford: Oxford University Press 2003.
- Audi, R., 'Intending', *Journal of Philosophy* 1973, p. 387-403.
- Audi, R., 'Intending, intentional action, and desire', in: Marks, J. (red.), *The ways of desire. New essays in philosophical psychology on the concept of wanting*, Chicago: Precedent Publishing 1986, p. 17-38.
- Audi, R., 'Volition, intention, and responsibility', *University of Pennsylvania Law Review* 1994, p. 1675-1704.
- Aune, B., *Reason and action*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company 1977.

- Austin, J.L., 'A plea for excuses', in: Austin, J.L., *Philosophical papers*, Oxford: Clarendon Press 1979, p. 175-204.
- Ayer, A.J., *The problem of knowledge*, London: Macmillan 1956.
- Ayer, A.J., 'Can there be a private language?', in: Ayer, A.J., *The concept of a person and other essays*, London: Macmillan 1964, p. 36-51.
- Ayer, A.J., 'Privacy', in: Ayer, A.J., *The concept of a person and other essays*, London: Macmillan 1964, p. 52-81.
- Ayer, A.J., 'The concept of a person', in: Ayer, A.J., *The concept of a person and other essays*, London: Macmillan 1964, p. 82-128.
- Ayer, A.J., 'One's knowledge of other minds', in: Ayer, A.J., *Philosophical essays*, London: Macmillan 1965, p. 191-214.
- Ayer, A.J., 'Statements about the past', in: Ayer, A.J., *Philosophical essays*, London: Macmillan 1965, p. 167-190.
- Ayer, A.J., 'An honest ghost?', in: Wood, O.P. & Pitcher, G. (red.), *Ryle*, London: Macmillan 1971, p. 53-74.
- Ayer, A.J., *The central questions of philosophy*, London: Weidenfeld and Nicolson 1973.
- Bagaric, M., 'In defence of a utilitarian theory of punishment: punishing the innocent and the compatibility of utilitarianism and rights', *Australian Journal of Legal Philosophy* 1999, p. 95-144.
- Bagaric, M., *Punishment and sentencing: a rational approach*, London: Cavendish Publishing 2001.
- Bagaric, M. & Amarasekara, K., 'The errors of retributivism', *Melbourne University Law Review* 2000, p. 124-189.
- Baker, B.M., 'Mens rea, negligence and criminal law reform', *Law and Philosophy* 1987, p. 53-88.
- Bakhoven, W.P., 'De onbewuste schuld: morele schuld of maatschappelijke schuld?', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1964, p. 53-69.
- Baldwin, M.R. & Kleinke, C.L., 'Effects of severity of accident, intent, and 'alcoholism is a disease' excuse on judgments of a drunk driver', *Journal of Applied Social Psychology* 1994, p. 2097-2109.
- Barclay, S., Brown, R.V., Kelly, C.W., Peterson, C.R., Phillips, L.D. & Selvidge, J., *Handbook for decision analysis*, Virginia: McLean 1977.
- Barels, M., 'Strafrechtelijke, administratiefrechtelijke en fiscale afdoening met de kentekenhouders', *Verkeersrecht* 1994, p. 285-289.
- Barendrecht, J.M., *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer: Kluwer 1992.
- Barnes, G., 'Some remarks on belief and desire', *Philosophical Review* 1977, p. 340-349.

- Baron-Cohen, S., *Mindblindness. An essay on autism and theory of mind*, Cambridge: MIT Press 1995.
- Baron-Cohen, S., 'Theory of mind and autism: a fifteen year review', in: Baron-Cohen, S., Tager-Flusberg, H. & Cohen, D.J. (red.), *Understanding other minds. Perspectives from developmental cognitive neuroscience. Second edition*, Oxford: Oxford University Press 2000, p. 3-20.
- Baron, J. & Hershey, J.C., 'Outcome bias in decision evaluation', *Journal of Personality and Social Psychology* 1988, p. 569-579.
- Barrell, J., *Imagining the king's death. Figurative treason, fantasies of regicide 1793-1796*, Oxford: Oxford University Press 2000.
- Bartels, J.A.C., *Jeugdstrafrecht*, Deventer: Kluwer 2003.
- Baxter, J.S., MaCrae, C.N., Manstead, A.S.R., Stradling, S.G. & Parker, D., 'Attributional biases and driver behaviour', *Social Behaviour* 1990, p. 185-192.
- Bayles, M.D., 'Character, purpose, and criminal responsibility', *Law and Philosophy* 1982, p. 5-20.
- Bayles, M.D., *Principles of law. A normative analysis*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company 1987.
- Beabout, G., 'Morphine use for terminal cancer patients: an application of the principle of double effect', in: Woodward, P.A. (red.), *The Doctrine of Double effect. Philosophers debate a controversial moral principle*, Notre Dame: University of Notre Dame Press 2001, p. 298-311.
- Beccaria, C., *Over misdaden en straffen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1971.
- Becker, G.S., 'Crime and punishment: an economic approach', *Journal of Political Economy* 1968, p. 169-217.
- Beets, H.M., *Aesculaap in de greep van Themis. De strafrechtelijke afwikkeling van medische kunstfouten en de invloed van het medische tuchtrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1989.
- Bell, D., *Frege's theory of judgement*, Oxford: Clarendon Press 1979.
- Benn, S.I., 'An approach to the problems of punishment', *Philosophy* 1958, p. 325-341.
- Bennett, J., 'Morality and consequences', in: McMurrin, S.M. (red.), *The Tanner lectures on human values. Vol. 2*, Salt Lake City: University of Utah Press 1981, p. 45-116.
- Bennett, J., *The act itself*, Oxford: Clarendon Press 1995.
- Bentham, J., *The theory of legislation*, London: Routledge 1950.
- Bentham, J., *The works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of his executor, John Bowring. Volume one*, New York: Russell & Russell 1962.
- Bentham, J., *An introduction to the principles of morals and legislation*, London: Athlone press 1970.

- Bentham, J., *Rationale of judicial evidence, specially applied to English practice. Vol. III*, New York: Garland Publishing 1978.
- Berkvens, H.J.F.M., *Nadersnelheden bij kruispunten*, Hilversum: Veilig Verkeer Nederland 1976.
- Beyth-Marom, R., 'How probable is probable? A numerical translation of verbal probability expressions', *Journal of Forecasting* 1982, p. 257-269.
- Beyth-Marom, R., Dekel, S., Gombo, R. & Shaked, M., *An elementary approach to thinking under uncertainty*, London: Erlbaum 1985.
- Bierschbach, R.A. & Stein, A., 'Overenforcement', *Georgetown Law Journal* 2005, p. 1743-1781.
- Binder, G. & Smith, N.J., 'Framed: utilitarianism and punishment of the innocent', *Rutgers Law Journal* 2000, p. 115-224.
- Binding, K., *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Vierter Band. Die Fahrlässigkeit*, Leipzig: Verlag von Felix Meiner 1919.
- Bins, A.J., 'Schuldbeginnel en schuldbegrip in het strafrecht', in: Bins, A.J. e.a., *Beginnel. Opstellen over strafrecht aangeboden aan G.E. Mulder*, Arnhem: Gouda Quint 1981, p. 1-21.
- Blackman, D.E., 'On the mental element in crime and behaviourism', in: Lloyd-Bostock, S.M.A. (red.), *Law and psychology: papers presented at SSRC law and psychology conferences 1979-1980*, Oxford: SSRC 1981, p. 113-125.
- Blackstone, W., *The commentaries on the laws of England. Vol. IV. Of public wrongs*, London: John Murray 1876.
- Blekxtoon, R., 'Straftoemeting: onmetelijk moeilijk', *Trema* 2003, p. 58-63.
- Block, N., 'Psychologism and behaviorism', *Philosophical Review* 1981, p. 5-43.
- Bol, M.W., *Leeftijdsgrenzen in het strafrecht gezien vanuit de ontwikkelingspsychologie*, Arnhem: Gouda Quint 1991.
- Boot, C.H.B., 'De onbewuste schuld', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1965, p. 34-37.
- Borkenstein, R.F., Crowther, R.F., Shumate, R.P., Ziel, W.B. & Zylman, R., 'The role of the drinking driver in traffic accidents (the Grand Rapids study)', *Blutalkohol* 1974, p. 1-132 (supplement 1).
- Bornstein, B.H., 'From compassion to compensation: the effect of injury severity on mock jurors' liability judgments', *Journal of Applied Social Psychology* 1998, p. 1477-1502.
- Bos, J.T., 'Het schuldoordeel als machtswoord', *Recht en Kritiek* 1982, p. 5-42.
- Bosch, A.G., *Het ontstaan van het wetboek van strafrecht. Aantekeningen over de werkzaamheden van de staatscommissie in 1870 belast met de samenstelling van een ontwerp van een nieuw wetboek van strafrecht. Art. 1-91*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1965.

- Braithwaite, J., 'Challenging just deserts: punishing white-collar criminals', *Journal of Criminal Law and Criminology* 1982, p. 723-763.
- Brand, E.J.P., *Het persoonlijkheidsonderzoek in het strafrecht. Een aanzet tot de gedragswetenschappelijke verantwoording van de psychologische rapportage Pro Justitia, meer in het bijzonder van de toerekeningsvatbaarheidsbepaling*, Deventer: Gouda Quint 2001.
- Brandl, J., 'Brentano's theory of judgement', in: Zalta, E.N. (red.), *The Stanford encyclopedia of philosophy*, <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2005/entries/brentano-judgement>>, publicatie 2005.
- Brandt, R.B., *Ethical theory. The problems of normative and critical ethics*, Englewood Cliffs: Prentice-Hall 1959.
- Brandt, R.B., 'A utilitarian theory of excuses', *Philosophical Review* 1969, p. 337-361.
- Brandt, R.B., 'Utilitarianism and the rules of war', *Philosophy and Public Affairs* 1972, p. 145-165.
- Bratman, M.E., 'What is intention?', in: Cohen, P.R., Morgan, J. & Pollack, M.E. (red.), *Intentions in communication*, Cambridge: MIT Press 1990, p. 15-31.
- Brentano, F., *Die Lehre vom richtigen Urteil*, Bern: Francke Verlag 1956.
- Brentano, F., *Vom Ursprung sittlicher Erkenntnis*, Hamburg: Felix Meiner Verlag 1969.
- Brentano, F., *Psychologie vom empirischen Standpunkt. Zweiter Band. Von der Klassifikation der psychischen Phänomene*, Hamburg: Felix Meiner Verlag 1971.
- Brentano, F., *Psychologie vom empirischen Standpunkt. Erster Band*, Hamburg: Felix Meiner Verlag 1973.
- Brentano, F., *Psychologie vom empirischen Standpunkt. Dritter Band. Vom sinnlichen und noetischen Bewußtsein. Äußere und innere Wahrnehmung, Begriffe*, Hamburg: Felix Meiner Verlag 1974.
- Brentano, F., *Wahrheit und Evidenz*, Hamburg: Felix Meiner Verlag 1974.
- Brentano, F., *Grundlegung und Aufbau der Ethik*, Hamburg: Felix Meiner Verlag 1978.
- Brentano, F., *Deskriptive Psychologie*, Hamburg: Felix Meiner Verlag 1982.
- Brentano, F., *Psychology from an empirical standpoint*, New York: Routledge 1997.
- Bronkhorst, C., *Overmacht in het strafrecht*, Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1952.
- Brouns, P.J.H.M., *Opzet in het wetboek van strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1988.

- Brouns, P.J.H.M., 'Een kleine inleiding in het opzet in het Wetboek van Strafrecht aan de hand van rechtspraak van de Hoge Raad in de eerste helft van 2006', *Delikt en Delinkwent* 2006, p. 921-947.
- Brouwer, W.H., 'Bejaarden in het verkeer', in: Van Knippenberg, C.W.F., Rothengatter, J.A. & Michon, J.A. (red.), *Handboek sociale verkeerskunde*, Assen: Van Gorcum 1989, p. 331-349.
- Brown, D.K., 'Plain meaning, practical reason, and culpability: toward a theory of jury interpretation of criminal statutes', *Michigan Law Review* 1998, p. 1199-1268.
- Brunner, C.J.H., 'De rechter, de auto en de schuld. Over mythevorming in het recht', *Verkeersrecht* 1983, p. 139-142.
- Bryant, G.D. & Norman, G.R., 'Expressions of probability: words and numbers', *New England Journal of Medicine* 1980, p. 411.
- Bucy, P.H., 'Corporate ethos: a standard for imposing corporate criminal liability', *Minnesota Law Review* 1991, p. 1095-1184.
- Bureau Verkeersonderzoek, *Verkeersonderzoek kruispunt provinciale weg N 315 - Rijksweg 18: verkeersintensiteiten, wachttijden, ongevallen, snelheid*, Zwolle: Provincie Overijssel 1998.
- Burger, J.M., 'Motivational biases in the attribution of responsibility for an accident: a meta-analysis of the defensive-attribution hypothesis', *Psychological Bulletin* 1981, p. 496-512.
- Burgh, R.W., 'Do the guilty deserve punishment?', *Journal of Philosophy* 1982, p. 193-210.
- Buruma, Y., *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten*, Arnhem: Gouda Quint 1993.
- Buytendijk, F.J.J., *Algemene theorie der menselijke houding en beweging als verbinding en tegenstelling van de fysiologische en de psychologische beschouwing*, Utrecht: Spectrum 1957.
- Buytendijk, F.J.J., 'Das Menschliche der menschlichen Bewegung', in: Buytendijk, F.J.J., *Das Menschliche. Wege zu seinem Verständnis*, Stuttgart: K.F. Koehler Verlag 1958, p. 170-188.
- Buytendijk, F.J.J., *Prolegomena van een antropologische fysiologie*, Utrecht: Spectrum 1965.
- Byam, J.T., 'The economic inefficiency of corporate criminal liability', *Journal of Criminal Law and Criminology* 1982, p. 582-603.
- Calabresi, G., 'The decision for accidents: an approach to nonfault allocation of costs', *Harvard Law Review* 1965, p. 713-745.
- Calabresi, G., *The costs of accidents. A legal and economic analysis*, New Haven: Yale University Press 1970.

- Candeub, A., 'Motive crimes and other minds', *University of Pennsylvania Law Review* 1994, p. 2071-2123.
- Carlsmith, K.M., Darley, J.M. & Robinson, P.H., 'Why do we punish? Deterrence and just deserts as motives for punishment', *Journal of Personality and Social Psychology* 2002, p. 284-299.
- Carnap, R., 'Psychology in physical language', in: Buford, T.O. (red.), *Essays on other minds*, Chicago: University of Illinois Press 1970, p. 69-110.
- Carritt, E.F., *Ethical and political thinking*, Oxford: Clarendon Press 1947.
- Carroll, L., *Symbolic logic and the game of logic*, New York: Dover Publications 1958.
- Carroll, L., *Alice's adventures in Wonderland and through the looking-glass and what Alice found there*, London: Oxford University Press 1971.
- Casper, J.D., Benedict, K. & Perry, J.L., 'Juror decision making, attitudes, and the hindsight bias', *Law and Human Behavior* 1989, p. 291-310.
- Cass, R.A. & Hylton, K.N., 'Antitrust intent', *Southern California Law Review* 2001, p. 657-745.
- Chisholm, R.M., *Perceiving: a philosophical study*, London: Cornell University Press 1957.
- Chisholm, R.M., *Realism and the background of phenomenology*, Glencoe: Free Press of Glencoe 1960.
- Chisholm, R.M., *Brentano and intrinsic value*, Cambridge: Cambridge University Press 1986.
- Christopher, R.L., 'Deterring retributivism: the injustice of 'just' punishment', *Northwestern University Law Review* 2002, p. 843-976.
- Chrudzimski, A. & Smith, B., 'Brentano's ontology: from conceptualism to realism', in: Jacqueline, D. (red.), *The Cambridge companion to Brentano*, Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 197-219.
- Clark, C.R., 'Specific intent and diminished capacity', in: Weiner, I.B. & Hess, A.K. (red.), *The handbook of forensic psychology. Third edition*, Hoboken: John Wiley & Sons 2006, p. 364-391.
- Clarke, A.W., Lambert, E. & Whitt, L.A., 'Executing the innocent: the next step in the Marshall hypotheses', *New York University Review of Law and Social Change* 2000, p. 309-345.
- Coffee, J.C., "No soul to damn: no body to kick": an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment', *Michigan Law Review* 1981, p. 386-459.
- Coleman, J.L., 'Crimes and transactions', *California Law Review* 2000, p. 921-930.
- Correia, E.O., 'A legislative conception of legislative supremacy', *Case Western Reserve Law Review* 1992, p. 1129-1207.

