

Zeven stellingen over causaliteit in het strafrecht²

DD 2016/72

1. Inleiding

Een wetenschappelijke theorie heeft onder meer tot taak om een adequate beschrijving te bieden van hetgeen haar voorwerp uitmaakt en om een adequate verklaring te bieden voor de wijzen waarop haar voorwerp zich binnen het door de theorie bestreken domein manifesteert. Om voor een deugdelijke wetenschappelijke theorie door te kunnen gaan, moet zij minst genomen zich bedienen van begrippen en begripsverbanden die vrij zijn van contradicties en die voor het doel van de theorie – haar object adequaat te beschrijven en te verklaren – onmisbaar en dus niet overbodig zijn. Hierbij moet worden bedacht dat wat een beschrijving of verklaring van een bepaald object ‘adequaat’ maakt, in hoge mate afhangt van het binnen de desbetreffende theorie ingenomen epistemologische perspectief: verschillende wetenschappelijke disciplines kunnen dan ook verschillende, niet tot elkaar te herleiden theoretische modellen van bepaalde concepten hanteren.³

Althans één klassiek en centraal leerstuk van het materiële strafrecht lijkt zich nog niet te hebben laten vangen in een theorie die voldoet aan de hierboven genoemde voorwaarden voor ‘adequate’ wetenschappelijke theorievorming: de causaliteit. De heersende leer kan als volgt worden samengevat.⁴ Of sprake is van causaal verband tussen de gedraging van een verdachte en een bepaald gevolg wordt sedert 1978⁵ beoordeeld aan de hand van de maatstaf of het gevolg *redelijkerwijs* als gevolg van de gedraging aan de verdachte kan worden *toegerekend*. Vaak wordt bovendien aangenomen dat voor redelijke toerekening in beginsel vereist is dat de gedraging van de verdachte een onmisbare factor – een *conditio sine qua non* – voor het intreden van het gevolg heeft gevormd.

Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat bij de invulling en toepassing van het criterium van de redelijke toerekening bepaalde oude causaliteitstheorieën (zoals de leer van de *conditio sine qua non* en de adequatietheorie) nog van belang kunnen zijn en dat relevante gezichtspunten vooral kunnen zijn: de vraag of de *gedraging naar haar aard geschikt* was om het uiteindelijke resultaat teweeg te brengen, althans in relevante mate het risico op het intreden van dat resultaat heeft vergroot; de aanwezigheid van *opzet* bij de verdachte gericht op het ingetreden gevolg; en de *aard en strekking van het delict*.

Uit de rechtspraak blijkt bovendien dat de causale keten tussen de gedraging van de verdachte en het (uiteindelijk) ingetreden gevolg niet snel doorbroken wordt geacht. Zo staan na of tijdens de gedraging van de verdachte door anderen gestelde gedragingen of andere factoren die mede van invloed zijn geweest op het uiteindelijke resultaat niet noodzakelijkerwijs in de weg aan het aannemen van een oorzakelijk verband.⁶ Dat geldt zelfs wan-

1 Resp. hoogleraar straf(proces)recht en universitair docent straf(proces)recht aan de Universiteit Utrecht. Beide auteurs zijn verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL).

2 Citeerwijze: F. de Jong & E. Sikkema, ‘Zeven stellingen over causaliteit in het strafrecht’, DD 2016/72.

3 Zie A. Aichele, ‘Ex contradictione quodlibet – Die Untauglichkeit der Äquivalenztheorie zur Erklärung von Kausalität, die Untauglichkeit der Lehre von der objektiven Zurechnung zur Rechtfertigung von Zurechnungsurteilen und ein Vorschlag zur Güte’, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 123 (2011), p. 260-283, p. 260.

4 Zie verder C. Kelk/F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 203-231.

5 HR 12 september 1978, NJ 1979/60 (Letale longembolie).

6 Zie HR 13 juni 2006, NJ 2007/48, m.nt. Buruma, r.o. 3.4 (Bloedvergiftiging); HR 28 november 2006, NJ 2007/49, r.o. 3.5 (Kroeggeweld).

neer de later ingetreden factoren, zoals het doen en laten van het slachtoffer in kwestie, in *belangrijke mate* hebben bijgedragen aan het ontstaan van het gevolg, zolang de tussenkomenende factoren niet dermate zwaarwegend zijn geweest dat het niet langer redelijk zou zijn om het gevolg aan de eerdere gedraging van de verdachte toe te rekenen.⁷ En ook indien niet kan worden vastgesteld dat de gedraging van de verdachte de *conditio sine qua non* is geweest voor het gevolg, staat dit niet per se in de weg aan het aannemen van causaal verband, indien wordt vastgesteld dat de gedraging wél de *conditio sine qua non* kán zijn geweest en het bovendien aannemelijk is dat het gevolg met een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid door de gedraging van de verdachte is veroorzaakt.⁸

Gedurende de afgelopen jaren zijn verscheidene pogingen ondernomen – in Nederland en daarbuiten – tot (verdere) duiding van dit wat mysterieuze strafrechtelijke leerstuk.⁹ In het onderstaande willen ook wij een bijdrage leveren aan een nadere theoretische verheldering van het fenomeen causaliteit in het strafrecht. Een ontwerp van een nieuwe theorie hebben wij daarbij niet voor ogen. Wij zullen vooral uitgaan van de bestaande leer zoals zij in de recente rechtspraak van de Hoge Raad wordt ingevuld en toegepast. Wij zullen wijzen op enige contradicties in de heersende leer en daarnaast enige factoren binnen die leer blootleggen die naar onze opvatting overbodig zijn, en dus beter kunnen worden gemist. Onze bijdrage is als volgt opgebouwd. In de volgende zeven paragrafen verdedigen wij een zevental stellingen die op het leerstuk van causaliteit betrekking hebben.¹⁰ In de laatste, negende, paragraaf presenteren wij onze conclusies.

