

143 Dodingsopzet in het verkeer

Een bespreking van A.A. van Dijk, *Opzet, kans en keuzes*, Zutphen 2017

Prof. mr. F. de Jong *

1. Een analyse van doodslag in het verkeer

In 2017 verscheen bij uitgeverij Paris het boek *Opzet, kans en keuzes. Een analyse van doodslag in het verkeer* van de hand van Alwin van Dijk. Het is een indrukwekkend boek; indrukwekkend niet alleen vanwege de lijvige omvang van het werk, maar vooral vanwege de resultaten van het door de auteur verrichte denkwerk die de lezer op de ruim vijfhonderd bladzijden voorgeschoteld krijgt. Het boek behandelt en analyseert vanuit verschillende perspectieven het verschijnsel van (poging tot) doodslag in het verkeer. Aangrijpingspunt voor de beschouwingen over dit fenomeen is de *cause célèbre* van het Porsche-arrest uit 1996,¹ waarin, zoals bekend, de Hoge Raad 's hofs voor doodslag veroordelend arrest vernietigde op grond van een motiveringsgebrek: het hof had ten onrechte in zijn bewijsmotivering geen acht geslagen op de door de Hoge Raad als ervaringsregel geponeerde psychologische veronderstelling dat het onwaarschijnlijk is dat de verdachte met zijn handelwijze bewust de aanmerkelijke kans had aanvaard op, niet alleen de dood van de vijf te betreuren slachtoffers, maar ook zijn eigen dood.

Kort na dit arrest zijn door de wetgever de maximumstraffen op varianten van het culpoze gevolgsdelict van art. 6 WVV fors verhoogd, hetgeen aanleiding kan geven tot het vermoeden dat voor een adequate bestraffing van verkeersgedragingen als waarvan in de Porsche-zaak sprake was, aan een 'opschaling' naar het commune delict (poging tot) doodslag niet of nauwelijks nog behoefte bestaat. Van Dijk constateert evenwel dat in de afgelopen twintig jaar steeds meer feitenrechters in verkeerszaken hebben veroordeeld wegens (poging tot) doodslag en dat de Hoge Raad deze veroordelingen (voor zover aan hem voorgelegd) in vrijwel alle gevallen in stand heeft gelaten, zonder daarbij zijn uitgangspunt te verlaten van de in het Porsche-arrest geformuleerde psychologische veronderstelling. Dit duidt erop dat de Hoge Raad in verreweg de meeste gevallen genoeg neemt met een – in verhouding tot twee decenia geleden – uitgebreidere motivering van de bewezenverklaring van het (voorwaardelijk) opzet op de dood.

Tot zover ogenschijnlijk niets aan de hand. Maar dat wordt anders zodra de bewijsmotiveringen uit de feitenrechtspraak met betrekking tot het voor doodslag vereiste opzet in zaken betreffende zeer gevaarlijke verkeersgedragingen door Van Dijk (in hoofdstuk 6) aan de tucht van

een nadere analyse worden onderworpen. In het zeer uitvoerige zesde hoofdstuk analyseert Van Dijk de na het Porsche-arrest gepubliceerde rechtspraak over (poging tot) doodslag in het verkeer. Dit doet hij aan de hand van een twintigtal voorbeeldzaken waarin door de feitenrechter opzet op de dood is bewezenverklaard. De analyse is gestructureerd door een verdeling van de zaken in zeven categorieën: zaken waarin wordt aangenomen dat de dader mede opzet op zijn eigen dood heeft gehad; zaken die betrekking hebben op een confrontatie tussen sterke en zwakke verkeersdeelnemers; zaken die worden gekenmerkt door doelbewuste geweldshandelingen (zoals inrijden op personen); zaken waarin de verdachte belastende verklaringen betreffende zijn eigen gedragingen of geestesgesteldheid heeft afgelegd; zaken waarin sprake is van een anterieur-opzetconstructie; zaken waarin opzet betrekking heeft op nalaten; en ten slotte zaken waarin deelnemingsconstructies een rol spelen.²

Van Dijk constateert dat het bewijs van opzet op de dood in verkeerszaken veelal een 'dubbeltje op zijn kant' is: dezelfde (typen) feiten en omstandigheden die in verscheidene zaken dragend zijn voor de bewezenverklaring van het opzet op de dood, vormen in andere uitspraken mede aanleiding om het dodingsopzet juist *niet* bewezen te

* Als hoogleraar strafrecht verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall) van de Universiteit Utrecht.

1. HR 15 oktober 1996, NJ 1997/199, m.nt. 't Hart.
2. De door Van Dijk onderzochte rechtspraak is terug te vinden in een door Van Dijk bijgehouden, systematisch opgezette database 'Opzet in het verkeer', waarin alle gepubliceerde uitspraken (niet minder dan 827) over opzetdelicten in het verkeer vanaf 1951 zijn opgenomen en ingedeeld overeenkomstig niet minder dan 53 variabelen. Via: www.rug.nl/staff/a.a.van.dijk/research/.



De minimale overtuigingsgraad van de rechter is bepaald hoog.



achten en dus van (poging tot) doodslag vrij te spreken. En daar komt dus nog bij dat zowel bewezenverklaringen van opzet als vrijspraken in de meeste gevallen in cassatie in stand blijven. Oftewel: achter de ogenschijnlijk eenduidige cassatiemuur blijkt een grote mate van rechtsongelijkheid schuil te gaan.