- Corstens, G.J.M., *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999.
- Cottingham, J., 'Varieties of retribution', *Philosophical Quarterly* 1979, p. 238-246.
- Crombag, H.F.M., *Mens rea*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.
- Crombag, H.F.M., Van Koppen, P.J. & Wagenaar, W.A., *Dubieuze zaken. De psychologie van strafrechtelijk bewijs*, Amsterdam: Uitgeverij Contact 1994.
- Cross, F., 'The theory and practice of statutory interpretation in the Supreme Court', <<http://law.bepress.com/expresso/eps/238>>, publicatie 2004.
- D'Arcy, E., *Human acts. An essay in their moral evaluation*, Oxford: Clarendon Press 1963.
- Dan-Cohen, M., *Rights, persons, and organizations. A legal theory for bureaucratic society*, Berkeley: University of California Press 1986.
- Darley, J.M., 'On the unlikely prospect of reducing crime rates by increasing the severity of prison sentences', *Journal of Law and Policy* 2005, p. 189-208.
- Darley, J.M., Carlsmith, K.M. & Robinson, P.H., 'Incapacitation and just deserts as motives for punishment', *Law and Human Behavior* 2000, p. 659-683.
- Dau-Schmidt, K.G., 'An economic analysis of the criminal law as a preference-shaping policy', *Duke Law Journal* 1990, p. 1-38.
- Davidson, D., 'Actions, reasons, and causes', in: White, A.R. (red.), *The philosophy of action*, London: Oxford University Press 1968, p. 79-94.
- De Doelder, H., *Terrein en beginselen van tuchtrecht*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1981.
- De Doelder, H. & Strijards, G.A.M., 'Ons gereedschap ter discussie', *Delikt en Delinkwent* 1979, p. 246-253.
- De Finetti, B., 'Foresight: its logical laws, its subjective sources', in: Kyburg, H.E. & Smokler, H.E. (red.), *Studies in subjective probability*, New York: John Wiley & Sons 1964, p. 93-158.
- De Geer, D.J., *De grenslijn tusschen opzet en schuld*, Utrecht: J. de Kruyff 1895.
- De Hullu, J., 'Wetenschap en voorwaardelijk opzet', *Ars Aequi* 1993, p. 491-496.
- De Hullu, J., 'Opzet en schuld in het verkeer', *Ars Aequi* 1997, p. 438-444.
- De Hullu, J., *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Gouda Quint 2000.

- De Hullu, J., *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2006.
- De Jong, D.H., 'De inwendige en de normatieve component van opzet en culpa', *Trema* 2004, p. 1-7.
- De Jong, D.H., 'Het strafrechtelijk opzet anno 2003: vooral een psychologisch of vooral een normatief begrip?', *Themis* 2004, p. 76-78.
- De Jong, D.H. & Knigge, G., *Ons strafrecht deel 1. Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003.
- De Keijser, J.W., *Punishment and purpose. From moral theory to punishment in action*, z.p.: Thela Thesis 2000.
- De Pinto, A., 'Nederlandsche literatuur' (bespreking van: Noyon, T.J., *Het Wetboek van Strafrecht verklaard door Mr. T.J. Noyon*, Groningen: Wolters 1896), *Weekblad van het Recht* 14 mei 1897, p. 3-4.
- De Waard, R., 'De strafbaarheid van het feit naast de strafbaarheid van den dader', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1950, p. 59-97.
- Deery, H.A. & Love, A.W., 'The effect of a moderate dose of alcohol on the traffic hazard perception profile of young drink-drivers', *Addiction* 1996, p. 815-827.
- Dehue, G.C.G., *De regels van het vak. Nederlandse psychologen en hun methodologie 1900-1985*, Amsterdam: Van Genneep 1990.
- Dekkers, W.J.M., *Het bezielde lichaam. Het ontwerp van een antropologische fysiologie en geneeskunde volgens F.J.J. Buytendijk*, Zeist: Kerckebosch 1985.
- Dekkers, W.J.M., 'F.J.J. Buytendijk's concept of an anthropological physiology', *Theoretical Medicine* 1995, p. 15-39.
- Delmonte, J., 'Negligence: a reappraisal of its validity as a basis for criminal liability and sanction', *South Texas Law Journal* 1979, p. 179-192.
- Den Hartog, J.D., *Artikel 6 EVRM: grenzen aan het streven de straf eerder op de daad te doen volgen*, Apeldoorn: Maklu 1992.
- Denno, D.W., 'Criminal law in a post-Freudian world', *University of Illinois Law Review* 2005, p. 601-774.
- Derksen, A.A., *Probability, chances and belief*, z.p.: z.u. 1974.
- Devine, P.E., 'The Principle of Double Effect', *American Journal of Jurisprudence* 1974, p. 44-60.
- DeWolfe Howe, M., *Holmes-Laski letters. The correspondence of mr. Justice Holmes and Harold J. Laski 1916-1935*, London: Oxford University Press 1953.
- Dix, P.G., *De verhouding van de psychologie tot de wijsbegeerte in de leer van Brentano. Een studie over de achtergronden van zijn 'psychologische kenleer'*, z.p.: Drukkerij de Mon 1966.

- Doble, J., *Crime and punishment: the public's view. A qualitative analysis of public opinion prepared by the Public Agenda Foundation for the Edna McConnell Clark Foundation*, New York: Public Agenda Foundation 1987.
- Dolinko, D., 'Three mistakes of retributivism', *UCLA Law Review* 1992, p. 1623-1657.
- Dolinko, D., 'Retributivism, consequentialism, and the intrinsic goodness of punishment', *Law and Philosophy* 1997, p. 507-528.
- Dolovich, S., 'Idealism, disproportionality, and democracy: a reply to Chambers and Garvey', *Buffalo Criminal Law Review* 2004, p. 479-489.
- Dolovich, S., 'Legitimate punishment in liberal democracy', *Buffalo Criminal Law Review* 2004, p. 307-442.
- Donnelly, S.J.M., 'The goals of criminal punishment: a Rawlsian theory (ultimately grounded in multiple views concerned with human dignity)', *Syracuse Law Review* 1990, p. 741-800.
- Dresser, R., 'Culpability and other minds', *Southern California Interdisciplinary Law Review* 1993, p. 41-88.
- Dressler, J., 'New thoughts about the concept of justification in the criminal law: a critique of Fletcher's thinking and rethinking', *UCLA Law Review* 1984, p. 61-99.
- Dressler, J., 'Justifications and excuses: a brief review of the concepts and the literature', *Wayne Law Review* 1987, p. 1155-1175.
- Dressler, J., 'Provocation: partial justification or partial excuse?', *Modern Law Review* 1988, p. 467-480.
- Dressler, J., 'Reflections on excusing wrongdoers: moral theory, new excuses and the Model Penal Code', *Rutgers Law Journal* 1988, p. 671-716.
- Dressler, J., 'Exegesis of the law of duress: justifying the excuse and searching for its proper limits', *Southern California Law Review* 1989, p. 1331-1386.
- Dressler, J., *Understanding criminal law*, New York: Lexis Publishing 2001.
- Dressler, J., 'Why keep the provocation defense?: some reflections on a difficult subject', *Minnesota Law Review* 2002, p. 959-1002.
- Dressler, J., Thompson, P.N. & Wasserman, S., 'Effect of legal education upon perceptions of crime seriousness: a response to Rummel v. Estelle', *Wayne Law Review* 1982, p. 1247-1300.
- Drion, H., 'Negen stellingen over rechtsvorming door rechter en wetgever', in: Drion, H., *Geschriften van H. Drion*, Deventer: Kluwer 1982, p. 377-378.
- Dripps, D.A., 'Fundamental retribution error: criminal justice and the social psychology of blame', *Vanderbilt Law Review* 2003, p. 1383-1438.
- Dubber, M.D., 'Rediscovering Hegel's theory of crime and punishment', *Michigan Law Review* 1994, p. 1577-1621.
- Dubin, G.V., 'Mens rea reconsidered: a plea for a due process concept of criminal responsibility', *Stanford Law Review* 1965, p. 322-395.

- Dubois, J.M., *Judgment and Sachverhalt. An introduction to Adolf Reinach's phenomenological realism*, Dordrecht: Kluwer 1995.
- Duff, R.A., 'Recklessness', *Criminal Law Review* 1980, p. 282-292.
- Duff, R.A., 'Professor Williams and conditional subjectivism', *Cambridge Law Journal* 1982, p. 273-285.
- Duff, R.A., *Trials and punishments*, Cambridge: Cambridge University Press 1986.
- Duff, R.A., 'Auctions, lotteries, and the punishment of attempts', *Law and Philosophy* 1990, p. 1-37.
- Duff, R.A., *Intention, agency and criminal liability: philosophy of action and the criminal law*, Oxford: Basil Blackwell 1990.
- Duff, R.A., 'Penal communications: recent work in the philosophy of punishment', *Crime and Justice* 1996, p. 1-89.
- Duff, R.A., 'In defence of one type of retributivism: a reply to Bagaric and Amarasakara', *Melbourne University Law Review* 2000, p. 411-426.
- Duff, R.A., *Punishment, communication, and community*, Oxford: Oxford University Press 2001.
- Duff, R.A., 'Criminalizing endangerment', in: Duff, R.A. & Green, S.P. (red.), *Defining crimes. Essays on the special part of the criminal law*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 43-64.
- Duff, R.A. & Garland, D., 'Introduction: thinking about punishment', in: Duff, R.A. & Garland, D. (red.), *A reader on punishment*, Oxford: Oxford University Press 1994, p. 1-43.
- Dworkin, G. & Blumenfeld, D., 'Punishment for intentions', *Mind* 1966, p. 396-404.
- Dworkin, R., 'Morality and the law', *New York Review of Books* 22 mei 1969, p. 29-34.
- Dworkin, R., *Taking rights seriously. New impression with a reply to critics*, London: Duckworth 1978.
- Dworkin, R., 'Principle, policy, procedure', in: Honoré, T. e.a., *Crime, proof and punishment. Essays in memory of sir Rupert Cross*, London: Butterworths 1981, p. 193-225.
- Dworkin, R., *Law's empire*, Oxford: Hart Publishing 1998.
- Dworkin, R., 'Hart's postscript and the character of political philosophy', *Oxford Journal of Legal Studies* 2004, p. 1-37.
- Easterbrook, F.H., 'Statutes' domains', *University of Chicago Law Review* 1983, p. 533-552.
- Easterbrook, F.H., 'The role of original intent in statutory construction', *Harvard Journal of Law and Public Policy* 1988, p. 59-66.

- Easterbrook, F.H., 'Textualism and the dead hand', *George Washington Law Review* 1998, p. 1119-1126.
- Easterbrook, F.H., 'Judicial discretion in statutory interpretation', *Oklahoma Law Review* 2004, p. 1-20.
- Epps, V., 'The soldier's obligation to die when ordered to shoot civilians or face death himself', *New England Law Review* 2003, p. 987-1013.
- Erenius, G., *Criminal negligence and individuality*, Stockholm: P.A Norstedt & Söners Förlag 1976.
- Eskridge, W.N., 'The new textualism', *UCLA Law Review* 1990, p. 621-691.
- Ezorsky, G., 'Punishment and excuses', in: Goldinger, M. (red.), *Punishment and human rights*, Cambridge: Schenkman Publishing Company 1974, p. 99-115.
- Fabius, D.P.D., *Schuld en straf. Rede, gehouden bij het overdragen van het rectoraat der Vrije Universiteit, den 20sten oktober 1900*, Leiden: D. Donner 1900.
- Farber, D.A., 'Statutory interpretation and legislative supremacy', *Georgetown Law Journal* 1989, p. 281-318.
- Faure, M. & Van den Bergh, R., *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, Apeldoorn: Maklu 1989.
- Feigenson, N.R., 'The rhetoric of torts: how advocates help jurors think about causation, reasonableness, and responsibility', *Hastings Law Journal* 1995, p. 61-165.
- Feigenson, N.R., *Legal blame. How jurors think and talk about accidents*, Washington: American Psychological Association 2000.
- Feinberg, J., 'Problematic responsibility in law and morals', in: Feinberg, J., *Doing and deserving. Essays in the theory of responsibility*, Princeton: Princeton University Press 1970, p. 25-37.
- Feinberg, J., 'The expressive function of punishment', in: Feinberg, J., *Doing and deserving. Essays in the theory of responsibility*, Princeton: Princeton University Press 1970, p. 95-118.
- Feinberg, J., *The moral limits of the criminal law. Volume one. Harm to others*, New York: Oxford University Press 1984.
- Feinberg, J., *The moral limits of the criminal law. Volume three. Harm to self*, Oxford: Oxford University Press 1986.
- Ferzan, K.K., 'Opaque recklessness', *Journal of Criminal Law and Criminology* 2001, p. 597-652.
- Fienberg, S.E. (red.), *The evolving role of statistical assessments as evidence in the courts*, New York: Springer-Verlag 1989.
- Finch, D.J., Kompfner, P., Lockwood, C.R. & Maycock, G., *Speed, speed limits and accidents*, Crowthorne: Transport Research Laboratory 1994.

- Fine, R.P. & Cohen, G.M., 'Is criminal negligence a defensible basis for penal liability?', *Buffalo Law Review* 1967, p. 749-758.
- Fingarette, H., *The meaning of criminal insanity*, Berkeley: University of California Press 1972.
- Fingarette, H. & Fingarette-Hasse, A., *Mental disabilities and criminal responsibility*, Berkeley: University of California Press 1979.
- Finkel, N.J., *Commonsense justice. Jurors' notions of the law*, Cambridge: Harvard University Press 1995.
- Finkel, N.J., Maloney, S.T., Valbuena, M.Z. & Groscup, J., 'Recidivism, proportionality, and individualized punishment', *American Behavioral Scientist* 1996, p. 474-487.
- Finkelstein, C., 'Duress: a philosophical account of the defense in law', *Arizona Law Review* 1995, p. 251-283.
- Finkelstein, C., 'The inefficiency of mens rea', *California Law Review* 2000, p. 895-920.
- Fischer, J.M., Ravizza, M. & Copp, D., 'Quinn on double effect: the problem of 'closeness'', in: Woodward, P.A. (red.), *The Doctrine of Double effect. Philosophers debate a controversial moral principle*, Notre Dame: University of Notre Dame Press 2001, p. 189-210.
- Fischhoff, B., 'Hindsight \neq foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty', *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance* 1975, p. 288-299.
- Fischhoff, B., 'Debiasing', in: Kahneman, D., Slovic, P. & Tversky, A. (red.), *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge: Cambridge University Press 1982, p. 422-444.
- Fisse, B., 'Reconstructing corporate criminal law: deterrence, retribution, fault, and sanctions', *Southern California Law Review* 1983, p. 1141-1246.
- Fitzgerald, P.J., 'Voluntary and involuntary acts', in: White, A.R. (red.), *The philosophy of action*, Oxford: Oxford University Press 1968, p. 120-143.
- Fletcher, G.P., 'Two kinds of legal rules: a comparative study of burden-of-persuasion practices in criminal cases', *Yale Law Journal* 1968, p. 880-935.
- Fletcher, G.P., 'The theory of criminal negligence: a comparative analysis', *University of Pennsylvania Law Review* 1971, p. 401-438.
- Fletcher, G.P., *Rethinking criminal law*, Boston: Little, Brown and Company 1978.
- Fletcher, G.P., 'The right and the reasonable', *Harvard Law Review* 1985, p. 949-982.
- Fodor, J.A., *Representations. Philosophical essays on the foundations of cognitive science*, Brighton: Harvester Press 1981.
- Foerschler, A., 'Corporate criminal intent: toward a better understanding of corporate misconduct', *California Law Review* 1990, p. 1287-1311.