Onze zeven stellingen luiden als volgt:

- I causaliteit is geen algemene voorwaarde voor strafbaarheid (paragraaf 2);
- II het onderscheid tussen empirische en juridische causaliteit berust op een karikatuur en is onhoudbaar (paragraaf 3);
- III de *conditio sine qua non* wordt ten onrechte op één lijn gesteld met de feitelijke (empirische) causaliteit, terwijl deze juist één van de relevante factoren is binnen het normatieve criterium van de redelijke toerekening (paragraaf 4);
- IV inhoud en bewijs van de causaliteit lopen in de jurisprudentie en in de discussie daarover door elkaar heen (paragraaf 5);
- V maar inzicht in het onderscheid tussen bewijs en inhoud is voor een juist begrip van de materieelrechtelijke betekenis van causaliteit wel van groot belang (paragraaf 6);
- VI voor het bewijs van causaal verband is in het strafrecht (terecht) geen *conditio sine qua non*-verband vereist (paragraaf 7);
- VII de vaststelling van een causaal verband door de feitenrechter laat zich niet vangen in een dwingend stappenschema (paragraaf 8).

7 Zoals blijkt uit HR 25 juni 1996 NJ 1997/563, m.nt. 't Hart (Dwarslaesie).

8 Waarbij geldt dat een eventueel aangedragen alternatieve gang van zaken als hoogst onwaarschijnlijk moet worden beschouwd; zie HR 27 maart 2012, NJ 2012/301, m.nt. Keijzer (Groninger Hiv-zaak).

9 Een kleine greep, enkel uit de relatief recente Nederlandse literatuur: E.M. Witjens, *Strafrechtelijke causaliteit. De redelijke toerekening vergeleken met het privaatrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011; E.M. Witjens, 'Het bewijs van causaal verband in de Groninger HIV-zaak', *DD* 2012/35, p. 369-382; N.J.M. Kwakman, 'De causaliteit in het strafrecht; het vereiste van *conditio sine qua non* als enige bruikbare criterium', *NJB* 2007, p. 992-999; N.J.M. Kwakman, 'Causaal verband in de Groninger HIV-zaak: een reactie', *DD* 2012/45, p. 470-476; N.J.M. Kwakman, 'Strafrechtelijk relevante causaliteit', *Tijdschrift Praktijkwijzer Strafrecht* 2014, p. 134-136; N. Keijzer, 'Conditio sine qua non?', in: F. Deruyck e.a. (red.), *Amicus Curiae (liber amicorum De Swaef)*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2013, p. 239-254; A. Machielse, *Causaliteit in het Nederlandse strafrecht* (preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Bju 2014.

10 De titel van onze bijdrage zinspeelt op M.A. Loth, 'Zeven stellingen over de gedraging in het strafrecht', in: M.S. Groenhuijsen, G.E. Mulder & J. Rimmelink (red.), *De Schets nader bekeken*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 21-31. Omdat onze heersende leer sterke overeenkomsten vertoont met die in Duitsland, zal in volgende paragrafen geregeld naar Duitse literatuur worden verwezen.

2. Eerste stelling: causaliteit is geen algemene voorwaarde voor strafbaarheid

Onze eerste stelling is dat de oude dogmatische strijdvrage of causaliteit een noodzakelijke voorwaarde vormt voor de toerekening van strafrechtelijke verantwoordelijkheid negatief moet worden beantwoord.¹¹ De vaststelling van een juridisch relevant causaal verband tussen de gedraging van de verdachte en het ingetreden gevolg of de ingetreden gevolgen is onmiskenbaar *vaak* noodzakelijk, maar niet *steeds*. Met andere woorden: strafrechtelijke verantwoordelijkheid is *contingent* afhankelijk, niet *noodzakelijk* afhankelijk van oorzake-lijkheid.¹² Deze constatering is natuurlijk geenszins origineel. Al in 1947 betoogde Van Eck dat causaliteit binnen het Nederlandse materiële strafrecht geen algemene – in de zin van: voor alle delicten gelijkelijk gestelde – voorwaarde voor vestiging van strafrechtelijke aansprakelijkheid vormt.¹³

De toerekening of imputatie van strafrechtelijke verantwoordelijkheid hangt in sommige gevallen niet mede af van een al of niet aanwijsbaar causaal verband tussen de gedraging van de verdachte en het gevolg. Hierbij kan in de eerste plaats worden gedacht aan de formeel omschreven delicten (dat wil zeggen: voor zover deze delicten niet toch een materieel aspect aankleeft).¹⁴ Daarnaast kan worden gedacht aan de dogmatische vormgeving van strafrechtelijke figuren als functioneel daderschap van natuurlijke personen of rechtspersonen¹⁵ en aan de strafrechtelijke verantwoordelijkheid op grond van de schending van (veel) zorgplichtbepalingen.¹⁶

En niet in de laatste plaats verdienen hier de omissiedelicten vermelding. Veelal wordt aangenomen dat een gevolg kan worden ‘veroorzaakt’ door nalaten; in ieder geval ligt deze aanname impliciet besloten in de kritiek die herhaaldelijk is en wordt uitgeoefend op strafrechtelijke causaliteitsleren die niet of onvoldoende raad heten te weten met strafrechtelijk relevante gevolgen ‘van’ nalaten.¹⁷ Naar onze mening is deze gedachtegang juist. Dit lijkt contra-intuïtief: immers, in een strikt ‘fysische’ benadering kan iets negatiefs niet leiden tot het intreden van een gevolg (*ex nihilo nihil nascitur*).¹⁸ Maar deze gedachtegang houdt geen rekening met de in paragraaf 3 en verder nog op te helderen *normatieve* aard van het strafrechtelijke causaliteitsbegrip. In het strafrecht komen materieel omschreven omissie-

11 Deze vraag wordt door Moore daarentegen positief beantwoord; zie M.S. Moore, *Causation and responsibility. An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Oxford: OUP 2009. Dat Moore voor deze positieve beantwoording evenwel zijn toevlucht moet nemen tot enige gekunstelde en uiteindelijk onhoudbare noodgrepen wordt betoogd door F.L.G. Faroldi, ‘Responsibility regardless of causation’, in: F. Bacchini, S. Caputo & M. Dell’Utri (eds.), *New Advances in Causation, Agency and Moral Responsibility*, Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing 2014, p. 121-143.

12 Zie ook Faroldi 2014.

13 D. van Eck, *Causaliteit en aansprakelijkheid voor gevolgen in het strafrecht. Deel I: Het causaliteitsprobleem in het strafrecht* (diss. Nijmegen), Nijmegen/Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1947, p. 9 e.v.

14 Ook bij de (puur) formeel omschreven delicten is natuurlijk sprake van causale werking, maar is deze ‘ingeblikt’ in de wettelijke omschrijving van de delictsgedraging; de causaliteit vormt hier dus geen afzonderlijk bewijs-thema.