Reeds het 'enkele' blootleggen van dit gegeven is als een grote verdienste van het hier besproken boek aan te merken. Maar het belang dat moet worden gehecht aan het boek reikt duidelijk verder dan de door Van Dijk daarin primair centraal gestelde context van dodingsopzet in het wegverkeer. De bespiegelingen in het boek regaderen bijvoorbeeld mede niets minder dan de aard van het strafrechtelijke opzetbegrip in *algemene zin*, de betekenis van de aanmerkelijke kans binnen het voorwaardelijk opzet en de perspectieven die bij de vaststelling van die aanmerkelijke kans kunnen of zouden moeten worden ingenomen. Het onderzoek waarvan het boek verslag doet, kunnen wij rustig interdisciplinair noemen: met een schijnbare *aisance* vervlecht de auteur inzichten ontleend aan de psychologie en de statistiek met klassiek-doctrinair rechtswetenschappelijk literatuur- en jurisprudentieonderzoek.

2. Inkadering, inhoud en belangrijkste bevindingen van het onderzoek

Hoofdstuk 2 *sets the scene* voor de rest van het boek. In dit hoofdstuk wordt gezocht naar een verklaring voor de bevinding dat gelijke feitenconstellaties evengoed in een bewezenverklaring van opzet op de dood als in een vrijspraak kunnen uitmonden. Daartoe dient allereerst een beschouwing over de rechterlijke overtuiging in de zin van art. 338 Sv. Er is geen rechtspraak over de vraag welke *graad* van rechterlijke overtuiging art. 338 Sv minimaal vereist voor een bewezenverklaring. Maar uit de – schaarse – literatuur hierover leidt Van Dijk af dat de minimale overtuigingsgraad bepaald hoog is; hij kwantificeert deze op 95 procent. Dit betekent dat de rechter dient vrij te spreken indien hij de kans op onjuistheid van het in de tenlastelegging gestelde groter acht dan vijf procent. Deze, op het eerste oog, hoge drempel voor een bewezenverklaring staat er blijkbaar niet aan in de weg dat bepaalde feiten en omstandigheden – mits afdoende gemotiveerd – op cassatiebestendige wijze kunnen leiden tot zowel een bewezenverklaring als een vrijspraak.

Kennelijk bestaat er een, zoals Van Dijk het noemt, 'cassatievrije zone': deze term heeft betrekking op feiten en omstandigheden die door de feitenrechter 'zo gepresenteerd kunnen worden dat zowel een vrijspraak als een bewezenverklaring van opzet buiten het toetsingsbereik van de Hoge Raad valt'.³⁾ Het bestaan van die cassatievrije zone wordt door de auteur op een

overtuigende manier verklaard onder verwijzing naar, onder meer, de hoofdregel dat de feitenrechter vrij is in zijn selectie en waardering van het bewijsmateriaal, en de omstandigheid dat de Hoge Raad de bewijsbeslissing marginaal toetst: de vraag of het bewezenverklaarde uit de gebezigde (voor een bewezenverklaring 'redengevende') bewijsmiddelen *kán* worden afgeleid (zodat het hof uit die bewijsmiddelen de voor een bewezenverklaring benodigde overtuiging *kán* hebben bekomen) wordt door de Hoge Raad 'als het ware met de handen op de rug' beantwoord.⁴⁾

Aldus blijven we zitten met een hardnekkig probleem: de bewijsbeslissingen ten aanzien van de aanwezigheid van opzet op de dood in het verkeer getuigen van een grote rechtsongelijkheid, een rechtsongelijkheid die als het ware wordt afgedekt door de cassatievrije zone en de beperkte mogelijkheden van de Hoge Raad tot toetsing van oordelen over de feiten. Daarmee worden volgens de auteur eveneens *onjuiste* bewezenverklaringen en vrijspraken in cassatie bemanteld. Van Dijk werpt vervolgens een aantal hypothesen op ter verklaring van deze rechtsongelijkheid: mogelijk is dat rechters het strafrechtelijke begrip opzet verschillend interpreteren, dat zij een verschillende inschatting maken van de bewijskracht van bepaalde bewijsmiddelen, en/of dat zij uitgaan van verschillende minimumstandaarden voor de overtuigingsgraad die voor een bewezenverklaring benodigd is.

In het verlengde van deze hypothesen identificeert Van Dijk twee mogelijkheden om de cassatievrije zone te verkleinen en aldus de rechts-eenheid te vergroten. De eerste mogelijkheid is materieelrechtelijk van aard: het bieden van vastere normen voor de inhoud van (onderdelen van) het strafrechtelijk begrip (voorwaardelijk) opzet. De tweede mogelijkheid ligt op het terrein van het strafrechtelijke bewijsrecht: het scherper toetsen door de Hoge Raad van de begrijpelijkheid van bewezenverklaringen van opzet, zodat de kans dat (eventuele) verschillen in door feitenrechters gehanteerde overtuigingsstandaarden en verschillen in door feitenrechters aan bewijsmiddelen toegekende bewijskracht rechtsongelijkheid in de hand werken, wordt verkleind.⁵⁾ Deze beide mogelijkheden worden in het vervolg van het boek nader onderzocht en uitgewerkt. Hieruit moge reeds blijken dat Van Dijk in zijn boek een bepaald hoog ambitieniveau heeft nagestreefd.