- Foot, P., 'The problem of abortion and the Doctrine of Double Effect', in: Rachels, J. (red.), *Moral problems. A collection of philosophical essays*, New York: Harper & Row 1971, p. 28-41.
- Foot, P., 'Morality, action, and outcome', in: Woodward, P.A. (red.), *The Doctrine of Double effect. Philosophers debate a controversial moral principle*, Notre Dame: University of Notre Dame Press 2001, p. 67-82.
- Fopp, E., *Die Straftaten des alten Menschen*, Bern: Verlag Herbert Lang 1969.
- Fortuijn, L.G.H., 'Kencijfers veiligheid kruispunten: een verklarend model voor de relatie tussen ongevallen en kruispunt-intensiteiten', *Verkeerskundige Werkdagen* 1995, p. 117-123.
- Frase, R.S., 'Sentencing principles in theory and practice', *Crime and Justice* 1997, p. 363-433.
- Frase, R.S., 'Limiting retributivism', in: Tonry, M. (red.), *The future of imprisonment*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 83-119.
- Frege, G., 'Über Sinn und Bedeutung', in: Frege, G., *Funktion, Begriff, Bedeutung. Fünf logische Studien*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1975, p. 40-65.
- Frege, G., *Nachgelassene Schriften und Wissenschaftlicher Briefwechsel. Erster Band. Nachgelassene Schriften*, Hamburg: Felix Meiner Verlag 1983.
- French, P.A., *Collective and corporate responsibility*, New York: Columbia University Press 1984.
- French, P.A., 'Integrity, intentions, and corporations', *American Business Law Journal* 1996, p. 141-155.
- Frey, R.G., 'Some aspects to the doctrine of double effect', *Canadian Journal of Philosophy* 1975, p. 259-283.
- Frey, R.G., *Rights, killing, and suffering. Moral vegetarianism and applied ethics*, Oxford: Basil Blackwell 1983.
- Fried, C., *Right and wrong*, Cambridge: Harvard University Press 1978.
- Friedman, D. & Sjostrom, W., 'Hanged for a sheep – the economics of marginal deterrence', *Journal of Legal Studies* 1993, p. 345-366.
- Galligan, D.J., 'The return to retribution in penal theory', in: Honoré, T. e.a., *Crime, proof and punishment. Essays in memory of sir Rupert Cross*, London: Butterworths 1981, p. 144-171.
- Gardner, J., 'The activity condition in criminal law', in: Jung, H., Müller-Dietz, H. & Neumann, U. (red.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1991, p. 67-80.
- Garvey, S.P., 'Lifting the veil on punishment', *Buffalo Criminal Law Review* 2004, p. 443-464.
- Geach, P., *Mental acts*, Bristol: Thoemmes Press 1992.

- Gee, D.J. & Hodges, C.P., 'The liability of children. At what age is a child deemed to have the capacity required for negligence, contributory negligence, or comparative negligence?', *Trial* 1999, p. 52-56.
- Gevers, J.K.M., *De rechter en het medisch handelen*, Deventer: Kluwer 1998.
- Giard, R.W.M., 'Meer veiligheid voor patiënten vereist betrouwbaarheid bij het onderzoek naar medische fouten', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2003, p. 8-10.
- Gillett, G.R. & McMillan, J., *Consciousness and intentionality*, Amsterdam: John Benjamins Publishing Company 2001.
- Gillies, D., 'Intersubjective probability and confirmation theory', *British Journal for the Philosophy of Science* 1991, p. 513-533.
- Gillies, D., *Philosophical theories of probability*, London: Routledge 2000.
- Glastra van Loon, J.F., *Norm en handeling. Bijdrage tot een kentheoretische fundering der sociale wetenschappen*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1956.
- Gobert, J.J., 'The fortuity of consequence', *Criminal Law Forum* 1993, p. 1-46.
- Goldstein, A.S., *The insanity defense*, New Haven: Yale University Press 1967.
- Goldstein, E.J., 'Asking the impossible: the negligence liability of the mentally ill', *Journal of Contemporary Health Law and Policy* 1995, p. 67-92.
- Gorr, M.J., *Coercion, freedom and exploitation*, New York: Peter Lang Publishing 1989.
- Gorr, M.J., 'Duress and culpability', *Criminal Justice Ethics* 2000, p. 3-16.
- Grace, B.R., 'Ignorance of the law as an excuse', *Columbia Law Review* 1986, p. 1392-1416.
- Green, L., 'The negligence issue', *Yale Law Journal* 1927, p. 1029-1047.
- Greenawalt, K., 'The perplexing borders of justification and excuse', *Columbia Law Review* 1984, p. 1897-1927.
- Greenawalt, K., 'Justifications, excuses, and a model penal code for democratic societies', *Criminal Justice Ethics* 1998, p. 14-28.
- Greene, E., Johns, M. & Bowman, J., 'The effects of injury severity on jury negligence decisions', *Law and Human Behavior* 1999, p. 675-693.
- Griez, E., *Beknopte psychiatrie*, Assen: Van Gorcum 1990.
- Griffiths, J., 'The limits of criminal law scholarship', *Yale Law Journal* 1970, p. 1388-1474.
- Griffiths, J., 'Book review' (bespreking van: Ezorsky, G. (red.), *Philosophical perspectives on punishment*, Albany: State University of New York Press 1972), *New York University Law Review* 1973, p. 817-832.
- Gritter, E., *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch ordeningsrecht*, z.p.: Boom Juridische Uitgevers 2003.
- Groenhuijsen, M.S., *Straf en wet. Beschouwingen over de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het hedendaagse strafrecht, tegen de achtergrond van actuele legitimatieproblemen*, Arnhem: Gouda Quint 1987.

- Groenhuijsen, M.S. & Knigge, G., 'Theoretisch kader', in: Groenhuijsen, M.S. & Knigge, G. (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen: Grafisch Centrum 1999, p. 15-22.
- Groenhuijsen, M.S. & Kristen, F.G.H., 'Het Bestimmtheitsgebot bepaald', *Delikt en Delinkwent* 2001, p. 330-346.
- Groot woordenboek van synoniemen en andere betekenisverwante woorden. Van Sterkenburg, P.G.J. (red.), *Groot woordenboek van synoniemen en andere betekenisverwante woorden*, Utrecht: Van Dale Lexicografie 1996.
- Gur-Arye, M., 'Reliance on a lawyer's mistaken advice – should it be an excuse from criminal liability?', *American Journal of Criminal Law* 2002, p. 455-480.
- Gusfield, J.R., 'Social and cultural contexts of the drinking-driving event', *Journal of Studies on Alcohol* 1985, p. 70-77.
- Hacking, I., *The emergence of probability. A philosophical study of early ideas about probability, induction and statistical inference*, Cambridge: Cambridge University Press 1975.
- Hall, J., 'Intoxication and criminal responsibility', *Harvard Law Review* 1944, p. 1045-1084.
- Hall, J., 'Negligent behavior should be excluded from penal liability', in: Hall, J., *Law, social science and criminal theory*, Littleton: Fred B. Rothman & Co. 1982, p. 244-265.
- Hampshire, S., 'The analogy of feeling', in: Buford, T.O. (red.), *Essays on other minds*, Chicago: University of Illinois Press 1970, p. 9-22.
- Hampshire, S. & Hart, H.L.A., 'Decision, intention and certainty', *Mind* 1958, p. 1-12.
- Hancock, P.A., Caird, J.K., Shekhar, S. & Vercruyssen, M., 'Factors influencing drivers' left turn decisions', in: Human Factors Society, *Proceedings of the Human Factors Society 35th annual meeting. Volume 2*, Santa Monica: Human Factors Society 1991, p. 1139-1143.
- Hanna, N., 'The justifiability of punishment', <<http://web.syr.edu/~nthanna/papers.html>>, dissertatie Syracuse University 2008.
- Hare, R.M., 'Rules of war and moral reasoning', *Philosophy and Public Affairs* 1972, p. 166-181.
- Harré, N., Brandt, T. & Houkamau, C., 'An examination of the actor-observer effect in young drivers' attributions for their own and their friends' risky driving', *Journal of Applied Social Psychology* 2004, p. 806-824.
- Hart, H.L.A., 'The ascription of responsibility and rights', *Proceedings of the Aristotelian Society* 1949, p. 171-194.

- Hart, H.L.A., *Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law*, Oxford: Clarendon Press 1968.
- Hart, H.L.A., 'Rawls on liberty and its priority', in: Daniels, N. (red.), *Reading Rawls. Critical studies on Rawls' A theory of justice*, Oxford: Basil Blackwell 1975, p. 230-252.
- Hart, H.L.A., 'Bentham and Beccaria', in: Hart, H.L.A., *Essays on Bentham. Studies in jurisprudence and political theory*, Oxford: Clarendon Press 1982, p. 40-52.
- Hart, H.L.A., 'Introduction', in: Bentham, J., *An introduction to the principles of morals and legislation*, London: Methuen 1982, p. xxxiii-lxx.
- Hart, H.L.A. & Honoré, T., *Causation in the law*, Oxford: Clarendon Press 1985.
- Harte, J.M., Van Mulbregt, J.M.L. & De Kom, A.A.R., 'Klinische Pro Justitia rapportage. Over de werkwijze van het Pieter Baan Centrum', *Proces* 2002, p. 163-167.
- Hartkamp, A.S., *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht deel III. De verbintenis uit de wet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002.
- Hartmann, A.R., 'Het beginsel 'geen straf zonder schuld' in het bestuursstrafrecht', in: Blad, J.R., Cleiren, C.P.M., Van der Hulst, J.W., Koopmans, F.A.J., Mevis, P.A.M. & Bos, W. (red.), *Met recht op de vlucht. Opstellen over (straf)recht aangeboden aan S.I. Politoff ter gelegenheid van zijn afscheid van de Erasmus Universiteit Rotterdam*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 65-86.
- Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. Mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1970.
- Hempel, C.G., 'The logical analysis of psychology', in: Block, N. (red.), *Readings in philosophy of psychology. Volume I*, London: Methuen 1980, p. 14-23.
- Henderson, J.A., 'Expanding the negligence concept: retreat from the rule of law', *Indiana Law Journal* 1976, p. 467-527.
- Herzog, T.A., 'Automobile driving as seen by the actor, the active observer, and the passive observer', *Journal of Applied Social Psychology* 1994, p. 2057-2074.
- Heylen, R., 'De aansprakelijkheid van de assistent in opleiding en zijn stage-meester: noblesse oblige?', *Vlaams Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1988, p. 445-450.
- Hoekema, D.A., 'The right to punish and the right to be punished', in: Blocker, H.G. & Smith, E.H. (red.), *John Rawls' theory of social justice. An introduction*, Athens: Ohio University Press 1980, p. 239-269.

- Hofstee, W.K.B., 'Uitbuiting van de dagelijkse ervaring. Facetten van een psychometrische waarheidsbenadering', *Nederlands Tijdschrift voor de Psychologie* 1993, p. 277-287.
- Hofstee, W.K.B., 'Overtredingen van de maximumsnelheid. Meettechnische overwegingen bij arresten van de Hoge Raad', *Nederlands Juristenblad* 1996, p. 494-495.
- Hofstee, W.K.B., *Principes van beoordeling. Methodiek en ethiek van selectie, examinering en evaluatie*, Lisse: Swets & Zeitlinger 1999.
- Holmes, O.W., *The common law*, Boston: Little, Brown, and Company 1881.
- Holmes, O.W., 'The theory of legal interpretation', *Harvard Law Review* 1899, p. 417-420.
- Hoogduin, C.A.L. & Lange, A., 'Stoornissen in de impulscontrole', in: Vandereycken, W., Hoogduin, C.A.L. & Emmelkamp, P.M.G. (red.), *Handboek psychopathologie deel 1*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 1994, p. 338-350.
- Horder, J., *Provocation and responsibility*, Oxford: Clarendon Press 1992.
- Horder, J., 'A critique of the correspondence principle in criminal law', *Criminal Law Review* 1995, p. 759-770.
- Horder, J., 'Gross negligence and criminal culpability', *University of Toronto Law Journal* 1997, p. 495-521.
- Hull, R., 'Deconstructing the doctrine of double effect', *Ethical Theory and Moral Practice* 2000, p. 195-207.
- Humphrey, N., *Consciousness regained. Chapters in the development of mind*, Oxford: Oxford University Press 1983.
- Humphrey, N., *The inner eye*, London: Faber and Faber 1986.
- Humphrey, N., *The mind made flesh. Essays from the frontiers of psychology and evolution*, Oxford: Oxford University Press 2002.
- Hunt, E., 'Why is it hard to improve mental competence? A cognitive science perspective', in: Carlson, J.S. (red.), *Advances in cognition and educational practice. A research annual. Theoretical issues: intelligence, cognition, and assessment*, London: Jai Press 1992, p. 3-24.
- Hurd, H.M., 'The deontology of negligence', *Boston University Law Review* 1996, p. 249-272.
- Hurst, P.M., Harte, D. & Frith, W.J., 'The Grand Rapids dip revisited', *Accident Analysis and Prevention* 1994, p. 647-654.
- Husak, D.N., *Philosophy of criminal law*, Totowa: Rowman & Littlefield Publishers 1987.
- Husak, D.N., 'Justifications and the criminal liability of accessories', *Journal of Criminal Law and Criminology* 1989, p. 491-520.
- Husak, D.N., 'The orthodox model of the criminal offense', *Criminal Justice Ethics* 1991, p. 20-23.

- Husak, D.N., *Drugs and rights*, Cambridge: Cambridge University Press 1992.
- Husak, D.N., 'Ignorance of law and duties of citizenship', *Legal Studies* 1994, p. 105-115.
- Husak, D.N., 'Is drunk driving a serious offense?', *Philosophy and Public Affairs* 1994, p. 52-73.
- Husak, D.N., 'The nature and justifiability of nonconsummate offenses', *Arizona Law Review* 1995, p. 151-183.
- Husak, D.N., 'The relevance of the concept of action to the criminal law', *Criminal Law Forum* 1995, p. 327-344.
- Husak, D.N., 'Desert, proportionality, and the seriousness of drug offences', in: Ashworth, A.J. & Wasik, M. (red.), *Fundamentals of sentencing theory. Essays in honour of Andrew von Hirsch*, Oxford: Clarendon Press 1998, p. 187-219.
- Husak, D.N., 'Does criminal liability require an act?', in: Duff, R.A. (red.), *Philosophy and the criminal law. Principle and critique*, Cambridge: Cambridge University Press 1998, p. 60-100.
- Husak, D.N., 'Reasonable risk creation and overinclusive legislation', *Buffalo Criminal Law Review* 1998, p. 599-626.
- Husak, D.N., 'Crimes outside the core', *Tulsa Law Review* 2004, p. 755-779.
- Husak, D.N., 'Malum prohibitum and retributivism', in: Duff, R.A. & Green, S.P. (red.), *Defining crimes. Essays on the special part of the criminal law*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 65-90.
- Husak, D.N. & Von Hirsch, A., 'Culpability and mistake of law', in: Shute, S., Gardner, J. & Horder, J. (red.), *Action and value in criminal law*, Oxford: Clarendon Press 1993, p. 157-174.
- Husserl, E., *Logische Untersuchungen. Zweiter Band. Erster Teil. Untersuchungen zur Phänomenologie und Theorie der Erkenntnis*, Den Haag: Martinus Nijhoff Publishers 1984.
- Jackson, R.M. & Powell, J.L., *Professional negligence*, London: Sweet & Maxwell 1982.
- Jacquette, D., 'Brentano's concept of intentionality', in: Jacquette, D. (red.), *The Cambridge companion to Brentano*, Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 98-130.
- Jacquette, D., 'Introduction: Brentano's philosophy', in: Jacquette, D. (red.), *The Cambridge companion to Brentano*, Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 1-19.
- James, F. & Dickinson, J.J., 'Accident proneness and accident law', *Harvard Law Review* 1950, p. 769-795.
- James, W., *The principles of psychology. Volume I*, London: Harvard University Press 1981.