15 E. Sikkema, ‘De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevendenden in Nederland’, in: E. Sikkema & P. Waeterinckx, *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van leidinggevendenden – in de economische context* (preadvies NVVS 2010), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 1-103.

16 Zie B.J.V. Keupink, *Daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

17 Zie bijvoorbeeld G.E. Mulder, ‘Causaliteit in het strafrecht’, in: V.H. Davelaar-van Tongeren e.a. (red.), *Strafrecht in perspectief*, Arnhem: Gouda Quint 1980, p. 179-196; J. R Emmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa’s Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1996, p. 192.

18 Zie Hazewinkel-Suringa/R Emmelink 1996, p. 192; Mulder 1980, p. 185; Machielse 2014, p. 215-216.

delicten voor; daarnaast wordt algemeen onderkend dat bepaalde materieel omschreven commissiedelicten kunnen worden begaan door nalaten (de oneigenlijke omissiedelicten).¹⁹ Door sommige auteurs wordt gesteld dat ter zake van het nalaten de dogmatische theorievorming ten onrechte wordt geplooid in een vorm die rekening houdt met een verondersteld maar in werkelijkheid non-existent vereiste. Het enige dat in dergelijke gevallen dient te worden vastgesteld, is dat de betrokkene, door niet te handelen waar dat rechtens wel geboden was, dus waar een rechtsplicht bestond die actief handelen voorschrijft, een bepaalde causale gang van zaken niet effectief heeft gestuit.²⁰ Maar, nogmaals: deze opvatting houdt geen rekening met de *normatieve* aard van het strafrechtelijke causaliteitsbegrip. Ook in het dagelijkse spraakgebruik ondervinden wij weinig moeite met de toeschrijving van causale werkzaamheid aan negatieve feiten ('door het uitblijven van regen is de oogst mislukt'). De normatieve overwegingen die een rol spelen in de toeschrijving van oorzake-lijkheid in het algemene taalgebruik én in het strafrecht berusten op geregistreerde afwijkingen van algemene, empirische *verwachtingspatronen*: zodra een fenomeen optreedt dat niet beantwoordt aan hetgeen in 'normale' omstandigheden verwacht wordt, zoeken wij naar een oorzaak voor het optreden van dit fenomeen; die oorzaak kan dan goed gelegen zijn in het uitblijven van een gebeurtenis of handeling die 'normaal gesproken' verwacht wordt of verwacht mag worden.²¹

Wij menen dus dat in het strafrecht terecht wordt aangenomen dat nalaten te handelen in gevallen waarin handelen rechtens gevegd is, een oorzakelijk verband kan hebben met een bepaald gevolg. Maar dit neemt niet weg dat soms een 'jacht op causaliteit' plaatsheeft op jachtvelden waar causale verbanden in strafrechtelijke zin niet 'natuurlijk' voorkomen.²²

Wij doelen hierbij op de culpoze gevolgsdelicten (bijvoorbeeld het gemeenlijk als 'dood door schuld' aangeduide misdrijf van artikel 307 Sr). Ondanks het gangbare taalgebruik – volgens hetwelk een bepaald gevolg is tweeweggebracht 'door' schuld – moet worden aangenomen dat schuld in de zin van *culpa* of onachtzaamheid in causale zin te inert is om een bepaald gevolg in het leven te kunnen roepen. Door niet na te denken waar dat wél had behoord, of door onvoldoende na te denken, laat iemand toe dat zijn of haar gedraging een causale gang van zaken in een strafrechtelijk relevant onheil laat uitmonden. Niet de schuld als zodanig is hier 'oorzaak', maar de (culpoos verrichte) gedraging.

Een vergelijking met een spiegelbeeldige figuur kan ons punt wellicht verhelderen: de vrijwillige terugtred bij een zogenoemde 'voltooide poging'. Teneinde zich in gevallen van voltooide poging met vrucht op vrijwillige terugtred te kunnen beroepen, is onder meer vereist dat de verdachte aannemelijk maakt dat hij het (relatief ver gevorderde) begin van uitvoering van het grondmisdrijf actief ongedaan maakt (de *actus contrarius*).²³ Oftewel: wie een voltooide poging verricht, overtreedt een strafrechtelijke verbodsnorm en laadt een rechtsplicht op zich om het gevolg actief te beletten. Wie dit nalaat, en de ingezette causale keten op zijn beloop laat, zal – indien het gevolg zich verwerkelijkt – veroorzaker zijn van dat gevolg. De oorzaak is dan echter (zoals vanzelf spreekt) niet gelegen in de omstandigheid dat men heeft nagelaten (voldoende in het werk te stellen om) vrijwillig terug te treden, maar gewoon in de gedraging die is tenlastegelegd.

19 Vgl. de zaak van HR 30 september 2003, NJ 2005/69, m.nt. Knigge.

20 Dit was bijvoorbeeld de opvatting van Welzel; zie Koriath 2007, p. 132; en van G.E. Moore, 'Causation and responsibility', *Social Philosophy and Policy* 16 (1998), p. 1-51; zie V. Tadros, *Criminal Responsibility*, Oxford: OUP 2005, p. 171.

21 Tadros 2005, p. 171-173.

22 Naar analogie van de 'Jagd nach dem Vorsatz in der Fahrlässigkeit'; zie K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung. Bd. VI: Die Fahrlässigkeit*, Leipzig: Meiner 1919, p. 328.

23 Zie HR 19 december 2006, NJ 2007/29; HR 3 maart 2009, NJ 2009/236; HR 7 juli 2009, NJ 2009/421; HR 22 december 2009, NJ 2010/28.