Ik merkte in het voorgaande al op dat de relevantie van de bespiegelingen in het boek de context van delictueuze gedragingen in het wegverkeer duidelijk overschrijdt. Onder de vlag van de hierboven als eerste genoemde, materieelrechtelijke weg waarlangs de rechtseenheid kan worden bevorderd, besteedt Van Dijk uitvoerig aandacht aan – en neemt hij stelling binnen – een aantal oude maar nog altijd actuele controversen over de aard van het opzetbegrip:

3. A.A. van Dijk, *Opzet, kans en keuzes. Een analyse van doodslag in het verkeer*, Zutphen: Paris 2017, p. 7 en 33.

4. Van Dijk 2017, p. 27.

5. Van Dijk 2017, p. 57.

is opzet een normatief of een psychisch begrip (hoofdstuk 3), wordt het opzet – voor zover psychisch – inhoudelijk gedomineerd door zijn cognitieve aspect (hoofdstuk 4) of door zijn volitieve aspect (hoofdstuk 5); en waar ligt de ondergrens van de aanmerkelijke kans binnen het voorwaardelijk opzet (hoofdstuk 7)? En onder de noemer van de tweede, bewijsrechtelijke mogelijkheid tot verkleining van de cassatievrije zone beproeft Van Dijk een aangescherpt toetsingsregime waaraan hij, in een omvangrijk slothoofdstuk, de feitenrechtspraak over (poging tot) doodslag in het verkeer onderwerpt (hoofdstuk 8). De door Van Dijk getrokken conclusie ligt er niet om: de meeste bewezenverklaringen van (poging tot) doodslag in het verkeer zijn ongegrond.⁶⁾

Deze gevolgtrekking is, in ieder geval op het eerste oog, verontrustend. Twee dingen moeten hierbij echter wel goed in het oog worden gehouden. In de eerste plaats onderwerpt Van Dijk de oordelen van de feitenrechters aan een strenger toetsingscriterium dan de begrijpelijkheidstoets die de Hoge Raad ten aanzien van feitelijke oordelen toepast. In plaats van een terughoudende, marginale beoordeling van de vraag of de feitenrechter op grond van de belastende feiten en omstandigheden de overtuiging heeft kunnen bekomen dat de verdachte opzet heeft gehad op de dood van een persoon, bepleit en hanteert Van Dijk een indringender toetsing van bewijsoordelen van de feitenrechter, en wel door die bewijsoordelen rechtstreeks te toetsen aan het *in dubio pro reo*-beginsel: een bewezenverklaring is volgens dit beginsel niet mogelijk indien de rechter op basis van het belastende en ontlastende bewijsmateriaal concludeert dat de kans dat het in de tenlastelegging beweerde onjuist is, groter is dan vijf procent.⁷⁾

In de tweede plaats moet erop worden gewezen dat de toetsingsgrondslag naar alle waarschijnlijkheid strenger is dan de definitie van (voorwaardelijk) opzet waaraan de Hoge Raad de bewijsvoering van opzet toetst. Die toetsingsgrondslag bestaat in een door Van Dijk gevormde interpretatie van het strafrechtelijke opzetbegrip.⁸⁾ Die interpretatie is het resultaat van de door Van Dijk ingenomen standpunten in de hierboven al even genoemde controversen over de aard en betekenis van het opzetbegrip. In het kort komt de door Van Dijk bepleite interpretatie van het opzetbegrip op het volgende neer: het opzet is niet een normatief maar een psychisch begrip dat cognitief van aard is; het positieve recht gaat uit van een objectief begrip van de aanmerkelijke kans binnen het voorwaardelijk opzet; en de ondergrens van dat begrip aanmerkelijke kans ligt op vijftig procent. In de volgende paragraaf ga ik nader in op onderdelen van deze interpretatie.

3. Enige aantekeningen bij het opzetbegrip van Van Dijk

Als gezegd, besteedt Van Dijk in verschillende hoofdstukken uitvoerig aandacht aan een aantal oude maar nog altijd actuele controversen over de betekenis van het strafrechtelijke opzetbegrip. De standpunten die hij in deze controversen inneemt en beargumenteert, smeedt hij samen tot een interpretatie van het opzetbegrip die in het slothoofdstuk als toetsingsgrondslag dienst doet in het kader van een kritische evaluatie van de feitenrechtspraak over het bewijs van (voorwaardelijk) opzet op de dood in zaken betreffende zeer gevaarlijke verkeersgedragingen. Zonder de pretentie te voeren recht te kunnen doen aan de rijke en genuanceerde beschouwingen die Van Dijk wijdt aan verschillende vraagstukken die raken aan de aard van het opzetbegrip, maak ik hieronder een aantal opmerkingen over onderdelen van de door Van Dijk bepleite interpretatie van het opzetbegrip. Daarbij teken ik aan dat ik in mijn redactioneel voor de maartaflevering van *Delikt en Delinkwent* van dit jaar ook al ben ingegaan op een aantal van de in dit verband relevante vraagstukken; onderdelen van het onderstaande zijn dan ook aan die publicatie ontleend.⁹⁾

3.1. Een normatief versus een psychisch opzetbegrip

In hoofdstuk 3 bespreekt van Dijk onder meer de vraag of het strafrechtelijk opzetbegrip in de grond een psychisch of een normatief begrip is. In een normatieve theorie van het opzet wordt gesteld dat het opzet in wezen een betekenis is die op grond van sociale 'betekenisbepalende' normen aan een handeling wordt toegeschreven. Een handeling is opzettelijk verricht indien die handeling op grond van deze sociale regels 'geldt als' een opzettelijke handeling. Het perspectief is uitwendig: op basis van contextuele factoren, waaronder de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging, wordt de vraag beantwoord of een gemiddeld mens in de gegeven omstandigheden opzettelijk zou hebben gehandeld. Vaak wordt daaraan de implicatie verbonden dat in een normatieve opvatting het opzet niet duidt op een geestesgesteldheid en dus niets met de subjectieve overtuigingen en bedoelingen van de dader heeft uit te staan.¹⁰⁾