- Janssen, S., 'Psychische overmacht; naar een absolute wilsonvrijheid?', *Nederlands Juristenblad* 2002, p. 1111.
- Jensen, A.R., *The g factor. The science of mental ability*, Westport: Praeger 1998.
- Jensen, H., 'Morality and luck', in: Statman, D. (red.), *Moral luck*, Albany: State University of New York Press 1993, p. 131-140.
- Johnston, J.S., 'Bayesian fact-finding and efficiency: toward an economic theory of liability under uncertainty', *Southern California Law Review* 1987, p. 137-181.
- Joksch, H.C., 'An empirical relation between fatal accident involvement per accident involvement and speed', *Accident Analysis and Prevention* 1975, p. 129-132.
- Jones, E.E. & Harris, V.A., 'The attribution of attitudes', *Journal of Experimental Social Psychology* 1967, p. 1-24.
- Jonkers, W.H.A., *Inleiding tot de strafrechtsdogmatiek. Het schuldbeginsel. Het legaliteitsbeginsel. De strafbaarheidsvoorwaarden. De poging en de deelneming*, Zwolle: Tjeenk Willink 1984.
- Jonkers, W.H.A., 'De strafrechtelijke straf: inhoud, grondslag, doeleinden', in: Buruma, Y. (red.), *100 jaar strafrecht. Klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999, p. 163-176.
- Jonkers, W.H.A., Delfos, G. & Dijk, H.S., *Het nieuwe kinderrecht*, Kluwer: Deventer 1965.
- Jörg, N., *Strafbare rechtspersonen in Amerika. Corporaties en hun functionarissen in het Amerikaanse strafrecht in rechtsvergelijkend perspectief*, Arnhem: Gouda Quint 1990.
- Kadish, S.H., 'Respect for life and regard for rights in the criminal law', *California Law Review* 1976, p. 871-901.
- Kadish, S.H., 'Excusing crime', *California Law Review* 1987, p. 257-289.
- Kadish, S.H., 'Foreword: the criminal law and the luck of the draw', *Journal of Criminal Law and Criminology* 1994, p. 679-702.
- Kagan, S., *The limits of morality*, Oxford: Clarendon Press 1989.
- Kahan, D.M., 'Ignorance of law is an excuse – but only for the virtuous', *Michigan Law Review* 1997, p. 127-154.
- Kamin, K.A. & Rachlinski, J.J., 'Ex post ≠ ex ante. Determining liability in hindsight', *Law and Human Behavior* 1995, p. 89-104.
- Kant, I., *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Metaphysik der Sitten. Erster Teil*, Hamburg: Felix Meiner Verlag 1986.
- Kant, I., *Kritik der praktischen Vernunft. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1991.

- Kant, I., *Metaphysical elements of justice. Part I of the metaphysics of morals*, Indianapolis: Hackett Publishing Company 1999.
- Kaplow, L. & Shavell, S., *Fairness versus welfare*, Cambridge: Harvard University Press 2002.
- Katz, L., *Bad acts and guilty minds. Conundrums of the criminal law*, Chicago: University of Chicago Press 1987.
- Keedy, E.R., 'Ignorance and mistake in the criminal law', *Harvard Law Review* 1908, p. 75-96.
- Keeler, K.L., 'Direct evidence of state of mind: a philosophical analysis of how facts in evidence support conclusions regarding mental state', *Wisconsin Law Review* 1985, p. 435-460.
- Keijzer, N., 'Enkele opmerkingen omtrent de praesumptio innocentiae in strafzaken', in: Enschedé, C.J., Keijzer, N., Leijten, J.C.M. & Van Veen, T.W. (red.), *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Rummelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 235-253.
- Kelk, C., 'De plaats van de toerekeningsvatbaarheid in ons strafrecht', in: Mooij, A.W.M. & Koenraadt, F. (red.), *Toerekeningsvatbaarheid*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 15-52.
- Kelk, C., *Studieboek materieel strafrecht*, z.p.: Gouda Quint 1998.
- Kelk, C. & Kool, R.S.B., '(Psychische) overmacht', *Delikt en Delinkwent* 2004, p. 100-109.
- Kennisbank SWOV. <<http://www.swov.nl>>.
- Kent, S., 'Words of estimative probability', *Studies in Intelligence* 1964, p. 49-65.
- Kerkmeester, H., 'Over de rol van toeval in het strafrecht', *Recht en Kritiek* 1995, p. 251-277.
- Kessler, M., 'Afwezigheid van alle schuld in de economische rechtspraak', in: Borgers, M.J., Koopmans, I.M. & Kristen, F.G.H. (red.), *Verwijtbare uitholling van schuld?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 81-92.
- Kessler, M., 'NJ 2001, 49 bevordert de rechtszekerheid niet', *Nederlands Juristenblad* 2001, p. 898.
- Keulen, B.F. & Otte, M., *Opzet en schuld*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.
- Keynes, J.M., *The collected writings of John Maynard Keynes. Volume VIII. A treatise on probability*, London: Macmillan 1973.
- Khanna, V.S., 'Corporate criminal liability: what purpose does it serve?', *Harvard Law Review* 1996, p. 1477-1534.
- Khanna, V.S., 'Is the notion of corporate fault a faulty notion?: the case of corporate mens rea', *Boston University Law Review* 1999, p. 355-414.
- Khanna, V.S., 'Corporate liability standards: when should corporations be held criminally liable?', *American Criminal Law Review* 2000, p. 1239-1283.

- Kim, C.T., 'Brentano on the unity of mental phenomena', *Philosophy and Phenomenological Research* 1978, p. 199-207.
- Kim, S.M., 'Characteristics of soulless persons: the applicability of the character evidence rule to corporations', *University of Illinois Law Review* 2000, p. 763-811.
- Kivits, T., *Geschiedenis van de psychologie*, Utrecht: Spectrum 1992.
- Kloeden, C.N. & McLean, A.J., 'Speed and the risk of involvement in a casualty crash', in: *Proceedings of the Road Safety Research, Policing and Education Conference*, 1998, p. 188-190.
- Kloeden, C.N., McLean, A.J. & Glonek, G., 'Reanalysis of travelling speed and the risk of crash involvement in Adelaide South Australia, <<http://raru.adelaide.edu.au/speed>>, publicatie 2002.
- Kloeden, C.N., McLean, A.J., Moore, V.M. & Ponte, G., 'Travelling speed and the risk of crash involvement. Volume 1 – findings', <<http://raru.adelaide.edu.au/speed>>, publicatie 1997.
- Kloeden, C.N., Ponte, G. & McLean, A.J., *Travelling speed and the risk of crash involvement on rural roads*, Canberra: Australian Transport Safety Bureau 2001.
- Knigge, G., *Het irrationele van de straf*, Arnhem: Gouda Quint 1988.
- Knigge, G., 'Doen en laten; enkele opmerkingen over ouderschap', *Delikt en Delinkwent* 1992, p. 128-154.
- Knigge, G., *Strafuitsluitingsgronden en de structuur van het strafbare feit. Een preadvies*, z.p.: Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland 1993.
- Knigge, G., 'Dat deed mijn handje. Enige opmerkingen over het ouderschap van de rechtspersoon', in: Van Kraaij, M. & Van Veen, A. (red.), *Onderneming en strafrecht. Lustrum 'Nico Muller' 1966-1996*, Ars Aequi Libri 1997, p. 11-19.
- Knigge, G., 'De bestuurlijke boete als teken aan de wand', *Milieu en Recht* 1998, p. 63-68.
- Knigge, G., 'De schijn van waarheid', in: Kwakman, N.J.M. (red.), *Partijautonomie of materiële waarheid?*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 33-43.
- Knobe, J., 'Intentional action and side effects in ordinary language', *Analysis* 2003, p. 190-193.
- Knobe, J., 'Intentional action in folk psychology: an experimental investigation', *Philosophical Psychology* 2003, p. 309-324.
- Knobe, J. & Mendlow, G., 'The good, the bad and the blameworthy: understanding the role of evaluative reasoning in folk psychology', *Journal of Theoretical and Philosophical Psychology* 2004, p. 252-258.

- Knoops, G.G.J., *Psychische overmacht en rechtsvinding. Een onderzoek naar de strafrechtelijke, forensisch-psychiatrische en psychologische grenzen van psychische overmacht*, Deventer: Gouda Quint 1998.
- Kool, R.S.B., 'Veranderde zeden? Een overzicht en waardering van recente wetswijzigingen en jurisprudentie betreffende de zedelijkheidswetgeving', *Delikt en Delinkwent* 2004, p. 912-931.
- Kozinski, A., 'Should reading legislative history be an impeachable offense?', *Suffolk University Law Review* 1998, p. 807-823.
- Krabbe, H.G.M., 'De artikelen 5 en 6. Gevaar veroorzaken, hinderen en schuld aan een verkeersongeval', in: Harteveld, A.E. & Krabbe, H.G.M. (red.), *De Wegenverkeerswet 1994. Een strafrechtelijk commentaar*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 87-143.
- Krumpelmann, J., 'Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht', in: Kaufmann, A., Bemann, G., Krauss, D. & Volk, K. (red.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, München: Verlag C.H. Beck 1979, p. 443-464.
- Kugler, I., *Direct and oblique intention in the criminal law. An inquiry into degrees of blameworthiness*, Hampshire: Ashgate 2002.
- Kuiper, H., Opprel, A. & Van Malssen, P.J., *Van Dale's groot woordenboek der Nederlandsche taal*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff en A.W. Sijthoff 1898.
- Kuklin, B., "You should have known better", *Kansas Law Review* 2000, p. 545-592.
- Kurzweil, D., 'Criminal and civil RICO: traditional canons of statutory interpretation and the liberal construction clause', *Columbia Journal of Law and Social Problems* 1996, p. 41-90.
- LaBine, S.J. & LaBine, G., 'Determinations of negligence and the hindsight bias', *Law and Human Behavior* 1996, p. 501-516.
- Langemeijer, G.E., 'Schuld bij overtredingen', *Nederlands Juristenblad* 1933, p. 265-271 en 281-285.
- Langemeijer, G.E., *Het Wetboek van Strafrecht verklaard door mr T.J. Noyon. Deel I*, Arnhem: Gouda Quint 1954.
- Langemeijer, G.E., "De onachtzaamheid' op het congres van de Association Internationale de Droit Pénal", *Verkeersrecht* 1962, p. 45-48.
- Langemeijer, G.E., *Strafrecht of -onrecht?*, Deventer: Kluwer 1975.
- Langemeijer, G.E., *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1983.
- Laplace, P.S., *Philosophical essay on probabilities*, New York: Springer-Verlag 1995.
- Latham, S.R., 'Aquinas and morphine: notes on double effect at the end of life', *DePaul Journal of Health Care Law* 1997, p. 625-644.

- Laufer, W.S., 'Corporate bodies and guilty minds', *Emory Law Journal* 1994, p. 647-730.
- Laufer, W.S. & Strudler, A., 'Corporate intentionality, desert, and variants of vicarious liability', *American Criminal Law Review* 2000, p. 1285-1312.
- Ledewitz, B., 'Mr. Carroll's mental state or what is meant by intent', *American Criminal Law Review* 2001, p. 71-109.
- Legemaate, J., 'Veilig melden. Wettelijk kader zo gek nog niet, mits...', *Medisch Contact* 2004, p. 1169-1171.
- Leijten, J.C.M., 'De droom der gerechtigheid', in: Van Zeven, C.J. e.a., *Eenheid van recht. Voordrachten en discussieverslagen van de Studiedag J.M. Polak, gehouden op 18 december 1987 in het gebouw van de Raad van State*, Deventer: Kluwer 1988, p. 49-57.
- Lemos, R.M., 'A defense of retributivism', *Southern Journal of Philosophy* 1977, p. 53-65.
- Lempert, R.O., 'Desert and deterrence: an assessment of the moral bases of the case for capital punishment', *Michigan Law Review* 1981, p. 1177-1231.
- Leslie, A.M., Knobe, J. & Cohen, A., 'Acting intentionally and the side-effect effect: 'theory of mind' and moral judgment', *Psychological Science* 2006, p. 421-427.
- Lichtenstein, S. & Newman, J.R., 'Empirical scaling of common verbal phrases associated with numerical probabilities', *Psychonomic Science* 1967, p. 563-564.
- Lillquist, E., 'Absolute certainty and the death penalty', *American Criminal Law Review* 2005, p. 45-91.
- Link, B.G. & Stueve, A., 'Psychotic symptoms and the violent/illegal behavior of mental patients compared to community controls', in: Monahan, J. & Steadman, H.J. (red.), *Violence and mental disorder. Developments in risk assessment*, Chicago: University of Chicago Press 1994, p. 137-159.
- Loth, M.A., *Handeling en aansprakelijkheid in het recht*, Arnhem: Gouda Quint 1988.
- Lyons, D., 'On sanctioning excuses', *Journal of Philosophy* 1969, p. 646-660.
- Lyons, W., 'Deterrent theory and punishment of the innocent', *Ethics* 1974, p. 346-348.
- MacCormick, D.N. & Summers, R.S., 'Interpretation and justification', in: MacCormick, D.N. & Summers, R.S. (red.), *Interpreting statutes. A comparative study*, Aldershot: Dartmouth 1991, p. 511-544.
- Machielse, A.J.M., 'Wederrechtelijkheid en schuld bij het culpoze delict', in: Davelaar-van Tongeren, V.H., Keijzer, N. & Van de Pol, U. (red.), *Strafrecht in perspectief. Een bundel bijdragen op strafrechtelijk gebied ter gele-*

- genheid van het 100-jarig bestaan der Vrije Universiteit te Amsterdam*, Arnhem: Gouda Quint 1980, p. 215-233.
- Machielse, A.J.M., *Noodweer in het strafrecht. Een rechtsvergelijkende en dogmatische studie*, Amsterdam: Stichting Onderzoek Recht en Beleid 1986.
- Mackaay, E., 'History of law and economics', in: Bouckaert, B. & De Geest, G. (red.), *Encyclopedia of law and economics. Volume I: the history and methodology of law and economics*, Cheltenham: Elgar 2000, p. 65-117.
- Mackie, J.L., 'Morality and the retributive emotions', in: Mackie, J.L., *Persons and values. Selected papers. Volume II*, Oxford: Clarendon Press 1985, p. 206-219.
- Malcolm, N., 'Knowledge of other minds', in: Buford, T.O. (red.), *Essays on other minds*, Chicago: University of Illinois Press 1970, p. 195-207.
- Malcolm, N., 'Wittgenstein's philosophical investigations', in: Buford, T.O. (red.), *Essays on other minds*, Chicago: University of Illinois Press 1970, p. 208-246.
- Malle, B.F., 'Intentionality, morality, and their relationship in human judgment', *Journal of Cognition and Culture* 2006, p. 87-112.
- Malle, B.F. & Nelson, S.E., 'Judging *mens rea*: the tension between folk concepts and legal concepts of intentionality', *Behavioral Sciences and the Law* 2003, p. 563-580.
- Maltz, E.M., 'Statutory interpretation and legislative power: the case for a modified intentionalist approach', *Tulane Law Review* 1988, p. 1-28.
- Mangan, J.T., 'An historical analysis of the Principle of Double Effect', *Theological Studies* 1949, p. 41-61.
- Manning, J.F., 'The absurdity doctrine', *Harvard Law Review* 2003, p. 2387-2486.
- Margolis, J., 'Reflections on intentionality', in: Jacqueline, D. (red.), *The Cambridge companion to Brentano*, Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 131-148.
- Marlet, L.N., 'Enige raakpunten tussen de medische praktijk en het leerstuk der aansprakelijkheid', in: Marlet, J.J.C., Marlet, M.F.J. & Marlet, L.N., *Schuld en verontschuldiging in de medische praktijk*, Roermond: Romen 1966, p. 5-56.
- Marmor, A., *Interpretation and legal theory*, Oxford: Clarendon Press 1992.
- Marres, R., *Filosofie van de geest. Een kritisch overzicht*, Muiderberg: Coutinho 1985.
- Martin, M., *The legal philosophy of H.L.A. Hart. A critical appraisal*, Philadelphia: Temple University Press 1987.
- Marx, J., 'How to construe a hybrid statute', *Virginia Law Review* 2007, p. 235-286.