3. Tweede stelling: het onderscheid tussen ‘empirische’ en ‘juridische’ causaliteit berust op een karikatuur en is onhoudbaar

3.1 *Het juridisch-normatieve karakter van strafrechtelijke causaliteit*

Oorspronkelijk werd de vaststelling van het causaal verband door de Hoge Raad beschouwd als een (puur) feitelijke kwestie, die aan de feitenrechter werd overgelaten.²⁴ De geldende leer van de redelijke toerekening benadrukt juist het juridische karakter van de strafrechtelijke causaliteit.²⁵ Vast staat dat de maatstaf van de redelijke toerekening een normatief criterium is.²⁶ ‘Causaliteit is geen ontologisch gegeven, het is niet iets wat in abstracto is. Bij vragen naar causaliteit gaat het om een specifiek normatief oordeel of een gedraging rechtens als oorzaak van een gevolg mag gelden.’²⁷ Het gaat in het strafrecht om ‘fout’ gedrag, aldus Mulder. Aan dat foute gedrag moet bij materiële delicten een gevolg kunnen worden toegerekend. Op de achtergrond speelt steeds de vraag mee of de sanctie mede op grond van dat gevolg ‘verdiend’ is. Als dit uit het oog wordt verloren, ontstaat er een soort ‘fysische’ causaliteitstheorie die geen verklaring kan geven voor causale problemen op het terrein van het strafrecht.²⁸ Onze conclusie is op dit punt dan ook dat strafrechtelijke causaliteit *materieel* gezien een juridisch-normatief begrip is. Hetgeen in de literatuur wordt aangeduid als ‘empirische causaliteit’ heeft (in beginsel²⁹) geen betrekking op de *inhoud* van het strafrechtelijke causaliteitsbegrip, maar ziet vooral op het *bewijs* daarvan (dit werken wij nader uit in paragrafen 4 tot en met 6).

Volgens een beroemde, door Mill geboden definitie is causaliteit, wetenschappelijk beschouwd, de *som* van alle (positieve en negatieve) antecedenten die tezamen de *toereikende* voorwaarden vormen waaronder een bepaald effect optreedt.³⁰ Het is duidelijk dat het strafrechtelijke concept van causaliteit niet aan deze definitie kan voldoen (en dus volgens Mill eigenlijk de titel *causaliteitsconcept* strikt genomen niet zou mogen voeren):³¹ immers, in het strafrecht wordt uit een schier oneindige hoeveelheid van condities die tezamen een bepaald strafrechtelijk relevant gevolg hebben doen intreden, een bepaalde conditie uitgelicht die strafrechtelijk als ‘de’ oorzaak heeft te gelden.³² De tweede stelling die wij in dit artikel verdedigen, berust dan ook op het op het eerste gezicht nogal triviale uitgangspunt dat causaliteit in het strafrecht een *juridisch* begrip is dat semantisch verschilt van causaliteitsbegrippen in andere disciplines en in de omgangstaal.

In de sinds 1978 in de jurisprudentie van de Hoge Raad vigerende maatstaf ter vaststelling van causaal verband komt eigenlijk reeds op fraaie wijze tot uitdrukking hoe het materiële strafrecht zijn ‘eigen’ causaliteitsconcept construeert, dus een causaliteitsconcept dat afwijkt van concepten van causaliteit binnen andere disciplines. De maatstaf luidt, als bekend, als volgt: causaal verband bestaat indien een bepaalde, strafrechtelijk relevante bevinding – bijvoorbeeld de dood van een persoon – redelijkerwijs als gevolg van de han-

24 Machiels 2014, p. 187-188; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 182-184; Kelk/De Jong 2016, p. 208-209.

25 J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 188.

26 Mulder 1980, p. 193.

27 't Hart, noot onder HR 25 juni 1996, NJ 1997/vc563.

28 Mulder 1980, p. 180.

29 Een scherpe en volledige scheiding tussen bewijs en inhoud zal hier nooit in alle opzichten gemaakt kunnen worden (zie paragraaf 5).

30 J.S. Mill, *A System of Logic Ratiocinative and Inductive. Book III*, Londen: J.W. Parker 1886 (eighth edition); aangehaald door H.L.A. Hart & T. Honoré, *Causation in the Law*, Oxford: Clarendon Press 1985 (second edition), p. 16-22; en door H. Koriath, *Kausalität und objektive Zurechnung*, Baden-Baden: Nomos 2007, p. 18 en 118.

31 Zie Hart & Honoré 1985, p. 21-22; en Koriath 2007, p. 19.

32 Zie Koriath 2007, p. 118, die op dit punt citeert uit A. Finger, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin: Heymann 1904, p. 277-279.

deling van de verdachte aan die verdachte kan worden toegerekend.³³ In deze formulering bevat de maatstaf een soort paardensprong: de handeling van de verdachte wordt juridisch gewaardeerd als een oorzaak van een strafrechtelijk relevante bevinding als die bevinding *als gevolg* van die handeling redelijkerwijs aan de verdachte kan worden toegerekend. Oftewel: uit de keten van condities die tezamen het gevolg in het leven hebben geroepen, wordt de handeling van de verdachte gelicht en – als een soort *pars pro toto* – als ‘de’ strafrechtelijk relevante oorzaak aangemerkt.

De centrale term ‘toerekening’ duidt al op de intrinsiek normatieve aard van de grondslag waarop binnen het strafrecht causaal verband wordt vastgesteld.³⁴ Van het begrip toerekening (imputatie) gaf Kant in *Die Metaphysik der Sitten* uit 1797 de volgende, beroemde omschrijving:

“Zurechnung (imputatio) in moralischer Bedeutung ist das *Urteil*, wodurch jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung, die alsdann *Tat* (factum) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird; welches, wenn es zugleich die rechtlichen Folgen aus dieser Tat bei sich führt, eine rechtskräftige (imputatio iudicaria, s. valida), sonst aber nur eine *beurteilende* Zurechnung (imputatio diiudicatoria) sein würde.”³⁵

Toerekening is blijkens dit citaat een *normatief* (moreel of juridisch) oordeel op grond waarvan een persoon wordt aangemerkt als *Urheber* van een handeling.

In een andere passage uit hetzelfde werk maakt Kant duidelijk dat een persoon langs de weg van een normatief toerekeningsoordeel eveneens kan worden aangemerkt als *Urheber* van de ‘werking’ van zijn handeling en dus van haar gevolg(en):

“*Tat* heißt eine Handlung, sofern sie unter Gesetzen der Verbindlichkeit steht, folglich auch, sofern das Subjekt in derselben nach der Freiheit seiner Willkür betrachtet wird. Der Handelnde wird durch einen solchen Akt als *Urheber* der Wirkung betrachtet, und diese, zusamt der Handlung selbst, können ihm *zugerechnet* werden (...)”³⁶

Men ontwaart licht de gelijkenis met de maatstaf van de redelijke toerekening: een bevinding wordt als gevolg van de handeling van de verdachte in redelijkheid aan die verdachte (als *Urheber* van het gevolg) toegerekend.