Die implicatie is evenwel niet noodzakelijkerwijs juist. Het psychische is namelijk zelf ten dele normatief van aard. Het wezen van alle intentionele verschijnselen (zoals opzettelijk verrichte gedragingen) is dat zij bestaan in een subjectieve gerichtheid op een fenomeen buiten het bewustzijn, waarbij dat fenomeen in een bepaalde betekenis wordt gevat. Het opzet is dan ook geen 'ding' dat 'ergens', bijvoorbeeld in de geest van de dader of in diens handeling, gelokaliseerd kan worden; het is een gerichtheid van een subject op iets in de intersubjectieve wereld. In het strafrecht is opzet niet 'los verkrijgbaar' van de gedraging waarin het zich veruitwendigt. Indien een



De meeste bewezenverklaringen van (poging tot) doodslag in het verkeer zijn ongegrond.



6. Van Dijk 2017, p. 489-514.
7. Van Dijk 2017, p. 399-405.
8. Van Dijk 2017, p. 405-409.
9. F. de Jong, 'Opzet en causaliteit, of: het "algemeen-menselijke" karakter van het strafrechtelijke opzetbegrip', *DD* 2019/11 (p. 151-169).
10. Zie de weergave van de normatieve opzettheorie in Van Dijk 2017, p. 66-68; A.A.G. Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1966; P.J.H.M. Brouns, *Opzet in het Wetboek van Strafrecht* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1988.



De cognitieve

opzettheorie versus de volitieve opzettheorie.



act van het subjectieve bewustzijn in strafrechtelijke zin moet doorgaan voor opzet op een bepaald gevolg, dan zal die bewustzijnsact zich moeten manifesteren in een gedraging die in de gegeven omstandigheden ook in afdoende mate *geschikt* is om het bedoelde gevolg in het leven te roepen.

Handelingen zijn 'regelgeleid'. Wie intentioneel handelt, geeft zich in zijn handeling op een bepaalde wijze in de intersubjectieve wereld te verstaan. De handeling is intern verbonden met de intentie en drukt deze ook uit. De sociale regels zijn niet alleen bepalend voor de interpretatie van de handeling in intersubjectief perspectief, maar geven ook reeds bij voorbaat *richting* aan de handeling in subjectief perspectief. Dit impliceert dat het psychische (het weten en het willen van een dader) al is doordrongen van de sociale realiteit en dus in zoverre tevens normatief, oftewel algemeen-menselijk, van aard is. Daarmee *hoeft* een normatieve benadering van het opzet dus geenszins aanleiding te geven tot de opvatting dat het opzet geen psychisch begrip is; sterker, ik meen dat een normatief en een psychisch begrip van opzet elkaar eigenlijk wederzijds veronderstellen.¹¹⁾

Hoe dit verder zij: met Van Dijk meen ik dat een normatieve opvatting van opzet waarin de psychische lading van het opzetbegrip geheel is geëlimineerd moeilijk te verenigen is met bestendige rechtspraak van de Hoge Raad en, ook los daarvan, van de hand moet worden gewezen. Dan is vervolgens de vraag: domineert binnen het opzetbegrip, zoals de oude voorstellingsleer wil, het cognitieve aspect (het weten) of, zoals de wilsleer stipuleert, het volitieve aspect (het willen)?

3.2. Een cognitieve versus een volitieve opzettheorie

Van Dijk heeft een voorkeur voor de zogenoemde 'cognitieve opzettheorie' boven de zogenoemde 'volitieve opzettheorie'.¹²⁾ De cognitieve opzettheorie privilegieert de cognitieve component: voor het bewijs van opzet is uiteindelijk maatgevend wat de dader zich bij zijn handelen heeft voorgesteld. Het willen is daarbij een niet nader te problematiseren grootheid die is gegeven met de vaststelling dat de dader kiest voor zijn handeling in weerwil van zijn bewustheid van de wederrechtelijke gevolgen ervan.¹³⁾ De volitieve opzettheorie – verbonden aan de oude wilstheorie van Robert von Hippel¹⁴⁾ – acht voor het bewijs van opzet daarentegen uiteindelijk maatgevend wat de dader met zijn handeling heeft gewild. Het willen van een bepaald gevolg veronderstelt het besef dat hetgeen men doet (in zekere mate) geschikt is om het gevolg te bewerkstelligen, maar met dat enkele besef is het wilsaspect nog niet zonder meer gegeven; het willen vormt dus een eigenstandig en zelfs doorslaggevend bewijsthema.¹⁵⁾

Als beschrijvingen van de aard van het opzetbegrip in algemene zin zijn beide theorieën, meen

ik, te star en daardoor weinig gediensig. Tegen een gedifferentieerde beklemtoning van de cognitieve dan wel de volitieve component bestaat geen bezwaar.¹⁶⁾ Het verschil tussen beide theorieën is vooral relevant voor de vraag hoe het voorwaardelijk opzet dogmatisch moet worden afgegrensd van de bewuste culpa. Zoals bekend, benadrukt de Hoge Raad sinds 2003 dat en waarom de volitieve component in de bewijsovervoering van het voorwaardelijk opzet nauwgezette aandacht vergt: '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.'¹⁷⁾