- Mathijssen, M.P.M., *Rijden onder invloed in Nederland, 1992-1993. Ontwikkeling van het alcoholgebruik van automobilisten in weekendnachten*, Leidschendam: Stichting Wetenschappelijk Onderzoek Verkeersveiligheid 1994.
- McCarthy, D., 'Rights, explanation, and risks', *Ethics* 1997, p. 205-225.
- McCauliff, C.M.A., 'Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence, or constitutional guarantees?', *Vanderbilt Law Review* 1982, p. 1293-1335.
- McCloskey, H.J., 'An examination of restricted utilitarianism', *Philosophical Review* 1957, p. 466-485.
- McCloskey, H.J., 'A note on utilitarian punishment', *Mind* 1963, p. 599.
- McCloskey, H.J., 'A non-utilitarian approach to punishment', *Inquiry* 1965, p. 249-263.
- McCloskey, H.J., 'Utilitarian and retributive punishment', *Journal of Philosophy* 1967, p. 91-110.
- McKay, T.J., 'Propositional attitude reports', in: Zalta, E.N. (red.), *The Stanford encyclopedia of philosophy*, <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2000/entries/prop-attitude-reports>>, publicatie 2000.
- McSherry, B., 'Voluntariness, intention, and the defence of mental disorder: toward a rational approach', *Behavioral Sciences and the Law* 2003, p. 581-599.
- Michaels, A.C., 'Acceptance: the missing mental state', *Southern California Law Review* 1998, p. 953-1035.
- Michiels van Kessenich-Hoogendam, I.P., *Beroepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
- Michiels, J.M., 'Inleiding: Beccaria en zijn werken', in: Beccaria, C., *Over misdaden en straffen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1971, p. 15-288.
- Mill, J.S., *An examination of sir William Hamilton's philosophy and of the principal philosophical questions discussed in his writings*, Toronto: University of Toronto Press 1979.
- Mill, J.S., 'Utilitarianism', in: Warnock, M. (red.), *Utilitarianism. On liberty. Essay on Bentham*, Glasgow: Collins 1979, p. 251-321.
- Miller, G.P., 'Pragmatics and the maxims of interpretation', *Wisconsin Law Review* 1990, p. 1179-1225.
- Milo, R.D., *Immorality*, Princeton: Princeton University Press 1984.
- Misner, R.L. & Ward, P.G., 'Severe penalties for driving offenses: a deterrence analysis', *Arizona State Law Journal* 1975, p. 677-713.
- Model Penal Code. American Law Institute, *Model Penal Code. Official draft and explanatory notes. Complete text of Model Penal Code as adopted at the 1962 annual meeting of the American Law Institute at Washington, D.C., may 24, 1962*, Philadelphia: American Law Institute 1985.

- Molendijk, A., Borst, K. & Van Dolder, R., 'Vergissen is menselijk. Blamefree melden doet transparantie toenemen', *Medisch Contact* 2003, p. 1658-1661.
- Mooij, A.W.M., 'Handeling en inzicht', *Delikt en Delinkwent* 1987, p. 347-355.
- Mooij, A.W.M., *Toerekeningsvatbaarheid. Over handelingsvrijheid*, Amsterdam: Boom 2004.
- Moons, J.M.A.V., 'Het schuldgehalte van het culpoze misdrijf', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1969, p. 148-176.
- Moore, M.S., *Law and psychiatry. Rethinking the relationship*, Cambridge: Cambridge University Press 1984.
- Moore, M.S., 'The moral and metaphysical sources of the criminal law', in: Pennock, J.R. & Chapman, J.W. (red.), *Criminal justice. Nomos XXVII*, New York: New York University Press 1985, p. 11-51.
- Moore, M.S., 'Intentions and *mens rea*', in: Gavinson, R. (red.), *Issues in contemporary legal philosophy. The influence of H.L.A. Hart*, Oxford: Clarendon Press 1987, p. 245-270.
- Moore, M.S., 'The moral worth of retribution', in: Schoeman, F. (red.), *Responsibility, character, and the emotions. New essays in moral psychology*, Cambridge: Cambridge University Press 1987, p. 179-219.
- Moore, M.S., 'Choice, character, and excuse', *Social Philosophy & Policy* 1990, p. 29-58.
- Moore, M.S., *Act and crime. The philosophy of action and its implications for criminal law*, Oxford: Clarendon Press 1993.
- Moore, M.S., 'Justifying retributivism', *Israel Law Review* 1993, p. 15-49.
- Moore, M.S., 'The independent moral significance of wrongdoing', *Journal of Contemporary Legal Issues* 1994, p. 237-281.
- Moore, M.S., 'Prima facie moral culpability', *Boston University Law Review* 1996, p. 319-333.
- Moore, M.S., *Placing blame. A general theory of the criminal law*, Oxford: Clarendon Press 1997.
- Moore, M.S., 'Retributivism', in: Dressler, J. (red.), *Encyclopedia of crime and justice*, New York: Macmillan 2002, p. 1338-1343.
- Morawetz, T., 'Reconstructing the criminal defenses: the significance of justification', *Journal of Criminal Law and Criminology* 1986, p. 277-307.
- Morkel, D.W., 'On the distinction between recklessness and conscious negligence', *American Journal of Comparative Law* 1982, p. 325-333.
- Morris, H., 'Punishment for thoughts', *Monist* 1965, p. 342-376.
- Morris, H., 'Persons and punishment', *Monist* 1968, p. 475-501.
- Morris, H., 'A paternalistic theory of punishment', *American Philosophical Quarterly* 1981, p. 263-271.

- Morris, N., *The future of imprisonment*, Chicago: University of Chicago Press 1974.
- Morris, N., 'Punishment, desert and rehabilitation', in: *Equal justice under law*, Washington: U.S. Government Printing Office 1976, p. 136-167.
- Morris, N., *Madness and the criminal law*, Chicago: University of Chicago Press 1982.
- Morris, N., 'Dangerousness' and incapacitation', in: Duff, R.A. & Garland, D. (red.), *A reader on punishment*, Oxford: Oxford University Press 1994, p. 241-260.
- Morris, N. & Miller, M., 'Predictions of dangerousness', *Crime and Justice* 1985, p. 1-50.
- Morris, N. & Tonry, M., *Between prison and probation. Intermediate punishments in a rational sentencing system*, Oxford: Oxford University Press 1990.
- Morse, S.J., 'Undiminished confusion in diminished capacity', *Journal of Criminal Law and Criminology* 1984, p. 1-55.
- Morse, S.J., 'Culpability and control', *University of Pennsylvania Law Review* 1994, p. 1587-1660.
- Morse, S.J., 'Brain and blame', *Georgetown Law Journal* 1996, p. 527-549.
- Morse, S.J., 'Excusing and the new excuse defenses: a legal and conceptual review', *Crime and Justice* 1998, p. 329-406.
- Morse, S.J., 'Craziness and criminal responsibility', *Behavioral Sciences and the Law* 1999, p. 147-164.
- Morse, S.J., 'Rationality and responsibility', *Southern California Law Review* 2000, p. 251-268.
- Morse, S.J., 'Uncontrollable urges and irrational people', *Virginia Law Review* 2002, p. 1025-1078.
- Mulder, G.E., 'Geen straf zonder schuld', *Verkeersrecht* 1974, p. 233-239 en 257-263.
- Mulder, G.E., 'Vage normen. Beschouwingen over het 'Lex Certa' beginsel', in: Enschedé, C.J., Keijzer, N., Leijten, J.C.M. & Van Veen, T.W. (red.), *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. R Emmelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 409-427.
- Mulligan, K., 'Brentano on the mind', in: Jacquette, D. (red.), *The Cambridge companion to Brentano*, Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 66-97.
- Munden, J.M., *The relation between a driver's speed and his accident rate*, Crowthorne: Road Research Laboratory 1967.
- Murphy, J.G., *Kant: the philosophy of right*, London: Macmillan 1970.
- Murphy, J.G., *Retribution, justice, and therapy. Essays in the philosophy of law*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company 1979.

- Murphy, J.G., 'Retributivism, moral education, and the liberal state', *Criminal Justice Ethics* 1985, p. 3-11.
- Murphy, J.G., 'Does Kant have a theory of punishment?', *Columbia Law Review* 1987, p. 509-532.
- Murphy, J.G., 'Forgiveness and resentment', in: Murphy, J.G. & Hampton, J., *Forgiveness and mercy*, Cambridge: Cambridge University Press 1988, p. 14-34.
- Murphy, J.G., 'Hatred: a qualified defense', in: Murphy, J.G. & Hampton, J., *Forgiveness and mercy*, Cambridge: Cambridge University Press 1988, p. 88-110.
- Murphy, J.G., 'The retributive emotions', in: Murphy, J.G. & Hampton, J., *Forgiveness and mercy*, Cambridge: Cambridge University Press 1988, p. 1-10.
- Murphy, J.G., 'Getting even: the role of the victim', *Social Philosophy & Policy* 1990, p. 209-225.
- Murphy, J.G., *Getting even. Forgiveness and its limits*, Oxford: Oxford University Press 2003.
- Müller, R., *Franz Brentanos Lehre von den Gemütsbewegungen*, München: Verlag Rudolf M. Rohrer 1943.
- Nadelhoffer, T., 'Blame, Badness, and intentional action: a reply to Knobe and Mendlow', *Journal of Theoretical and Philosophical Psychology* 2004, p. 259-269.
- Nadelhoffer, T., 'On praise, side effects, and folk ascriptions of intentionality', *Journal of Theoretical and Philosophical Psychology* 2004, p. 196-213.
- Nadelhoffer, T., 'Intentions and intentional actions in ordinary language and the criminal law', <<http://etd.lib.fsu.edu>>, dissertatie Florida State University 2005.
- Nadelhoffer, T., 'Bad acts, blameworthy agents, and intentional actions: some problems for juror impartiality', *Philosophical Explorations* 2006, p. 203-219.
- Nagel, T., 'War and massacre', in: Nagel, T., *Mortal questions*, Cambridge: Cambridge University Press 1979, p. 53-74.
- Nagel, T., *The view from nowhere*, Oxford: Oxford University Press 1986.
- Nagel, T., 'Moral luck', in: Statman, D. (red.), *Moral luck*, Albany: State University of New York Press 1993, p. 57-71.
- Narveson, J., 'Three Analysis retributivists', *Analysis* 1974, p. 185-193.
- Neerhof, A.R., *Het geschil voorbij. Een studie naar de bruikbaarheid van bestuursrechtelijke jurisprudentie als kenbron van recht*, Deventer: Kluwer 1995.
- Newland, S., 'The mercy of Scalia: statutory construction and the rule of lenity', *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 1994, p. 197-229.

- Nieboer, W., *Aegroto suum. De toerekening in het strafrecht bij psychische afwijkingen*, Meppel: Boom 1970.
- Nieboer, W., *Wetens en willens*, Arnhem: Gouda Quint 1978.
- Nieboer, W., 'Strafrechtelijke zorgplichten', in: Balkema, J.P., De Jong, D.H. & Nieboer, W. (red.), *Liber Amicorum Th.W. van Veen. Opstellen aangeboden aan Th.W. van Veen ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 255-270.
- Nieboer, W., *Schets materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991.
- Nieboer, W. & Strijards, G.A.M., 'Toerekening van gevolgen – om het eigen juridisch karakter', *Delikt en Delinkwent* 1980, p. 7-17.
- Nieboer, W. & Strijards, G.A.M., 'Culpa – is er een weg terug?', in: 't Hart, A.C., Nieboer, W., Strijards, G.A.M. & De Vries-Leemans, M.J.H.J. (red.), *Strafrecht in balans. Opstellen over strafrecht aangeboden aan A.C. Geurts*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 175-196.
- Nijboer, J.F., *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000.
- Note Harvard Law Review, 'Developments in the law. Corporate crime: regulating corporate behavior through criminal sanctions', *Harvard Law Review* 1979, p. 1227-1375.
- Note Harvard Law Review, 'Alcohol abuse and the law', *Harvard Law Review* 1981, p. 1660-1712.
- Note Harvard Law Review, 'Selective incapacitation: reducing crime through predictions of recidivism', *Harvard Law Review* 1982, p. 511-533.
- Note Harvard Law Review, 'The new rule of lenity', *Harvard Law Review* 2006, p. 2420-2441.
- Note Yale Law Journal, 'Negligence and the general problem of responsibility', *Yale Law Journal* 1972, p. 949-979.
- Noti, A., 'The uplifted knife: morality, justification, and the choice-of-evils doctrine', *New York University Law Review* 2003, p. 1859-1886.
- Notulen Staatscommissie. Van Dorst, A.J.A. e.a. (red.), *Staatscommissie voor de zamenstelling van een Wetboek van Strafrecht '1870/1876'*, Tilburg: Sectie Strafrecht Katholieke Hogeschool Tilburg 1976.
- Nourse, V.F., 'The new normativity: the abuse excuse and the resurgence of judgment in the criminal law', *Stanford Law Review* 1998, p. 1435-1470.
- Nourse, V.F., 'Self-defense and subjectivity', *University of Chicago Law Review* 2001, p. 1235-1308.
- Nowell-Smith, P.H., 'On sanctioning excuses', *Journal of Philosophy* 1970, p. 609-619.
- Noyon, T.J., *Het Wetboek van Strafrecht verklaard door mr. T.J. Noyon. Eerste deel. Inleiding. Boek I*, Groningen: Wolters 1896.

- Noyon/Langemeijer/Remmelink. Fokkens, J.W. & Machielse, A.J.M., *Mr. T.J. Noyon – mr. G.E. Langemeijer – mr. J. Remmelink. Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005.
- Nozick, R., *Anarchy, state, and utopia*, New York: Basic Books 1974.
- Nozick, R., *Philosophical explanations*, Cambridge: Harvard University Press 1981.
- O’Neil, P.M., ‘The moral blindness of the positivistic legal hermeneutic and the non-proximate mens rea in the law of criminal negligence’, *American Journal of Jurisprudence* 1996, p. 289-305.
- Oakes, R.T., ‘Anthropomorphic projection and chapter eight of the Federal Sentencing Guidelines: punishing the good organization when it does evil’, *Hamline Law Review* 1999, p. 749-781.
- Osler, M., ‘Indirect harms and proportionality: the upside-down world of federal sentencing’, *Mississippi Law Journal* 2004, p. 1-45.
- Otte, M., *Het stelsel van gedragsregels in het wegverkeer*, Arnhem: Gouda Quint 1993.
- Otte, M., *Hoofdwegen door het verkeersrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.
- Otte, M., *Opzet en schuld in het verkeer*, Deventer: Gouda Quint 2001.
- Packer, H.L., *The limits of the criminal sanction*, Stanford: Stanford University Press 1968.
- Pallemaerts, J., ‘De beroepsverantwoordelijkheid van de geneesheer’, *Rechtskundig Weekblad* 1956, p. 1945-1956.
- Parker, J.S., ‘The economics of mens rea’, *Virginia Law Review* 1993, p. 741-811.
- Parsons, C., ‘Brentano on judgment and truth’, in: Jacquette, D. (red.), *The Cambridge companion to Brentano*, Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 168-196.
- Peters, A.A.G., *Opzet en schuld in het strafrecht*, Deventer: Kluwer 1966.
- Peters, A.A.G., *Het rechtskarakter van het strafrecht*, Deventer: Kluwer 1972.
- Peters, A.A.G., ‘Strafrechtelijke toerekening in vergelijkend cultureel perspectief: de Japanse benadering’, in: Peters, A.A.G., *Recht als kritische discussie. Een selectie uit het werk van A.A.G. Peters*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 173-206.
- Peters, P.G., ‘Hindsight bias and tort liability: avoiding premature conclusions’, *Arizona State Law Journal* 1999, p. 1277-1314.
- Pettit, P., ‘Collective intentions’, in: Naffine, N., Owens, R. & Williams, J. (red.), *Intention in law and philosophy*, Burlington: Ashgate 2001, p. 241-254.