3.2 *Strafrechtelijke causaliteit versus andere causaliteitsbegrippen*

Onder welke voorwaarden de toerekening van een bevinding aan de verdachte in een gegeven geval metterdaad ‘redelijk’ is, is hiermee uiteraard nog allerm minst uitgemaakt. De maatstaf van de redelijke toerekening is zeer open en globaal, en laat dus veel ruimte voor casuïstische redeneringen en oordelen. Maar wel kan uit de formulering van de maatstaf reeds worden opgemaakt dat het strafrechtelijke concept van causaliteit niet noodzakelijkerwijze overeenstemt met bijvoorbeeld binnen de natuurwetenschappen vigerende cau-

33 Zie Kelk/De Jong 2016, p. 219 e.v.

34 Zie Aichele 2011.

35 Aichele 2011, p. 276; ook aangehaald in A. Aichele, ‘Grüße von Sam. Zum Verhältnis von Zurechnungsfähigkeit und Menschheitsbegriff am Paradigma der Rechtsphilosophie Kants’, in: M. Kaufmann & J. Renzikowski (Hrsg.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt am Main etc.: Peter Lang 2004, p. 247-262, p. 250. Kant vervolgt met: ‘Diejenige (physische oder moralische) Person, welche rechtskräftig zu zurechnen die Befugnis hat, heißt der Richter oder auch der Gerichtshof (iudex s. forum).’ Zie ook F. de Jong, ‘Hermeneutiek en toerekening’, in: F.A.M.M. Koenraadt (red.), *Subjectiviteit in strafrecht en psychiatrie*, Den Haag: BJu 2010, p. 43-64.

36 Geciteerd in Aichele 2011, p. 278.

saliteitsbegrippen of met de verschillende causaliteitsbegrippen die binnen de dagelijkse omgangstaal worden gehanteerd. Voor zover causaliteit in het strafrecht een rol speelt (en om de in de vorige paragraaf uiteengezette redenen menen wij dat dit niet steeds het geval is), is de inhoud van dit begrip immers gekleurd door de specifieke normatieve oriëntatie die aan het strafrecht inherent is en die (daarom) ook op de inschakeling van het begrip causaliteit binnen het strafrecht haar invloed doet gelden.

Ter aanduiding van de normatieve oriëntatie van het strafrecht kunnen wij, in een aan Kelsen ontleende, kantiaanse terminologie (waaraan hierboven al even werd gerefereerd) stellen dat het (straf)recht een normatieve orde is die is gegrond in een beginsel van imputatie of toerekening (*Zurechnung*).³⁷ Het strafrecht wordt wezenlijk gekenmerkt door zijn 'oriëntatie op imputatie', oftewel de intentionele gerichtheid van de operaties van het strafrechtelijk systeem op beantwoording van de vraag naar de mogelijkheid tot imputatie of toerekening van als strafbare feiten aangemerkte subjectieve verrichtingen aan de strafrechtelijk ter verantwoording geroepen 'auteurs' daarvan.³⁸ Ook de vaststelling van causaliteit staat uiteindelijk in de sleutel van deze fundamentele normatieve gerichtheid van het strafrecht.

Het natuurkundige begrip van causaliteit is in zoverre dan ook 'wezensvreemd' aan het (straf)recht: het zojuist genoemde beginsel van imputatie of toerekening vertoont weliswaar een structurele analogie met het beginsel van causaliteit waarin de natuurwetenschappen zijn gegrond, maar is daarop niet gebaseerd, noch daarvan afhankelijk.³⁹ De analogie betreft de omstandigheid dat beide beginselen worden gestructureerd door de verbinding van twee elementen, twee *relata*. Het kardinale verschil is gelegen in de omstandigheid dat de inhoud van de *relata* geheel anders is. Toerekening of imputatie ziet op de relatie tussen een persoon en een gedraging inclusief haar gevolgen, onder het opschrift van persoonlijke verantwoordelijkheid en dus van *vrijheid*; het causaliteitsbeginsel in de natuurwetenschappen ziet daarentegen primair op de *deterministische* verklaring van een gebeurtenis als het effect van een geheel van voorgaande gebeurtenissen of condities die tezamen door een bepaalde ingeroepen natuurwet als de oorzaak worden aangeduid.⁴⁰

Het voorgaande betekent intussen niet dat we onkritisch de mededeling dat causaliteit in het strafrecht een juridische betekenis heeft die (dus) afwijkt van wat men er in het dagelijks spraakgebruik onder verstaat en/of van wat met er binnen andere disciplines, bijvoorbeeld de natuurwetenschappen, onder verstaat zomaar voor kennisgeving moeten aannemen. Dát juridische causaliteit afwijkt – op onderdelen, of misschien *tout court* – van wat de term causaliteit of veroorzaking in het dagelijkse spraakgebruik of binnen andere disciplines zoal kan betekenen, is, hoewel waar, op zichzelf weinig informatief. Ten eerste is de juridische specificatie en semantische omlijning van aan de algemene omgangstaal ontleende begrippen een algemeen fenomeen; ook het strafrechtelijk opzetbegrip wijkt af van wat men binnen andere wetenschappelijke disciplines of in de omgangstaal onder opzet of intentie verstaat. En ten tweede levert deze vaststelling op zichzelf nog geen in-

37 Zie H. Kelsen, *Pure Theory of Law* (vert. M. Knight), Berkeley/Los Angeles: University of California Press [1934/1960] 1967, p. 82-85; zie ook F. de Jong, *Symbolische en diabolische krachten in het strafrecht* (oratie Utrecht), Den Haag: Bju 2016, p. 3-13.

38 F. de Jong, *Daad-schuld* (diss. Utrecht), Den Haag: Bju 2009, p. 1-5.

39 Volgens Kelsen was het zelfs omgekeerd: het causaliteitsbeginsel binnen de moderne natuurwetenschappen is het resultaat van een langdurig proces van ontworsteling uit het animistische denken waarin het imputatiebeginsel is gegrond; zie Kelsen 1967, p. 82-85; en H. Kelsen, *Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Untersuchung*, Wenen etc.: Böhlau [1941] 1982.