De opvatting van de Hoge Raad op dit punt verdraagt, althans zo lijkt het, een voorkeur voor de wilstheorie. Toch geloof ik, met Van Dijk¹⁸⁾, niet dat de Hoge Raad de wilstheorie onverdond onderschrijft. Voorwaardelijk opzet is volgens de Hoge Raad namelijk uitgesloten in gevallen waarin de dader naar het oordeel van de rechter 'ervan is uitgegaan' dat het gewraakte gevolg niet zou intreden. Deze opzet-uitsluitende bewustzijnstoestand is cognitief van aard.¹⁹⁾ De Hoge Raad stelt in dit verband niet dat het bewijs van voorwaardelijk opzet eerst onmogelijk is indien de rechter ervan overtuigd is dat de dader niet alleen ervan is uitgegaan dat het gevolg niet zou intreden maar bovendien (onder geen beding) heeft *gewild* dat dat gevolg zou intreden. Van Dijk spreekt in dit verband beeldend van 'cryptocognitivism': cognitieve termen worden gebruikt om de volitieve component te beoordelen.²⁰⁾

Van Dijk heeft dan ook een punt waar hij schrijft dat de Hoge Raad nalaat 'een adequaat volitief criterium te bieden waarmee voorwaardelijk opzet onderscheiden kan worden van bewuste schuld'.²¹⁾ Ik ben er echter niet van overtuigd dat het opzet 'cognitief' van aard is in de zin dat het 'willen' van het opzetbegrip geen *noodzakelijk* onderdeel uitmaakt. En ofschoon duidelijk is dat de termen 'aanvaarden' en 'op de koop toemen' niet verwijzen naar een door de omgangstaal gemeenlijk aan de term 'willen' verleende betekenis, ben ik er (dus) ook niet van overtuigd dat de volitieve component binnen het voorwaardelijk opzet uiteindelijk volledig te herleiden is tot de cognitieve component.

In verhouding tot de alledaagse betekenis van 'willen' heeft de volitieve component binnen het voorwaardelijk opzet betrekking op een sterk verwaterde vorm daarvan. De voorwaardelijk opzet vereiste wilsbetrokkenheid van de dader op een aanmerkelijke kans op strafrechtelijk onheil is niet een 'handeling-sturende' wil, laat staan een op het teweegbrengen van het strafbare gevolg *gerichte* wil. Met een beroep op de Duitse doctrine kan worden bepleit dat de volitieve component binnen het voorwaardelijk opzet veeleer inhoudt dat de

11. Zie uitvoerig hierover mijn proefschrift: F. de Jong, *Daad-schuld. Bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijzondere aandacht voor de normativering van het delictsbestanddeel opzet* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, in het bijzonder hoofdstuk V; en zie P. Fuchs, *Die Psyche. Studien zur Innenwelt der Außenwelt der Innenwelt*, Weilerswist: Velbrück Wissenschaft 2005.
12. Van Dijk 2017, p. 63-66.
13. W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 145-182; G.A.M. Strijards, *Hoofdstukken van materieel strafrecht*, Utrecht: Lemma 1992, p. 111-134; A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen* (diss. Groningen), Antwerpen/Deventer: Maklu 2008, p. 224-225.
14. R. von Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin: Springer 1932.
15. J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1996, 202 en 205-206; G.E. Mulder, 'De wil in het opzet', in: M.S. Groenhuijsen, G.E. Mulder & J. Remmelink (red.), *De Schets nader bekeken*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 53-66.
16. Zie nader De Jong 2019, p. 153-154; C. Kelk/F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 259.
17. HR 25 maart 2003, NJ 2003/552 (Hiv I).
18. Van Dijk 2017, p. 151-152.
19. In dit verband zij eveneens verwezen naar de formule die de Hoge Raad al sinds jaar en dag gebruikt als maatstaf om te beoordelen wanneer een psychische stoornis het bewijs van opzet uitsluit: bewijs van opzet is wegens een psychische stoornis eerst dan onmogelijk 'indien bij de dader zou blijken van een zodanige ernstige geestelijke afwijking dat aangenomen moet worden dat hij van *elk* inzicht in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen daarvan is verstoken' (cursivering toegevoegd). Zie bijvoorbeeld HR 22 juli 1963, NJ 1968/217 en HR 9 december 2008, NJ 2009/157.
20. Van Dijk 2017, p. 138-168. Van Dijk wijst ook op veel voorbeelden van 'cryptocognitivism' in de Nederlandse doctrine.
21. Van Dijk 2017, p. 72.

dader, in weerwil van het besef van de aanmerkelijke kans op strafrechtelijk relevant onheil, *kiest* voor het stellen van zijn handeling, ten einde door middel van die gewilde gedraging een bepaald doel te bereiken dat voor de dader belangrijker is dan het rechtsgoed dat door zijn handeling mogelijkerwijs wordt gekrenkt.²²⁾

Met andere woorden: de dader wil het gevolg niet, maar hij wil het als concreet mogelijk voorziene gevolg ook niet vermijden (*Nichtvermeidenwollen*). Hij legt zich erbij neer – neemt op de koop toe – dat hij met zijn gedraging de aanmerkelijke kans op het intreden van het gevolg in het leven roept. In wezen wordt de dader verweten dat hij zich niet gevoelig heeft getoond voor de ‘psychische hindernis’ die het besef van de aanmerkelijke kans op delictsverwerkelijking aan het stellen van de handeling in de weg had moeten leggen.²³⁾