- Philips, M., 'The inevitability of punishing the innocent', *Philosophical Studies* 1985, p. 389-391.
- Phillips, W., Baron-Cohen, S. & Rutter, M., 'Understanding intention in normal development and in autism', *British Journal of Developmental Psychology* 1998, p. 337-348.
- Pillsbury, S.H., 'Crimes of indifference', *Rutgers Law Review* 1996, p. 105-218.
- Plato, 'Protagoras', in: Plato, *Verzameld werk deel XI. Protagoras. Menon*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2003, p. 9-78.
- Pogge, T.W., 'Three problems with contractarian-consequentialist ways of assessing social institutions', in: Paul, E.F., Miller, F.D. & Paul, J. (red.), *The just society*, Cambridge: Cambridge University Press 1995, p. 241-266.
- Pogge, T.W., 'Equal liberty for all?', *Midwest Studies in Philosophy* 2004, p. 266-281.
- Polak, L., *Hegel's leer der straf*, Amsterdam: J. Emmering 1925.
- Polak, L., 'Vergeldende gerechtigheid verbiedt de doodstraf', *Mensch en Maatschappij* 1928, p. 353-400.
- Polak, L., *De zin der vergelding. Een strafrechts-philosophisch onderzoek. Deel I*, Amsterdam: G.A. van Oorschot 1947.
- Polak, L., *De zin der vergelding. Een strafrechts-philosophisch onderzoek. Deel II*, Amsterdam: G.A. van Oorschot 1947.
- Polak, L., *Verspreide geschriften. Deel II*, Amsterdam: G.A. van Oorschot 1947.
- Polinsky, A.M. & Shavell, S., 'The optimal tradeoff between the probability and magnitude of fines', *American Economic Review* 1979, p. 880-891.
- Polinsky, A.M. & Shavell, S., 'On offense history and the theory of deterrence', *International Review of Law and Economics* 1998, p. 305-323.
- Polinsky, A.M. & Shavell, S., 'On the disutility and discounting of imprisonment and the theory of deterrence', *Journal of Legal Studies* 1999, p. 1-16.
- Politoff, S.I. & Koopmans, F.A.J., *Schuld*, Arnhem: Gouda Quint 1991.
- Pols, M.S., 'De verdeeling der strafbare handelingen in misdrijven en overtredingen', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1886, p. 225-248.
- Pols, M.S., 'Het begrip van strafbare handeling. Bijdrage tot de leer van opzet en schuld', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1889, p. 93-125.
- Pompe, W.P.J., *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959.
- Popkin, W.D., 'An 'internal' critique of Justice Scalia's theory of statutory interpretation', *Minnesota Law Review* 1992, p. 1133-1187.
- Posner, R.A., 'Statutory interpretation – in the classroom and in the courtroom', *University of Chicago Law Review* 1983, p. 800-822.
- Posner, R.A., 'An economic theory of the criminal law', *Columbia Law Review* 1985, p. 1193-1231.

- Posner, R.A., *The problems of jurisprudence*, Cambridge: Harvard University Press 1990.
- Posner, R.A., *Economic analysis of law*, Boston: Little, Brown and Company 1992.
- Posner, R.A., 'An economic approach to the law of evidence', *Stanford Law Review* 1999, p. 1477-1546.
- Potrč, M., 'Franz Brentano, a philosopher of the past and with a future. Interview with Wilhelm Baumgartner, Franz Brentano Forschung, Residenz, Würzburg, Germany february 24, 1992', *Acta Analytica* 1992, p. 43-52.
- Price, H.H., 'Our evidence for the existence of other minds', in: Buford, T.O. (red.), *Essays on other minds*, Chicago: University of Illinois Press 1970, p. 133-176.
- Price, Z., 'The rule of lenity as a rule of structure', *Fordham Law Review* 2004, p. 885-941.
- Prichard, H.A., 'Acting, willing, desiring', in: White, A.R. (red.), *The philosophy of action*, London: Oxford University Press 1968, p. 59-69.
- Puppe, I., 'Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1987, p. 595-616.
- Puppe, I., 'Die Lehre von der objektiven Zurechnung dargestellt an Beispielfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung I. Die Kausalität', *Jura* 1997, p. 408-416.
- Puppe, I., 'Die Lehre von der objektiven Zurechnung dargestellt an Beispielfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung II. Die Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung, auch Rechtswidrigkeitszusammenhang genannt', *Jura* 1997, p. 513-519.
- Puppe, I., 'Die Lehre von der objektiven Zurechnung dargestellt an Beispielfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung III. Der Schutzzweck einer Sorgfaltsnorm und seine Ermittlung', *Jura* 1997, p. 624-631.
- Puppe, I., 'Negligence and responsibility in German road traffic law', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2003, p. 151-163.
- Putnam, H., 'Brains and behavior', in: Putnam, H., *Mind, language and reality. Philosophical papers, volume 2*, Cambridge: Cambridge University Press 1975, p. 325-341.
- Quinn, W.S., *Morality and action*, Cambridge: Cambridge University Press 1993.
- Quinn, W.S., 'Actions, intentions, and consequences: the Doctrine of Double Effect', in: Woodward, P.A. (red.), *The Doctrine of Double effect. Philosophers debate a controversial moral principle*, Notre Dame: University of Notre Dame Press 2001, p. 23-40.

- Rachels, J., *The end of life. Euthanasia and morality*, Oxford: Oxford University Press 1986.
- Rachlinski, J.J., 'A positive psychological theory of judging in hindsight', *University of Chicago Law Review* 1998, p. 571-625.
- Ramsey, F.P., 'Truth and probability', in: Kyburg, H.E. & Smokler, H.E. (red.), *Studies in subjective probability*, New York: John Wiley & sons 1964, p. 63-92.
- Ramsey, P., 'The morality of abortion', in: Rachels, J. (red.), *Moral problems. A collection of philosophical essays*, 1971, p. 3-27.
- Rapport Commissie Overwater 1951. Overwater, J. (voorzitter), *Rapport van de commissie ingesteld met het doel van advies te dienen over de vraag in welke richting het rijkstucht- en opvoedingswezen en in verband daarmee het kinderstrafrecht zich zullen moeten ontwikkelen*, Den Haag: Staatsdrukkerij- en Uitgeverijbedrijf 1951.
- Rawls, J., 'Two concepts of rules', *Philosophical Review* 1955, p. 3-32.
- Rawls, J., *A theory of justice*, Oxford: Oxford University Press 1973.
- Rawls, J., *Political liberalism*, New York: Columbia University Press 1993.
- Rawls, J., *A theory of justice. Revised edition*, Cambridge: Harvard University Press 1999.
- Rawls, J., 'Legal obligation and the duty of fair play', in: Rawls, J., *John Rawls: collected papers*, Cambridge: Harvard University Press 1999, p. 117-129.
- Rawls, J., *Een theorie van rechtvaardigheid*, Rotterdam: Lemniscaat 2006.
- Reijntjes, J.M., 'Het aantonen van opzet. Over de verhouding tussen vorm en materie in het strafrecht', in: Groenhuijsen, M.S. & Simmelink, J.B.H.M. (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 473-490.
- Reiman, J. & Van den Haag, E., 'On the common saying that it is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer: *pro* and *con*', *Social Philosophy & Policy* 1990, p. 226-248.
- Reinach, A., 'Die Überlegung; ihre ethische und rechtliche Bedeutung', in: Reinach, A., *Adolf Reinach. Gesammelte Schriften*, Halle: Max Niemeyer 1921, p. 121-165.
- Reinach, A., 'Zur Theorie des negativen Urteils', in: Reinach, A., *Adolf Reinach. Gesammelte Schriften*, Halle: Max Niemeyer 1921, p. 56-120.
- Reinach, A., 'On the theory of the negative judgment', in: Smith, B. (red.), *Parts and moments. Studies in logic and formal ontology*, München: Philosophia Verlag 1982, p. 315-377.
- Remmeling, J., 'Enige opmerkingen over art. 36 WWV', *Verkeersrecht* 1964, p. 227-231 en 251-257.

- Remmelink, J., *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1975.
- Remmelink, J., *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996.
- Renkema, J., *Schrijfwijzer*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.
- Rense, J., 'Rechtspersonen in het strafrecht', *Delikt en Delinkwent* 2005, p. 272-298.
- Rescher, N., 'Moral luck', in: Statman, D. (red.), *Moral luck*, Albany: State University of New York Press 1993, p. 141-166.
- Reuter, S.R., 'Professional liability in postgraduate medical education. Who is liable for resident negligence?', *Journal of Legal Medicine* 1994, p. 485-531.
- Richards, N., 'Luck and desert', in: Statman, D. (red.), *Moral luck*, Albany: State University of New York Press 1993, p. 167-180.
- Riedel, M., 'Perceived circumstances, inferences of intent and judgments of offense seriousness', *Journal of Criminal Law and Criminology* 1975, p. 201-208.
- Road Transport Research, *Traffic safety of elderly road users. Report prepared by an OECD scientific expert group in co-operation with WHO*, Paris: OECD 1985.
- Robbennolt, J.K., 'Outcome severity and judgments of 'responsibility': a meta-analytic review', *Journal of Applied Social Psychology* 2000, p. 2575-2609.
- Robertson, L.S., Rich, R.F. & Ross, H.L., 'Jail sentences for driving while intoxicated in Chicago: a judicial policy that failed', *Law & Society Review* 1973, p. 55-68.
- Robinson, P.H., 'Criminal law defenses: a systematic analysis', *Columbia Law Review* 1982, p. 199-291.
- Robinson, P.H., *Criminal law defenses. Volume 1*, St. Paul: West Publishing Co. 1984.
- Robinson, P.H., *Criminal law defenses. Volume 2*, St. Paul: West Publishing Co. 1984.
- Robinson, P.H., 'Causing the conditions of one's own defense: a study in the limits of theory in criminal law doctrine', *Virginia Law Review* 1985, p. 1-63.
- Robinson, P.H., 'Desert, crime control, disparity, and units of punishment', in: Duff, R.A., Marshall, S., Emerson-Dobash, R. & Dobash, R.P. (red.), *Penal theory and practice. Tradition and innovation in criminal justice*, Manchester: Manchester University Press 1994, p. 93-107.
- Robinson, P.H., 'The criminal-civil distinction and the utility of desert', *Boston University Law Review* 1996, p. 201-214.
- Robinson, P.H., 'Fair notice and fair adjudication: two kinds of legality', *University of Pennsylvania Law Review* 2005, p. 335-398.

- Robinson, P.H. & Darley, J.M., *Justice, liability, and blame. Community views and the criminal law*, Boulder: Westview Press 1995.
- Robinson, P.H. & Darley, J.M., 'The utility of desert', *Northwestern University Law Review* 1997, p. 453-499.
- Robinson, P.H. & Darley, J.M., 'Testing competing theories of justification', *North Carolina Law Review* 1998, p. 1095-1143.
- Robinson, P.H. & Darley, J.M., 'The role of deterrence in the formulation of criminal law rules: at its worst when doing its best', *Georgetown Law Journal* 2003, p. 949-1002.
- Robinson, P.H. & Dubber, M.D., 'The American Model Penal Code: a brief overview', <<http://ssrn.com/abstract=661165>>, publicatie 2006.
- Roef, D. & De Roos, T., 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in Nederland: rechtstheoretische beschouwingen bij enkele praktische knelpunten', in: Faure, M. & Schwarz, K. (red.), *De strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn bestuurders*, Groningen: Intersentia 1998, p. 49-121.
- Rogers, W.V.H., *Winfield and Jolowicz on tort*, London: Sweet & Maxwell 1984.
- Rojczczak, A. & Smith, B., 'Theories of judgement', in: Baldwin, T. (red.), *The Cambridge history of philosophy 1870-1945*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 157-173.
- Rollinger, R.D., 'Brentano and Husserl', in: Jacquette, D. (red.), *The Cambridge companion to Brentano*, Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 255-276.
- Rosen, F., 'Utilitarianism and the punishment of the innocent: the origins of a false doctrine', *Utilitas* 1997, p. 23-37.
- Ross, H.L., 'The Scandinavian myth: the effectiveness of drinking-and-driving legislation in Sweden and Norway', *Journal of Legal Studies* 1975, p. 285-310.
- Ross, H.L., 'The neutralization of severe penalties: some traffic law studies', *Law & Society Review* 1976, p. 403-413.
- Ross, H.L., *Detering the drinking driver. Legal policy and social control*, Lexington: D.C. Heath and Company 1982.
- Ross, L. & Nisbett, R.E., *The person and the situation. Perspectives of social psychology*, New York: McGraw-Hill 1991.
- Roxin, K., 'Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht', in: Kaufmann, A., Bemann, G., Krauss, D. & Volk, K. (red.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, München: Verlag C.H. Beck 1979, p. 279-309.
- Rozemond, K., *Strafvorderlijke rechtswinding*, Deventer: Gouda Quint 1998.
- Rozemond, K., 'Legaliteit in het materiële strafrecht', *Themis* 1999, p. 117-130.

- Russell, B., 'Analogy', in: Buford, T.O. (red.), *Essays on other minds*, Chicago: University of Illinois Press 1970, p. 3-8.
- Rutgers, P.S.J., *Schuld en verkeer. Beschouwing over de strafwaardigheid van de onbewuste schuld, in het bijzonder bij verkeersdelicten*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1960.
- Ryle, G., *The concept of mind*, London: Hutchinson 1949.
- Salvatori, P.E., 'Criminal law – criminal negligence – punishment', *Canadian Bar Review* 1980, p. 660-673.
- SARTRE, 'European drivers and road risk. Part 1. Report on principal analyses', <<http://sartre.inrets.fr/documents-pdf/repS3V1E.pdf>>, publicatie 2004.
- Sayre-McCord, G., 'Criminal justice and legal reparations as an alternative to punishment', *Philosophical Issues* 2001, p. 502-529.
- Scalia, A., 'The rule of law as a law of rules', *University of Chicago Law Review* 1989, p. 1175-1188.
- Scalia, A., 'Common-law courts in a civil-law system: the role of United States Federal Courts in interpreting the Constitution and laws', in: Gutmann, A. (red.), *A matter of interpretation. Federal courts and the law*, Princeton: Princeton University Press 1997, p. 3-47.
- Scanlon, T.M., 'The significance of choice', in: McMurrin, S.M. (red.), *The Tanner lectures on human values. Vol. 8*, Salt Lake City: University of Utah Press 1988, p. 149-216.
- Scanlon, T.M., 'Punishment and the rule of law', in: Scanlon, T.M., *The difficulty of tolerance. Essays in political philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 219-233.
- Schauer, F., 'Formalism', *Yale Law Journal* 1988, p. 509-548.
- Schauer, F., 'Statutory construction and the coordinating function of plain meaning', *Supreme Court Review* 1990, p. 231-256.
- Schauer, F., *Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*, Oxford: Clarendon Press 1991.
- Schauer, F., 'Rules and the rule of law', *Harvard Journal of Law and Public Policy* 1991, p. 645-694.
- Schauer, F., 'The occasions of constitutional interpretation', *Boston University Law Review* 1992, p. 729-746.
- Schauer, F., 'The practice and problems of plain meaning: a response to Al-einikoff and Shaw', *Vanderbilt Law Review* 1992, p. 715-741.
- Schauer, F., 'The tyranny of choice and the rulification of standards', *Journal of Contemporary Legal Issues* 2005, p. 803-814.
- Schedler, G., 'Can retributivists support legal punishment?', *Monist* 1980, p. 185-198.