40 Zie Kelsen 1967, p. 85-91. Dit punt maakt ook Aichele 2011. Een ander door Kelsen genoemd belangrijk verschil is dat iedere vorm van natuurcausaliteit optreedt binnen een in beginsel oneindige keten van eerdere en latere gebeurtenissen, terwijl het aantal schakels in een imputatieketen verre van onbeperkt is.

formatie op over hoe en in hoeverre het strafrechtelijke begrip causaliteit dan wel afwijkt van buiten-strafrechtelijke concepten ervan, en evenmin hoe redelijk of rechtvaardigbaar de discrepanties ertussen zijn.⁴¹

3.3 *Een karikaturale tegenstelling*

Die discrepanties moeten intussen ook niet worden overdreven. Zo worden bijvoorbeeld de verschillen tussen het strafrechtelijke causaliteitsconcept en het natuurwetenschappelijke concept van causaliteit nogal eens groter voorgesteld dan ze zijn, doordat men zich in feite van een karikatuur van beide concepten bedient. Dit gebeurt doordat het natuurwetenschappelijke concept dikwijls wordt gelijkgesteld aan een volstrekt 'empirisch' begrip, waartegenover het juridische concept wordt voorgesteld als een onversneden 'normatief' begrip. De tegenoverstelling van een 'empirisch' of 'feitelijk' en een 'normatief' of 'juridisch' begrip van causaliteit is echter in zoverre karikaturaal en misleidend, dat hierdoor gemakkelijk wordt miskend dat ook een normatief concept radicaal afhankelijk is van de empirie, dat wil zeggen: van wat de ervaring leert. Dit blijkt reeds zeer duidelijk uit verschillende factoren die ter invulling van het strafrechtelijke causaliteitsbegrip in aanmerking plegen te worden genomen (zie paragraaf 1). *Mutatis mutandis* geldt overigens hetzelfde voor de in de dogmatiek nogal eens voorkomende, karikaturale tegenoverstelling van een 'feitelijk' of 'psychisch' en een 'normatief' of 'juridisch' begrip van opzet.⁴²

Het 'normatieve' begrip van causaliteit in het strafrecht is dus evenzeer een empirisch en daarmee feitelijk begrip. Omgekeerd werken de natuurwetenschappen niet steeds met een causaliteitsconcept dat volkomen vrij is van deels normatieve en alledaagse causaliteitsnoties. Ook in de natuurwetenschappen spelen bijvoorbeeld de temporele afstand tussen het initiële antecedent en het gevolg en ook de hoeveelheid schakels in een causale keten wel degelijk een rol in de beantwoording van de vraag hoe een bepaald gevolg causaal kan worden verklaard.⁴³ Maar een en ander laat onverlet dat met betrekking tot de inhoud van de in aanmerking genomen 'empirie' uiteraard een sterk verschil blijft bestaan tussen de strafrechtelijke en de natuurwetenschappelijke begrippen van causaliteit. Anders dan natuurwetenschappelijke concepten van causaliteit wordt het strafrechtelijke causaliteitsconcept *rechtstreeks* door normatieve overwegingen beïnvloed, die een wig drijven tussen beide typen concepten en die het juridische causaliteitsconcept onafhankelijk maken van de natuurwetenschappelijke beschouwingswijze: het recht construeert zijn eigen begrip van 'what happens in the world'.⁴⁴

Dit blijkt bijvoorbeeld uit de omstandigheid dat in het strafrecht ook omissies geacht worden oorzakelijk te kunnen bijdragen aan een gevolg (zie paragraaf 2), de omstandigheid dat in het strafrecht een causale keten doorgaans (veel) minder snel wordt geacht te zijn doorbroken door interventies van 'derden',⁴⁵ en ten slotte de omstandigheid dat voor de vaststelling van causaal verband in het strafrecht ook subjectieve bestanddelen, zoals het

41 Op dit punt nemen wij dus niet onmiddellijk genoegen met de vaststelling van Hart en Honoré dat '(...) the criteria for deciding such questions [of causality] were not inventions of the law but were to be found outside the law in what was assumed, rightly or wrongly, to be part of the ordinary man's stock of general notions'; Hart & Honoré 1985, p. 91.

42 Zie De Jong 2009 (waarin onder meer de stelling wordt verdedigd dat het strafrechtelijke begrip opzet een 'bivalent', want zowel psychisch als normatief begrip is). Zie ook Loth 1992.

43 Zie Tadros 2005, p. 159-166, vooral p. 165-166.

44 Tadros 2005, p. 171.

45 Tadros 2005, p. 173-175.

eventueel bij de verdachte aanwezige opzet, een belangrijke rol kunnen spelen.⁴⁶ Wat de laatstgenoemde omstandigheid betreft: de oude adequatietheorie, waarbinnen de (mate van) voorzienbaarheid van het ingetreden gevolg centraal staat, kan ook in de toepassing van de leer van de redelijke toerekening nog wel eens doorslaggevende diensten bewijzen.⁴⁷ Heel vreemd is dat niet: als wij – zoals hierboven bepleit – aannemen dat het strafrecht zich onder het opschrift van persoonlijke verantwoordelijkheid oriënteert op de toerekening of imputatie van een gedraging inclusief haar gevolgen aan een persoon, dan is het weinig verbazingwekkend dat de aan de gedraging inherente ‘finaliteit’ in deze toerekening een rol van betekenis speelt.⁴⁸ En die finaliteit van de gedraging gaat vooral schuil in de *intentie* waarmee een verdachte zijn gedraging heeft verricht.

Oftewel: strafrechtelijke causaliteit is een door en door normatief (hetgeen dus niet wil zeggen: niet-empirisch, zie hierboven) fenomeen. Ook de empirische, dus aan de ervaring ontleende factoren die een rol spelen in de toepassing van de hoofdmaatstaf van de redelijke toerekening ter vaststelling van een causaal verband in strafrechtelijke zin zijn gestempeld door de aan het strafrecht inherente, normatieve oriëntatie op de toerekening van strafrechtelijke verantwoordelijkheid aan personen.⁴⁹ Wij concluderen daarom dat het binnen de strafrechtsdogmatische literatuur vaak gemaakte onderscheid tussen empirische (feitelijke of fysische) causaliteit enerzijds en juridische (normatieve) causaliteit anderzijds als twee van elkaar te onderscheiden ‘stappen’ in de strafrechtelijke bewijsvoering van causaal verband (zie ook hierna, paragraaf 4), berust op een karikaturale voorstelling van de causaliteitsbegrippen binnen verschillende disciplines en onhoudbaar is.