3.3. Een objectief versus een subjectief begrip van de aanmerkelijke kans

Voorwaardelijk opzet veronderstelt een aanmerkelijke kans op strafrechtelijk relevant onheil. Op verhelderende wijze maakt Van Dijk onderscheid tussen een subjectief en een objectief begrip van de aanmerkelijke kans. Een subjectief kansbegrip heeft betrekking op de kans zoals die in de subjectieve voorstelling van de dader bestaat, waarbij onverschillig is of die kans ook in werkelijkheid, dus feitelijk, bestaat. Een objectief, of liever: intersubjectief²⁴⁾, kansbegrip heeft betrekking op de kans zoals die op grond van algemene ervaringsregels in werkelijkheid bestaat of wordt geacht te bestaan, ongeacht de subjectieve perceptie van de dader. Beide kansbegrippen, de subjectieve en de intersubjectieve, zeggen nog niets over de voorwaardelijk opzet vereiste minimale omvang van de kans (daarover meer hieronder).

Van Dijk meent dat een objectief of intersubjectief kansvereiste eigenlijk onwenselijk is en dat het opzetbegrip niet met een dergelijk, in zijn opvatting ‘wezensvreemd’ element moet worden belast; zijns inziens zou voor voorwaardelijk opzet enkel een puur subjectief kansbegrip gebruikt moeten worden.²⁵⁾ Maar aangezien de Hoge Raad in zijn rechtspraak wél uitgaat van een objectief kansbegrip, neemt ook Van Dijk een objectief kansbegrip als uitgangspunt in zijn interpretatie van het opzetbegrip (en dus in de toetsingsgrondslag bij de evaluatie van de feitenrechtspraak in het laatste hoofdstuk).

Maar als dan inderdaad – zoals ook de Hoge Raad doet – voor een objectief kansbegrip wordt gekozen, dan dient voor de vaststelling van de aanmerkelijke kans wel voldoende aansluiting bij het perspectief van de actor te worden gezocht. Dat lijkt mij een heel terecht punt: voor de aanwezigheid van een aanmerkelijke kans is dan ook zowel het subjectieve als het intersubjectieve perspectief van belang. En het is de vanuit subjectief én intersubjectief perspectief aan-

merkelijke kans die de dader beseft en aanvaardt (dat wil zeggen: niet wil vermijden).

Dit impliceert dat een objectief kansbegrip zijn grenzen moet kennen. Volkomen terecht benadrukt Van Dijk dat in het strafrecht de omvang van de kans op onheil moet worden vastgesteld op een moment waarop al bekend is welke uitkomst de gedraging van de dader heeft gehad en welke factoren in de delictsverwerkelijking een rol hebben gespeeld. Daarom moet men ervoor waken dat men geen factoren betreft in het oordeel over de grootte van de kans die *tempore delicti* aan de dader niet bekend kunnen zijn geweest. We moeten ‘de film terugdraaien tot een tijdstip waarop de uitkomst en de verklarende factoren zich nog moeten manifesteren’.²⁶⁾ Dit betekent dat aansluiting moet worden gezocht bij het perspectief van de dader.

In de jurisprudentie gaat dit soms mis. Is sprake van een poging tot doodslag indien bijvoorbeeld een dader iemand eerst met de dood bedreigt en zich enige tijd later begeeft naar diens woning, wetende dat het slachtoffer thuis is, vervolgens op de voordeur klopt en tien seconden daarna (zonder dat op het deurgeloept is gereageerd) met een vuurwapen twee schoten lost op de onderzijde van de voordeur? De Hoge Raad oordeelde van niet, omdat geen sprake was van een aanmerkelijke kans op de dood, nu het slachtoffer zich op het moment van de twee schoten in de slaapkamer bevond, welk vertrek zich niet in het rechtstreekse verlengde van de hal achter de voordeur bevond. Dit oordeel wordt door Van Dijk – naar ik meen terecht – bekritiseerd. Dat het slachtoffer zich in de slaapkamer bevond, is een omstandigheid die aan de dader niet bekend kon zijn en die dus, uitgaand van diens perspectief, in de overwegingen niet zou dienen te worden meegenomen.²⁷⁾

3.4. De ondergrens van de aanmerkelijke kans

Ten slotte een enkel woord over de minimale omvang van de aanmerkelijke kans. In dat verband is het onderscheid tussen een kwalitatief en een kwantitatief begrip van de aanmerkelijke kans relevant. Met een in kwalitatief opzicht aanmerkelijke kans wordt bedoeld dat de aanmerkelijkheid van een kans mede afhangt van de aard van het gevolg waarop de kans betrekking heeft. In een dergelijke benadering kan een in kwantitatief opzicht geringe kans niettemin strafrechtelijk gelden als een aanmerkelijke kans indien deze betrekking heeft op ernstige gevolgen (zoals de dood van een persoon). In kwantitatief opzicht is een kans aanmerkelijk op grond van zijn ‘objectieve’ of feitelijke hoegrootte, geheel los van de aard van het gevolg waarop de kans betrekking heeft.²⁸⁾

In zijn eerder aangehaalde, beroemde Hiv I-arrest heeft de Hoge Raad, als bekend, duidelijk de kwalitatieve benadering afgewezen: ‘Er is geen grond de inhoud van het begrip “aanmerkelijke kans” afhankelijk te stellen van de aard van het