- Scheffler, S., 'Rawls and utilitarianism', in: Freeman, S. (red.), *The Cambridge companion to Rawls*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 426-459.
- Schlegel, K., 'Desert, retribution, and corporate criminality', *Justice Quarterly* 1988, p. 615-634.
- Schmidhäuser, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1982.
- Schnitker, R.M., *De handhaving van de veiligheid van de luchtvaart in de Nederlandse rechtsorde, mede in relatie tot internationale en Europese regelgeving*, z.p.: z.u. 2006.
- Scholten, P., *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.
- Schopp, R.F., *Automatism, insanity, and the psychology of criminal responsibility. A philosophical inquiry*, Cambridge: Cambridge University Press 1991.
- Schröder, H., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München: Beck 1970.
- Schuhmann, K., 'Brentano's impact on twentieth-century philosophy', in: Jacqueline, D. (red.), *The Cambridge companion to Brentano*, Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 277-297.
- Schuhmann, K. & Smith, B., 'Adolf Reinach: an intellectual biography', in: Mulligan, K. (red.), *Speech act and Sachverhalt. Reinach and the foundations of realist phenomenology*, Dordrecht: Nijhoff 1987, p. 3-27.
- Schulhofer, S.J., 'Harm and punishment: a critique of emphasis on the results of conduct in the criminal law', *University of Pennsylvania Law Review* 1974, p. 1497-1607.
- Searle, J.R., *Intentionality. An essay in the philosophy of mind*, Cambridge: Cambridge University Press 1983.
- Searle, J.R., 'Response: the Background of intentionality and action', in: Lepore, E. & Van Gulick, R. (red.), *John Searle and his critics*, Oxford: Basil Blackwell 1991, p. 289-299.
- Searle, J.R., *The rediscovery of the mind*, Cambridge: MIT Press 1992.
- Seavey, W.A., 'Negligence – subjective or objective?', *Harvard Law Review* 1927, p. 1-28.
- Sebba, L., 'Is mens rea a component of perceived offense seriousness?', *Journal of Criminal Law and Criminology* 1980, p. 124-135.
- Seidelson, D.E., 'Reasonable expectations and subjective standards in negligence law: the minor, the mentally impaired, and the mentally incompetent', *George Washington Law Review* 1981, p. 17-46.
- Seidman, L.M., 'Soldiers, martyrs, and criminals: utilitarian theory and the problem of crime control', *Yale Law Journal* 1984, p. 315-349.
- Sendor, B.B., 'Restorative retributivism', *Journal of Contemporary Legal Issues* 1994, p. 323-363.

- Shachar, Y., 'Comment', in: Gavison, R. (red.), *Issues in contemporary legal philosophy. The influence of H.L.A. Hart*, Oxford: Clarendon Press 1987, p. 238-244.
- Shachar, Y., 'The fortuitous gap in law and morality', *Criminal Justice Ethics* 1987, p. 12-36.
- Shapiro, D.L., 'Continuity and change in statutory interpretation', *New York University Law Review* 1992, p. 921-960.
- Shavell, S., 'Criminal law and the optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent', *Columbia Law Review* 1985, p. 1232-1262.
- Shavell, S., 'Deterrence and the punishment of attempts', *Journal of Legal Studies* 1990, p. 435-466.
- Shavell, S., 'A note on marginal deterrence', *International Review of Law and Economics* 1992, p. 345-355.
- Shavell, S., 'Law versus morality as regulators of conduct', *American Law and Economic Review* 2002, p. 227-257.
- Sidgwick, H., *The methods of ethics*, Indianapolis: Hackett 1981.
- Sieburgh, C.H., *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2000.
- Siegel, J.R., 'The polymorphic principle and the judicial role in statutory interpretation', *Texas Law Review* 2005, p. 339-394.
- Sikkema, E., 'Weten en begrijpen: onbegrijpelijke begrippen? Beschouwingen naar aanleiding van HR 16 maart 1999, NJ 1999, 370', *Delikt en Delinkwent* 1999, p. 998-1015.
- Sikkema, E., *Ambtelijke corruptie in het strafrecht. Een studie over omkoping en andere ambtsdelicten*, z.p.: Boom Juridische Uitgevers 2005.
- Simester, A.P., 'Why distinguish intention from foresight?', in: Simester, A.P. & Smith, A.T.H. (red.), *Harm and culpability*, Oxford: Clarendon Press 1996, p. 71-101.
- Simon, R.J., 'Beyond a reasonable doubt' – an experimental attempt at quantification', *Journal of Applied Behavioral Science* 1970, p. 203-209.
- Simon, R.J. & Mahan, L., 'Quantifying burdens of proof. A view from the bench, the jury, and the classroom', *Law & Society Review* 1971, p. 319-330.
- Simons, K.W., 'Rethinking mental states', *Boston University Law Review* 1992, p. 463-554.
- Simons, K.W., 'Culpability and retributive theory: the problem of criminal negligence', *Journal of Contemporary Legal Issues* 1994, p. 365-398.
- Simons, K.W., 'The relevance of community values to just deserts: criminal law, punishment rationales, and democracy', *Hofstra Law Review* 2000, p. 635-667.

- Simons, K.W., 'Dimensions of negligence in criminal and tort law', *Theoretical Inquiries in Law* 2002, p. 283-331.
- Simons, K.W., 'Does punishment for 'culpable indifference' simply punish for 'bad character'? Examining the requisite connection between mens rea and actus reus', *Buffalo Criminal Law Review* 2002, p. 219-315.
- Simons, K.W., 'Should the Model Penal Code's mens rea provisions be amended?', *Ohio State Journal of Criminal Law* 2003, p. 179-205.
- Simons, P., 'Introduction to the second edition', in: Brentano, F., *Psychology from an empirical standpoint*, New York: Routledge 1997, p. xiii-xxii.
- Sjöberg, S.M., 'Rechtsbescherming van de kentekenhouder verkwanseld? De 'zwijgplicht' van artikel 5 jo. artikel 8 WAHV', *Nederlands Juristenblad* 1994, p. 433-436.
- Sleutels, J., 'Intentionaliteit', *Wijsgerig Perspectief op Maatschappij en Wetenschap* 2001, p. 17-29.
- Slote, M., 'Induction and other minds', in: Buford, T.O. (red.), *Essays on other minds*, Chicago: University of Illinois Press 1970, p. 45-66.
- Sluyters, B., 'Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland', in: Sluyters, B. e.a., *Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland en de relatie ziekenfonds-arts-patiënt*, Deventer: Kluwer 1974, p. 7-59.
- Sluyters, B., *De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis*, Deventer: Kluwer 1984.
- Sluyters, B., 'De gezondheidszorg en het strafrecht. De delicten; bewijsproblemen. Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht', in: Sluyters, B. & Feber, H.R.G., *De gezondheidszorg en het strafrecht. Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht 14 april 1989*, z.p.: Vereniging voor Gezondheidsrecht 1989, p. 4-78.
- Smart, J.J.C., 'The methods of ethics and the methods of science', *Journal of Philosophy* 1965, p. 344-349.
- Smart, J.J.C., 'An outline of a system of utilitarian ethics', in: Smart, J.J.C. & Williams, B., *Utilitarianism. For and against*, Cambridge: Cambridge University Press 1973, p. 1-74.
- Smeehuijzen, J.L., 'Strafrechtelijke vervolging van medisch beroepsbeoefenaren wegens dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld: uiterste terughoudendheid gepast', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2000, p. 362-374.
- Smidt I. Smidt, H.J., *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde be- raadslagingen, enz. Bijeengebracht en gerangschikt door Mr. H. J. Smidt. Tweede druk, herzien en aangevuld met de wijzigingen, door Mr. J. W. Smidt. Eerste deel*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.
- Smidt II. Smidt, H.J., *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde be-*

- raadslagingen, enz. Bijeengebracht en gerangschikt door Mr. H. J. Smidt. Tweede druk, herzien en aangevuld met de wijzigingen, door Mr. J. W. Smidt. Tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.*
- Smidt III. Smidt, H.J., *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde be- raadslagingen, enz. Bijeengebracht en gerangschikt door Mr. H. J. Smidt. Tweede druk, herzien en aangevuld met de wijzigingen, door Mr. J. W. Smidt. Derde deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1892.*
- Smith, A.C. & Greene, E., 'Conduct and its consequences: attempts at debiasing jury judgments', *Law and Human Behavior* 2005, p. 505-526.
- Smith, B., 'Introduction to Adolf Reinach. On the theory of the negative judgment', in: Smith, B. (red.), *Parts and moments. Studies in logic and formal ontology*, München: Philosophia Verlag 1982, p. 289-313.
- Smith, B., 'On the cognition of states of affairs', in: Mulligan, K. (red.), *Speech act and Sachverhalt. Reinach and the foundations of realist phenomenology*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1987, p. 189-225.
- Smith, B., *Austrian philosophy. The legacy of Franz Brentano*, Chicago: Open Court 1994.
- Smith, H., 'Culpable ignorance', *Philosophical Review* 1983, p. 543-571.
- Smith, K.J.M., 'Duress and steadfastness: in pursuit of the unintelligible', *Criminal Law Review* 1999, p. 366-376.
- Smith, M.B.E., 'Is there a prima facie obligation to obey the law?', *Yale Law Journal* 1973, p. 950-976.
- Snijders, H.J., *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter. Een kwantitatief rechtspraakonderzoek bij de Hoge Raad en de Gerechtshoven*, Deventer: Kluwer 1978.
- Solan, L.M., *The language of judges*, Chicago: University of Chicago Press 1993.
- Solan, L.M., 'Law, language, and lenity', *William and Mary Law Review* 1998, p. 57-144.
- Spek, A.C.E., 'Causaliteit bij voorrangsongevallen', *Verkeersrecht* 2007, p. 38-39.
- Spek, A.C.E., Wieringa, P.A. & Janssen, W.H., 'Intersection approach speed and accident probability', *Transportation Research Part F: Psychology and Behaviour* 2006, p. 155-171.
- Spencer, J.R., 'Insanity and mens rea', *Cambridge Law Journal* 2000, p. 9-11.
- Sprigge, T.L.S., 'A utilitarian reply to dr. McCloskey', *Inquiry* 1965, p. 264-291.
- Spruit, J.E., Feenstra, R. & Wubbe, F.B.J. (red.), *Corpus Iuris Civilis. Tekst en vertaling. VI. Digesten 43-50*, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2001.

- Staplin, L., 'Simulator and field measures of driver age differences in left-turn gap judgments', *Transportation Research Record* 1995, p. 49-55.
- Starr, K.W., 'Observations about the use of legislative history', *Duke Law Journal* 1987, p. 371-379.
- Steinberger, P.J., 'Hegel on crime and punishment', *American Political Science Review* 1983, p. 858-870.
- Sterba, J.P., 'Retributive justice', *Political Theory* 1977, p. 349-362.
- Sterba, J.P., 'Social contract theory and ordinary justice', *Political Theory* 1981, p. 111-112.
- Sterba, J.P., 'Is there a rationale for punishment?', *American Journal of Jurisprudence* 1984, p. 29-43.
- Sterba, J.P., 'A rational choice theory of punishment', *Philosophical Topics* 1990, p. 171-181.
- Stick, J., 'Literary imperialism: assessing the results of Dworkin's interpretative turn in law's empire', *LA Law Review* 1986, p. 371-417.
- Stigler, G.J., 'The optimum enforcement of laws', *Journal of Political Economy* 1970, p. 526-536.
- Stolker, C.J.J.M., *Aansprakelijkheid van de arts in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, Deventer: Kluwer 1988.
- Stolker, C.J.J.M., 'Nederlandse toestanden? Medische aansprakelijkheid en de Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst', *Verkeersrecht* 1996, p. 1-8.
- Strijards, G.A.M., *Facetten van dwaling in het strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1983.
- Strijards, G.A.M., *Strafuitsluitingsgronden*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.
- Strijards, G.A.M., *Aansprakelijkheidsgronden*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988.
- Strijards, G.A.M., *Hoofdstukken van materieel strafrecht*, Utrecht: Lemma 1992.
- Stuart, J.D., 'Deterrence, desert, and drunk driving', *Public Affairs Quarterly* 1989, p. 105-115.
- Sverdlik, S., 'Crime and moral luck', in: Statman, D. (red.), *Moral luck*, Albany: State University of New York Press 1993, p. 181-194.
- Swanson, J.W., Borum, R., Swartz, M.S. & Monahan, J., 'Psychotic symptoms and disorders and the risk of violent behaviour in the community', *Criminal Behaviour and Mental Health* 1996, p. 309-329.
- Swiggers, P., *Frege's 'Over betekenis en verwijzing'. Inleiding, vertaling en bibliografie*, Amersfoort: Acco 1984.
- Taat, J.F., *Beschouwingen over tuchtrecht*, z.p.: z.u. 1948.
- Taylor, J.L., 'Medical negligence', in: Taylor, J.L. (red.), *Medical malpractice*, John Wright & Sons: Bristol 1980, p. 28-58.

- Taylor, M.C., 'The speeds of vehicles which are involved in fatal accidents', *Traffic Engineering and Control* 2001, p. 44-48.
- Taylor, M.C., Baruya, A. & Kennedy, J.V., *The relationship between speed and accidents on rural single-carriageway roads*, Crowthorne: Transport Research Laboratory 2002.
- Taylor, M.C., Lynam, D.A. & Baruya, A., *The effects of drivers' speed on the frequency of road accidents*, Crowthorne: Transport Research Laboratory 2000.
- Tekst en commentaar strafrecht. Cleiren, C.P.M. & Nijboer, J.F. (red.), *Strafrecht tekst & commentaar*, Deventer: Kluwer 2006.
- Ten, C.L., *Crime, guilt, and punishment. A philosophical introduction*, Oxford: Clarendon Press 1987.
- Ter Heide, J., *Vrijheid. Over de zin van de straf*, Den Haag: Bert Bakker 1965.
- Thode, E.W., 'The indefensible use of the hypothetical case to determine cause in fact', *Texas Law Review* 1968, p. 423-435.
- Thomas, J., 'Mill's argument for other minds', *British Journal for the History of Philosophy* 2001, p. 507-523.
- Thompson, B.A., 'Final exit: should the double effect rule regarding the legality of euthanasia in the United Kingdom be laid to rest?', *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2000, p. 1035-1077.
- Thompson, D.F., 'Retribution and the distribution of punishment', *Philosophical Quarterly* 1966, p. 59-63.
- Thomson, J.F., 'The argument from analogy and our knowledge of other minds', *Mind* 1951, p. 336-350.
- Thomson, J.J., *The realm of rights*, Cambridge: Harvard University Press 1990.
- Thomson, J.J., 'Morality and bad luck', in: Statman, D. (red.), *Moral luck*, Albany: State University of New York Press 1993, p. 195-215.
- Tonry, M., 'Proportionality, parsimony, and interchangeability of punishments', in: Duff, R.A., Marshall, S., Emerson-Dobash, R. & Dobash, R.P. (red.), *Penal theory and practice. Tradition and innovation in criminal justice*, Manchester: Manchester University Press 1994, p. 59-83.
- Torrington, R.A., *Strafbaarheid van rechtspersonen*, Arnhem: Gouda Quint 1984.
- Travers, M.L., 'Mistake of law in mala prohibita crimes', *University of Chicago Law Review* 1995, p. 1301-1331.
- Tromble, K.R., 'Humpty Dumpty on mens rea standards: a proposed methodology for interpretation', *Vanderbilt Law Review* 1999, p. 521-556.
- Tuinier, S., *De psychiater en de wilde man. Een veldstudie over de relatie psychiatrisch syndroom en criminaliteit*, z.p.: z.u. 1989.
- Tunick, M., *Punishment: theory and practice*, Berkeley: University of California Press 1992.