4. **Derde stelling: de *conditio sine qua non* wordt ten onrechte op één lijn gesteld met de feitelijke (empirische) causaliteit, terwijl deze juist één van de relevante factoren is binnen het normatieve criterium van de redelijke toerekening**

4.1 *De heersende leer en de opvatting van Witjens*

In de literatuur wordt, zoals wij eerder constateerden, veelal een onderscheid gemaakt tussen de empirische (feitelijke of fysische) causaliteit enerzijds en de juridische (normatieve) causaliteit anderzijds. Bij de toepassing van de leer van de redelijke toerekening stelt de rechter volgens Witjens eerst vast of een bepaalde voorwaarde (namelijk de gedraging van de verdachte) kan worden aangemerkt als een *conditio sine qua non* voor een bepaalde strafrechtelijk relevante bevinding (bijvoorbeeld de geconstateerde dood van een persoon).

46 Zie Kelk/De Jong 2016, p. 223; vgl. Tadros 2005, p. 175-181 (en vooral de twee door hem beschreven voorbeelden ‘Shop Bomb 1’ en ‘Shop Bomb 2’ op p. 179-180); anders hierover Moore 1998. Omgekeerd geldt dat binnen de onderste gradatie van het subjectieve delictsbestanddeel opzet, het voorwaardelijk opzet dus, ook een (quasi-)causaliteitscomponent bevat: de aanmerkelijke kans op het intreden van een door de strafwet gewraakt gevolg. Hierop wijzen ook: A-G Machielse in zijn conclusie voor HR 14 oktober 2014, NJ 2015/5, m.nt. Keijzer; Kwakman 2007; en F. de Jong, T. van Roomen & E. Sikkema, ‘Objectiverende tendensen binnen het voorwaardelijk opzet’, DD 2007, p. 929-958.

47 Dit impliceert uiteraard niet dat de aanmerkelijke kans als onderdeel van het voorwaardelijk opzet *identiek* is aan het strafrechtelijke begrip causaliteit: in het hieronder in paragraaf 4.3 nog kort te bespreken arrest van het Hof Den Haag van 4 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:621 (Zwavelzuur) werd geoordeeld dat de gedraging die bestond in het overgieten van het slachtoffer met zwavelzuur mogelijk geen aanmerkelijke kans opleverde op het intreden van de dood van het slachtoffer, maar dat de uiteindelijk (vanwege zelfdoding) ingetreden dood van dat slachtoffer wel redelijkerwijs als gevolg van de gedraging van de verdachte aan de verdachte kon worden toegerekend.

48 Hier past een verwijzing naar de ‘finale handelingsleer’ van Welzel; zie De Jong 2009, p. 24-26; A.A.G. Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1966, p. 50-88.

49 Zo ook reeds J.F. Glastra van Loon, *Norm en handeling. Bijdrage tot een kentheoretische fundering der sociale wetenschappen* (diss. Leiden), Groningen: Wolters-Noordhoff [1956] 1987, p. 172-205.

Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of toerekening van deze bevinding (als gevolg van de gedraging van de verdachte) aan de verdachte in dit specifieke geval ook redelijk is. In de gangbare dogmatiek, zoals weergegeven door Witjens, worden deze onderscheiden stappen gekoppeld aan de tweedeling tussen empirische causaliteit en juridische causaliteit.⁵⁰ In de heersende leer wordt de redelijke toerekening namelijk gezien als een correctie op de ‘natuurkundige’ causaliteit die dan wordt vereenzelvigd met de *conditio sine qua non*-causaliteit. ‘De toerekeningsvraag komt dus pas aan de orde als vaststaat dat de gedraging in kwestie een schakel is geweest in de causale keten van gebeurtenissen doordat zij daaruit niet kan worden weggedacht.’⁵¹

In de juridische literatuur wordt dus vaak aangenomen dat de leer van de *conditio sine qua non* kan worden gebruikt om het causaal verband in empirische of fysische zin te verifiëren. Witjens vraagt zich echter af of deze leer wel de juiste vertaling vormt van de empirische causaliteit. Het empirische causale verband moet worden vastgesteld aan de hand van ervaringsregels, wetenschappelijke bevindingen, regels van logica, et cetera. Volgens Witjens is het een misvatting te denken dat de *conditio sine qua non*-leer geschikt is om wetenschappelijke bevindingen over causaliteit in het recht te verwerken. Wetenschappers kunnen nooit met *zekerheid* vaststellen dat in een *specifiek* geval sprake is van een causaal verband. Witjens verdedigt daarom een benadering waarin geen rol meer is weggelegd voor de *conditio sine qua non*.⁵²

De tweedeling tussen empirische en juridische causaliteit leidt volgens Witjens namelijk tot verwrongen constructies. Rechters moeten soms kunstgrepen gebruiken om te kunnen vaststellen dat een bepaalde voorwaarde heeft te gelden als een *conditio sine qua non*. Witjens meent daarom dat de redelijke toerekening betrekking zou moeten hebben op het gehele causaliteitsoordeel. Toerekening zou onder omstandigheden ook redelijk kunnen zijn als een *conditio sine qua non*-verband niet kan worden vastgesteld.⁵³ Witjens vraagt zich dan ook af of het empirische perspectief wel het juiste uitgangspunt vormt voor de strafrechtelijke causaliteit. ‘Om recht te doen aan de eigen aard van het juridisch causaliteitsoordeel, moet expliciet begonnen worden vanuit de redelijke toerekening als juridisch, normatief causaliteitscriterium.’ Daarbij zou overigens ‘onverminderd’ een rol blijven bestaan voor de empirische causaliteit, maar dan als component van de strafrechtelijke causaliteit, die is ingebed in juridische overwegingen (zie ook paragraaf 3.3).⁵⁴ Niet iedere onzekerheid over de empirische component hoeft aan aansprakelijkheid in de weg te staan.⁵⁵

4.2 De opvatting van Kwakman

Een min of meer spiegelbeeldige opvatting wordt verdedigd door Kwakman, die juist meent dat de *conditio sine qua non* een zelfstandig causaliteitscriterium in het strafrecht is en als zodanig zou moeten worden toegepast.⁵⁶ Volgens deze auteur dienen in het strafrecht allerlei *feitelijke* vaststellingen en *normatieve* oordelen (bijvoorbeeld met betrekking tot de causaliteit) strikter te worden gescheiden dan nu gewoonlijk gebeurt. Bij het causaliteitsvraagstuk zou zo-

50 Witjens 2011, p. 130; zie ook V.C. Geeraets, ‘Boekbespreking: E.M. Witjens, Strafrechtelijke causaliteit – De redelijke toerekening vergeleken met het privaatrecht (diss. Groningen)’, *DD* 2012/11, p. 128-129.