22. Vgl. U. Kindhäuser, *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 7. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2017, § 15 Rn. 26 (p. 172-173) en § 15 Rn. 121 (p. 194); D. Sternberg-Lieben/F.P. Schuster, in: A. Eser e.a. (red.), *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl., München: C.H. Beck 2019, § 15 Rn. 84.
23. I. Puppe, in: U. Kindhäuser, U. Neumann & H.U. Paefgen (red.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar*, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2017, § 15 Rn. 28. Brouns 1988, p. 228, spreekt van een kans waarvan een ‘tegenmotiverende kracht’ uitgaat.
24. Zie Van Dijk 2017, p. 336-347. Van Dijk stelt dat de term ‘intersubjectief’ eigenlijk beter op zijn plaats is dan ‘objectief’, aangezien niet wordt bedoeld op een écht objectieve kans, maar om ‘een inschatting op basis van in de maatschappij geaccumuleerde kennis. (...) Deze kennis is in de regel neergelegd in algemene ervaringsregels’ (p. 338).
25. Van Dijk 2017, p. 347-357 en 398. Ik zelf ben er niet van overtuigd dat met een louter subjectief kansbegrip kan worden volstaan. Net zoals ik in paragraaf 3.1 betoogde dat een normatief en een psychisch begrip van opzet elkaar wederzijds veronderstellen, meen ik dat een intersubjectief en een subjectief begrip van de aanmerkelijke kans elkaar wederzijds veronderstellen. Ik laat dit punt hier rusten en verwijs naar De Jong 2019, p. 160-164, alwaar ik mede onder aanroeping van de in de Duitse doctrine verdedigde leer inzake *Vorsatzgefahr* (waarvan sprake is bij ‘die Vorstellung von einem Risiko, dessen Schaffung eine taugliche Methode zur Herbeiführung des Erfolges darstelle’; zie Kindhäuser 2017, § 15 Rn. 116; Puppe 2017, § 15 Rn. 69) betoogt dat met een objectief of intersubjectief kansbegrip niet een ‘wezensvreemd element’ het voorwaardelijk opzet wordt binnengesmokkeld.
26. Van Dijk 2017, p. 378.
27. HR 20 april 2010, NJ 2010/250 (Groninger schietpartij). Zie de fascinerende analyse van dit arrest in Van Dijk 2017, p. 381-392. Van Dijk concludeert eveneens dat geen sprake is van een aanmerkelijke kans op de dood, maar dan op basis van een heel andere redenering dan de door de Hoge Raad gevolgde.
28. Zie hierover De Jong 2009, p. 327-343; A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen* (diss. Groningen), Antwerpen/Deventer: Maklu 2008, p. 394-402; P.J.H.M. Brouns, ‘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’, *DD* 2006, p. 921-947; en F. de Jong, T. van Roomen & E. Sikkema, ‘Objectiverende tendensen binnen het voorwaardelijk opzet’, *DD* 2007, p. 929-958.



Uiterst zorgvuldig opgezet en uitgevoerd interdisciplinair onderzoek naar gevallen van (poging tot) doodslag in verkeers- situaties.



29. HR 25 maart 2003, NJ 2003/552 (Hiv I), r.o. 3.6.
30. Van Dijk (2017, p. 357-375) laat prachtig zien hoe sterk de individuele opvattingen van praktijkjuristen, onder wie vele rechters, ten aanzien van de minimale omvang van een aanmerkelijke kans kunnen divergeren.
31. Van Dijk 2017, p. 363-375.
32. Zie Van Dijk 2017, p. 373-375.
33. Waarbij ik onmiddellijk toegeef dat dit precies kan zijn wat Van Dijk beoogt, met het oog op het verkleinen van de in paragraaf 2 besproken 'cassatievrije zone' en van de grote rechtsongelijkheid die daarbinnen tiert.
34. HR 29 mei 2018, NJ 2019/103, m.nt. Wolswijk, r.o. 5.3.2.
35. Vgl. het standpunt van J. de Hullu (die overigens geen deel uitmaakte van de combinatie die het arrest wees): J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 342-343. En vgl. punt 5 in de noot van H.D. Wolswijk onder het hierboven geciteerde arrest: 'Opmerkelijk is overigens dat de Hoge Raad onderscheid maakt tussen de kans die "in het algemeen" en de kans die "voor een bepaald type delict" vereist zou zijn. Dat lijkt niet goed te rijmen met het blijken dat arrest nog steeds gehuldigde standpunt dat de inhoud van het begrip aanmerkelijke kans niet afhankelijk is van de aard van het gevolg.'
36. Die implicatie kon ook aan de eerdere rechtspraak van de Hoge Raad al worden ontleend; zie bijvoorbeeld HR 6 september 2005, NJ 2006/50 (Schietsen op bovenwoning).
37. Dat is echter niet noodzakelijkerwijs een probleem, 'denn auch im praktischen Handeln richten wir uns nicht nach Wahrscheinlichkeitsquoten, sondern nach einem erlernten Erfahrungsschatz v. Methoden, alle möglichen Ziele zu erreichen'; Puppe 2017, § 15 Rn. 71. Vgl. Van Dijk 2017, p. 355-357, 398, die als bezwaar tegen de objectieve/ intersubjectieve benadering van de aanmerkelijke kans inbrengt dat dan in veel gevallen een tijdrovend en complex onderzoek naar de grootte van de kans nodig is.