- Turner, J.W.C., 'The mental element in crimes at common law', in: Radzi-
nowicz, L. & Turner, J.W.C. (red.), *The modern approach to criminal law*,
London: Macmillan 1948, p. 195-261.
- Twardowski, K., *On the content and object of presentations. A psychological
investigation*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1977.
- Twardowski, K., *Zur Lehre vom Inhalt und Gegenstand der Vorstellungen.
Eine psychologische Untersuchung*, München: Philosophia Verlag 1982.
- Twining, W., *Rethinking evidence. Exploratory essays*, Evanston: Northwest-
ern University Press 1994.
- Tyler, T.R., *Why people obey the law*, New Haven: Yale University Press 1990.
- Tyler, T.R., 'Public mistrust of the law: a political perspective', *University of
Cincinnati Law Review* 1998, p. 847-875.
- Tyler, T.R., 'Trust and law abidingness: a proactive model of social regulation',
Boston University Law Review 2001, p. 361-406.
- Tyler, T.R., 'Psychological perspectives on legitimacy and legitimation', *Annual
Review of Psychology* 2006, p. 375-400.
- Tyler, T.R. & Boeckmann, R.J., 'Three strikes and you are out, but why? The
psychology of public support for punishing rulebreakers', *Law & Society
Review* 1997, p. 237-266.
- Tyler, T.R. & Darley, J.M., 'Building a law-abiding society: taking public views
about morality and the legitimacy of legal authorities into account when
formulating substantive law', *Hofstra Law Review* 2000, p. 707-739.
- Tyler, T.R. & Huo, Y.J., *Trust in the law. Encouraging public cooperation with
the police and courts*, New York: Russell Sage Foundation 2002.
- Urban Walker, M., 'Moral luck and the virtues of impure agency', in: Statman,
D. (red.), *Moral luck*, Albany: State University of New York Press 1993, p.
235-250.
- Van Aquino, T., *Theologische Summa van den H. Thomas van Aquino. XV.
Over de rechtvaardigheid I. (II-II Q. 57-66.)*, Antwerpen: Geloofsverdedi-
ging 1940.
- Van Baaren, R., 'Brentano's intentionaliteitsbegrip en het ontstaan van de psy-
chologie als wetenschap', *Algemeen Nederlands Tijdschrift voor Wijsbe-
geerte* 1996, p. 136-147.
- Van Bemmelen, J.M., 'Over toerekeningsvatbaarheid', *Tijdschrift voor Straf-
recht* 1956, p. 75-101.
- Van Bemmelen, J.M., 'Overmacht, afwezigheid van alle schuld en culpoos han-
delen', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1962, p. 113-126.
- Van Boom, W.H., *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht*, Den
Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

- Van Dale groot woordenboek der Nederlandse taal. Geerts, G. & Den Boon, T. (red.), *Van Dale groot woordenboek der Nederlandse taal*, Utrecht: Van Dale Lexicografie 1999.
- Van Dam, C.C., 'De Hoge Raad op zoek naar de perfecte automobilist. Drie recente arresten: H.R. 26-03-1982, V.R. 1982, 51; H.R. 11-11-1983, V.R. 1984, 56 en H.R. 10-08-1984, V.R. 1985, 56', *Verkeersrecht* 1985, p. 261-264.
- Van Dam, M., *Verkeersongevallen. Een rechtseconomisch, empirisch en positiefrechtelijk onderzoek naar de werking van aansprakelijkheid, verzekering en veiligheidsregulering in het verkeer*, z.p.: Boom 2001.
- Van den Bosch, R.J., 'Schizofrenie en andere psychotische stoornissen', in: Vandereycken, W., Hoogduin, C.A.L. & Emmelkamp, P.M.G. (red.), *Handboek psychopathologie deel 1*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 1994, p. 115-163.
- Van den Brink, W. & Van der Velden, K., 'Persoonlijkheidsstoornissen', in: Vandereycken, W., Hoogduin, C.A.L. & Emmelkamp, P.M.G. (red.), *Handboek psychopathologie deel 1*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 1994, p. 351-384.
- Van der Ploeg, P.A., *Opvoeding en politiek in de overleg-democratie. Democratische verdeling en normering van pedagogische autoriteit*, Utrecht: z.u. 1995.
- Van Eck, D., *Het verantwoordelijkheidsbegrip en de moderne psychiatrische en psychologische rapportage*, Amsterdam: N.V. Uitg. en Drukkers Mij. van F. van Rossen 1959.
- Van Eck, D., 'Enkele gedachten over het schuld misdrijf', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1966, p. 113-128.
- Van Eck, D., 'De rechtspraak over causaliteit en aansprakelijkheid voor gevolgen in het strafrecht', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1967, p. 169-226.
- Van Hamel, G.A. & Noyon, T.J., *Mr. M. Schooneveld. Het Wetboek van Strafrecht (Code Pénal). Met aantekeningen. Vierde uitgave*, 's-Gravenhage: Gebroeders Belinfante 1876.
- Van Marle, H.J.C., 'Het strafrechtelijk psychiatrisch gedragskundigenonderzoek', in: Raes, B.C.M. & Bakker, F.A.M. (red.), *De psychiatrie in het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 77-97.
- Van Panhuis, P.J.A., *De psychotische patiënt in de TBS van kwaad tot erger. Een forensisch-psychiatrische studie*, Deventer: Gouda Quint 1997.
- Van Rest, P.H.S., *Het ambtelijk bevel als strafuitsluitingsgrond. Beschouwingen over art. 43 Sr*, Arnhem: Gouda Quint 1991.
- Van Schellen, J., *Juridische causaliteit. Een onderzoek naar het oorzakelijkheidsvereiste in het civiele aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 1972.

- Van Sloun, T.H.J.G., *De schuldvraag in het kinderstrafrecht. Een onderzoek naar schuld als strafrecht dogmatische voorwaarde voor strafbaarheid vanuit een contradictoir perspectief*, Arnhem: Gouda Quint 1988.
- Van Strien, A.L.J., *De rechtspersoon in het strafproces. Een onderzoek naar de procesrechtelijke aspecten van de strafbaarheid van rechtspersonen*, Den Haag: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1996.
- Van Tulder, F., 'Straftoemeting bij schuld in het verkeer: een empirische analyse', *Trema* 2003, p. 81-87.
- Van Veen, T.W., *Generale preventie*, Den Haag: D.A. Daamen's Uitgeversmaatschappij 1949.
- Van Veen, T.W., 'Ongeschreven strafuitsluitingsgronden', *Delikt en Delinkwent* 1978, p. 508-523.
- Van Veen, T.W., 'Het stelsel der excepties', in: Balkema, J.P. e.a. (red.), *Gedenkbok honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 349-361.
- Van Zuuren, F.J., 'Kwalitatieve onderzoeksmethoden', in: Van Strien, P.J. & Van Rappard, J.F.H. (red.), *Grondvragen van de psychologie. Een handboek grondvragen en theorie*, Assen: Van Gorcum 1990, p. 292-306.
- Van, A.J., *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit. Drie visies op civielrechtelijke aansprakelijkheid, meerdaderschap en multi-causaliteit*, Arnhem: Gouda Quint 1995.
- Vasey, C.R., *The concept of intentionality in the work of Brentano, Frege and Husserl*, z.p.: z.u. 1984.
- Vellinga, W.H., *Gevaar en schuld op de weg. De artt. 25 en 36 Wegenverkeerswet onderzocht*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1979.
- Vellinga, W.H., *Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld*, Arnhem: Gouda Quint 1982.
- Vincent, C., Stanhope, N. & Crowley-Murphy, M., 'Reasons for not reporting adverse incidents: an empirical study', *Journal of Evaluation in Clinical Practice* 1999, p. 13-21.
- Von Hirsch, A., *Doing justice. The choice of punishments*, New York: Hill and Wang 1976.
- Von Hirsch, A., 'Desert and previous convictions in sentencing', *Minnesota Law Review* 1981, p. 591-634.
- Von Hirsch, A., 'Desert and white-collar criminality: a response to dr. Braithwaite', *Journal of Criminal Law and Criminology* 1982, p. 1164-1175.
- Von Hirsch, A., 'Equality, 'anisonomy,' and justice: a review of 'Madness and the criminal law'', *Michigan Law Review* 1984, p. 1093-1112.
- Von Hirsch, A., *Past or future crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, New Brunswick: Rutgers University Press 1985.

- Von Hirsch, A., 'Proportionality in the philosophy of punishment: from 'why punish?' to 'how much?''', *Criminal Law Forum* 1990, p. 259-290.
- Von Hirsch, A., 'Selective incapacitation: some doubts', in: Von Hirsch, A. & Ashworth, A.J. (red.), *Principled sentencing*, Boston: Northeastern University Press 1992, p. 158-164.
- Von Hirsch, A., *Censure and sanctions*, Oxford: Clarendon Press 1993.
- Von Hirsch, A., 'Extending the harm principle: 'remote' harms and fair imputation', in: Simester, A.P. & Smith, A.T.H. (red.), *Harm and culpability*, Oxford: Clarendon Press 1996, p. 259-276.
- Von Hirsch, A. & Jareborg, N., 'Provocation and culpability', in: Schoeman, F. (red.), *Responsibility, character, and the emotions. New essays in moral psychology*, Cambridge: Cambridge University Press 1987, p. 241-255.
- Von Hirsch, A. & Jareborg, N., 'Gauging criminal harm: a living-standard analysis', *Oxford Journal of Legal Studies* 1991, p. 1-38.
- Von Winterfeldt, D. & Edwards, W., *Decision analysis and behavioral research*, Cambridge: Cambridge University Press 1986.
- Vranken, J.B.M., *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
- Vrij, M.P., 'Ontwikkeling van het schuldbegrip in een halve eeuw Strafwetboek', in: Vrij, M.P., *Professor mr. M.P. Vrij. Verzameling uit zijn geschriften op het gebied van strafrecht en criminologie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1956, p. 269-284.
- Wald, P.M., 'Some observations on the use of legislative history in the 1981 Supreme Court term', *Iowa Law Review* 1983, p. 195-216.
- Walker, N., 'Punishing, denouncing or reducing crime?', in: Glazebrook, P.R. (red.), *Reshaping the criminal law. Essays in honour of Glanville Williams*, London: Stevens & Sons 1978, p. 391-403.
- Walker, N., 'Unscientific, unwise, unprofitable or unjust?', *British Journal of Criminology, Delinquency and Deviant Social Behaviour* 1982, p. 276-284.
- Walker, N., *Sentencing. Theory, law and practice*, London: Butterworths 1985.
- Walker, N., *Why punish?*, Oxford: Oxford University Press 1991.
- Walster, E., 'Assignment of responsibility for an accident', *Journal of Personality and Social Psychology* 1966, p. 73-79.
- Walzer, M., *Just and unjust wars. A moral argument with historical illustrations*, New York: Basic Books 2000.
- Wasserstrom, R.A., 'H.L.A. Hart and the doctrines of *mens rea* and criminal responsibility', *University of Chicago Law Review* 1966, p. 92-126.
- Weiss, D.M., 'Scope, mistake, and impossibility: the philosophy of language and problems of *mens rea*', *Columbia Law Review* 1983, p. 1029-1064.
- Wertheimer, A., *Coercion*, Princeton: Princeton University Press 1987.

- Wijshoff-Vogelzang, R.L.M., *Arts-patiënt. Enige juridische aspecten van hun relatie*, Deventer: Kluwer 1984.
- Wiktionary. Zie voor 'Humpty Dumptyism':
<http://en.wiktionary.org/wiki/Transwiki:Humpty_Dumptyism>, geraadpleegd op 20 februari 2008.
- Wiley, J.S., 'Not guilty by reason of blamelessness: culpability in federal criminal interpretation', *Virginia Law Review* 1999, p. 1021-1162.
- Willeme, F.P.M., *Overmacht in het strafrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1980.
- Williams, B., 'Moral luck', in: Williams, B., *Moral luck. Philosophical papers 1973-1980*, Cambridge: Cambridge University Press 1981, p. 20-39.
- Williams, G., 'Blame and responsibility', *Ethical Theory and Moral Practice* 2003, p. 427-445.
- Williams, G.L., *The sanctity of life and the criminal law*, London: Faber and Faber 1958.
- Williams, G.L., *Criminal law. The general part*, London: Stevens & Sons 1961.
- Williams, G.L., *The mental element in crime*, Jerusalem: Magnes Press 1965.
- Witteveen, W.J., *De retoriek in het recht. Over retorica en interpretatie, staatsrecht en democratie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.
- Wittgenstein, L., *Filosofische onderzoekingen*, Boom: Meppel 1992.
- Würfel, J., *Rechtmäßiges Alternativverhalten und Risikoerhöhung im Strafrecht*, Göttingen: z.u. 1971.
- Zaibert, L.A., 'Intentionality, voluntariness, and culpability: a historical-philosophical analysis', *Buffalo Criminal Law Review* 1998, p. 459-500.
- Zaibert, L.A., 'Intentionality and wickedness', in: Haybron, D.M. (red.), *Earth's abominations. Philosophical studies of evil*, Amsterdam: Rodopi 2002, p. 33-49.
- Zaibert, L.A., *Five ways Patricia can kill her husband. A theory of intentionality and blame*, Chicago: Open Court 2005.
- Zalta, E.N., 'Gottlob Frege', in: Zalta, E.N. (red.), *The Stanford encyclopedia of philosophy*, <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2007/entries/frege>>, publicatie 2007.
- Zimmer, A.C., 'Verbal vs. numerical processing of subjective probabilities', in: Scholz, R.W. (red.), *Decision making under uncertainty. Cognitive decision research. Social interaction. Development and epistemology*, Amsterdam: North-Holland 1983, p. 159-182.
- Zimmerman, M.J., 'Negligence and moral responsibility', *Noûs* 1986, p. 199-218.
- Zimmerman, M.J., 'Luck and moral responsibility', *Ethics* 1987, p. 374-386.

Abstract

Rethinking criminal responsibility. On intent, recklessness, negligence, excuses, and punishment

The foundation of this book is a Rawlsian thought experiment. Rawlsian choosers, who are behind a veil of ignorance, are asked to devise a fair system of criminal law. It is hypothesized that prevention of crime will be the General Justifying Aim of punishment. Furthermore, it is maintained that ‘control’ is an essential factor in determining the liability to punishment and the severity of punishment. This system, in which the aim of prevention is limited by the amount of control of the defendant, is neither retributive nor utilitarian. It is argued that criminal responsibility should be justified by the control principle. The control principle states that excuses should afford citizens a fair opportunity to determine their liability to criminal punishment.

The Rawlsian and Hartian control principle is applied to the interpretation of negligence, duress, provocation, and insanity. With regard to negligence it is maintained that the control principle can be actualized in three ways. (1) Negligence should require a *gross* deviation from the standard of care that a reasonable person would observe. (2) Individualized circumstances, such as mental or physical disabilities, age, or lack of experience, should be allowed to negate liability. (3) Negligence should be primarily limited to conscious negligence, in which liability is based on a conscious rule violation. These three points are all the more important since it is argued that psychological biases will cause judges to overestimate the amount of control of the defendant.

The last chapter is about the interpretation of ‘opzet’—the most important *mens rea* concept in Dutch criminal law. ‘Opzet’ encompasses the American legal concepts of purposely, knowingly, and recklessly. A person acts with ‘opzet’ when he consciously disregards a substantial risk that he will cause a certain result. Some Dutch scholars maintain that ‘opzet’ does not refer to a mental state of the defendant. I argue extensively that this view should be rejected. The latter part of the chapter concerns the question of how the mental act of ‘opzet’ should be classified. Dutch scholars have traditionally held that ‘opzet’ consists of belief and desire. I argue that desire is not necessary for ‘opzet’. Brentano’s view that mental acts can be categorized into three distinct classes—presentations, judgments, and phenomena of love and hate (feeling *and* willing)—is used as an analytical tool. I maintain that the defendant’s judgment regarding the object of the mental act (i.e.: ‘I believe my action might kill that person’) is a sufficient condition for ‘opzet’. This interpretation is partly justified by the fact that cognition is a sufficient condition for control. A defendant who knows his action or omission might cause a result has—save excuses—an excellent opportunity to prevent the outcome.