gevolg.²⁹⁾ Sindsdien heerst (grote)³⁰⁾ onzekerheid over de vraag waar precies de ondergrens van het begrip aanmerkelijke kans moet worden gelegd en of die ondergrens voor alle delicten ook in statistische zin op een bepaald percentage (bijvoorbeeld tien procent) moet worden vastgesteld. Van Dijk sluit zich in zijn hier besproken boek aan bij een kwantitatief kansbegrip en pleit uiteindelijk voor een ondergrens van vijftig procent, ongeacht het type delict waarom het in een gegeven geval gaat.³¹⁾

Een ondergrens van vijftig procent lijkt mij wat aan de hoge kant. Maar ook los daarvan vraag ik mij af of het nodig (en wenselijk) is om een algemene, dus voor alle delicten gelijkelijk geldende ondergrens te stellen en die uit te drukken in een bepaald percentage. Ik ben het met Van Dijk eens dat een in een vast percentage uitgedrukte ondergrens in concrete zaken discussies over de omvang van de kans op strafrechtelijk relevant onheil vergemakkelijkt doordat uitspraken over de aanmerkelijke kans zo beter voor betwisting vatbaar zijn.³²⁾ Maar daar staat tegenover dat ik vrees dat hiermee de rechtsvinding in concrete gevallen wordt gedrongen in een wellicht al te strak keurslijf en daarmee te zeer kan worden belemmerd.³³⁾

In ieder geval heeft de Hoge Raad zich nog niet laten verleiden tot het vaststellen van een duidelijke ondergrens van de aanmerkelijke kans. Daartoe uitgenodigd door A-G Keulen heeft de Hoge Raad in mei 2018 getracht enige nadere aanknopingspunten te formuleren om te bepalen onder welke omstandigheden sprake is van een aanmerkelijke kans. In een zaak betreffende een verdachte die drie honden onaangeliend uitliet die een andere hond aanvielen, overwoog de Hoge Raad ten aanzien van de aanmerkelijke kans het volgende:

*'Onder "de naar algemene ervaringsregels aanmerkelijke kans" dient te worden verstaan de in de gegeven omstandigheden reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid. Met de thans gebruikelijke formulering van de maatstaf van de aanmerkelijke kans is geen wezenlijk andere of grotere mate van waarschijnlijkheid tot uitdrukking gebracht dan met de in oudere rechtspraak, zoals in HR 9 november 1954, NJ 1955/55, gebruikte formulering "de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans". De Hoge Raad kan geen algemene regels geven over de exacte grootte van de kans die in het algemeen of voor een bepaald type delict minimaal vereist zou zijn, laat staan deze kans in een percentage uitdrukken.'*³⁴⁾

Uit deze rechtsoverweging leid ik af dat de Hoge Raad vasthoudt aan zijn standpunt dat sprake moet zijn van een in de gegeven omstandigheden in kwantitatieve zin aanmerkelijke kans, maar daarbij aantekent dat ten aanzien van de minimale (statistische) omvang van die kans geen algemene regels kunnen worden geformuleerd, zodat die minimale omvang, afhankelijk

van de concrete omstandigheden en de aard van het delict, van geval tot geval zou kunnen variëren.³⁵⁾ Dit lijkt mij een verstandige en goed verdedigbare benadering, die ook impliceert dat de feitenrechter er zeker in twijfelgevallen goed aan doet deugdelijk te motiveren waarom hij meent dat wel of niet van een aanmerkelijke kans sprake is.³⁶⁾ Met andere woorden: niet in zijn algemeenheid kan worden aangegeven aan welke drempelwaarde van geschiktheid voor het laten intreden van een bepaald gevolg de gedraging van een dader in ieder geval moet voldoen om te mogen vaststellen dat die gedraging een aanmerkelijke kans op het gevolg in het leven roept.³⁷⁾

4. Een uitermate belangrijk boek

In de vorige paragraaf heb ik enige kanttekeningen geplaatst bij een aantal door Van Dijk bepleite standpunten over de betekenis van het strafrechtelijke opzetbegrip. Ik hecht eraan te benadrukken dat het daarbij gaat om niet meer dan 'kanttekeningen'. Deze kunnen op geen enkele wijze wegnemen dat het boek van Van Dijk een uitermate belangrijk boek is en een toonbeeld mag worden genoemd van een uiterst zorgvuldig opgezet en uitgevoerd interdisciplinair onderzoek naar gevallen van (poging tot) doodslag in verkeerssituaties. Eerder merkte ik al op dat de relevantie van het boek allerm minst is beperkt tot de verkeerscontext. Ook herhaal ik hier nog eens dat ik in het bovenstaande geen recht heb kunnen doen aan alle belangrijke bouwstenen van het boek; daarvoor is het boek te rijk. Zo heb ik in het voorgaande geen aandacht besteed aan de door Van Dijk ontwikkelde psychologische 'kansintegratietheorie'.

Soms is het voor de lezer niet heel eenvoudig om scherp in het oog te blijven houden waar de auteur precies naartoe redeneert. De standpunten en conclusies van de auteur worden steeds op strategische plekken in het boek aangekondigd; dit neemt echter niet weg dat, om de redeneringen goed te kunnen volgen en op waarde te kunnen schatten, het boek in zijn geheel van voor naar achter moet worden gelezen. Dit is evenwel allerm minst een zwakte van het boek, veeleer één van de sterke eigenschappen ervan. De auteur fileert en verwerpt benaderingen in de rechtspraak en in de doctrine verdedigde standpunten, maar doet dit niet zonder deze benaderingen en standpunten eerst het voordeel van de twijfel te gunnen en zorgvuldig op hun merites te beoordelen en in hun consequenties door te denken. Ook dit boek verdient dergelijke aandacht en vooral: serieuze bestudering.