51 Knigge, noot onder HR 30 september 2003, *NJ* 2005/69, punt 3. Zoals we verderop, in paragraaf 7.2, nog zullen zien, stemt deze benadering *grosso modo* overeen met de heersende leer in de Duitse dogmatiek en in de rechtspraak van het *Bundesgerichtshof* ten aanzien van causaliteit, waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen de *conditio sine qua non* (equivalentietheorie) en de zogenoemde objectieve toerekening als correctie daarop.

52 Witjens 2011, p. 14-15; Witjens 2012, p. 372-375.

53 Geeraets 2012, p. 128-129.

54 Witjens 2011, p. 212-215 (citaat op p. 213).

55 Witjens 2011, p. 219-225.

56 Kwakman 2007; Kwakman 2012; Kwakman 2014.

veel mogelijk ‘eenvoudigweg’ moeten worden volstaan met de feitelijke (objectieve, logische of anderszins wetenschappelijk te verantwoorden) vaststelling dat sprake is van een *conditio sine qua non*-verband tussen de gedraging van de verdachte en het ingetreden gevolg.⁵⁷ Aan de hand van alle (andere) voorwaarden voor strafbaarheid (zoals opzet, culpa, wederrechtelijkheid, enzovoort) zou vervolgens moeten worden nagegaan of de feitelijk vastgestelde causaliteit ook ‘normatief’ kan worden verheven tot strafrechtelijk relevante causaliteit.⁵⁸

Voor het bewijs van het ‘feitelijke’ oorzakelijke verband geldt wat ook voor andere bewijskwesties geldt: het dient te worden vastgesteld aan de hand van ervaringsregels, wetenschappelijke bevindingen, logica, etc. De vraag hoe causale verbanden kunnen worden vastgesteld moesten we maar liever overlaten aan de betreffende wetenschappelijke disciplines en aan de daarin gespecialiseerde deskundigen, aldus Kwakman.⁵⁹ Kwakman acht het daarbij vanzelfsprekend dat bij het bewijs van de ‘feitelijke’ ondergrens van de vereiste causaliteit – de *conditio sine qua non* oftewel (in de termen van Witjens) het empirische causaal verband – altijd sprake is van een bepaalde onzekerheidsmarge. Die onzekerheidsmarge is aanvaardbaar als alternatieve scenario’s hoogst onwaarschijnlijk zijn.⁶⁰ Als men echter het objectieve of feitelijke criterium van de *conditio sine qua non* en het normatieve criterium van de redelijke toerekening in elkaar zou schuiven, zoals voorgesteld door Witjens, en dus niet langer als zelfstandige criteria zou beschouwen, dan zou de aard van de gevolgen in het specifieke geval doorslaggevend worden (of in elk geval een rol spelen) bij het ‘normatief toerekenen’ van het gevolg, ook indien de *conditio sine qua non* ‘feitelijk’ niet kan worden vastgesteld.

Het toepassen van de leer van de redelijke toerekening op de *conditio sine qua non* zou een *uitbreidende* werking met zich meebrengen, hetgeen volgens Kwakman ontoelaatbare consequenties zou hebben. De normatieve toerekening naar redelijkheid dient in de visie van Kwakman enkel in *beperkende* zin een rol te spelen: niet iedere *conditio sine qua non* blijkt bij nader inzien ook strafrechtelijk relevant te zijn. De slotsom van Kwakman is dat de ondergrens van het vereiste causale verband (het *conditio sine qua non*-vereiste) ‘feitelijk’ zal moeten worden bewezen. ‘Daarbij moet een bepaalde “bewijsrechtelijke” onzekerheidsmarge, die niet afhankelijk mag zijn van de aard van de gevolgen, aanvaardbaar worden geacht.’⁶¹

57 Maar vgl. verschillende bijdragen in F. Bacchini, S. Caputo & M. Dell’Utri (eds.), *New Advances in Causation, Agency and Moral Responsibility*, Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing 2014, waaruit te leren valt dat ‘het’ natuurkundige causaliteitsbegrip allerm minst samenvalt met hetgeen binnen de juridische dogmatiek als de *conditio sine qua non*-test bekend staat. Zie bijvoorbeeld de contrafactische ‘interventionist theory’, ontwikkeld door J. Woodward, *Making Things Happen: A Theory of Causal Explanation*, Oxford: OUP 2003; zie ook Moore 2009, p. 371-471, over ‘counterfactual conditionals’, ‘counterfactual theory of causation’ en ‘counterfactual dependence’.

58 Dit is een benadering die bijvoorbeeld ook in de *Model Penal Code* van de American Law Institute (1962) herkenbaar is; zie Section 2.03 waarin causaliteit eerst (sub 1) wordt vereenzelvigd met de *conditio sine qua non*-test (de ‘antecedent but for which the result in question would not have occurred’) en waarin vervolgens (sub 2-4) de normatieve correcties hierop die wij gewoon zijn op te vangen binnen de algemene formule van de ‘redelijke toerekening’ worden gerangschikt onder verschillende *mens rea*-modaliteiten.

59 Kwakman 2007, p. 996-999.

60 Hier kan volgens Kwakman een parallel worden getrokken met het vereiste van een aanmerkelijke kans binnen het voorwaardelijk opzet. Die kans moet volgens Kwakman op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad ‘statistisch’ gezien aanmerkelijk zijn; de aard en de ernst van het gevolg mogen daarbij geen rol spelen. Wij hebben eerder betoogd dat het in dit verband gehanteerde criterium van de ‘algemene ervaringsregels’ niet meebrengt dat de aanmerkelijke kans louter aan de hand van de statistiek zou moeten worden ingevuld; de ervaringsregels vormen een kwantitatieve, maar geen puur statistische maatstaf (zie De Jong, Van Roomen & Sikkema 2007, p. 946-949).

61 Kwakman 2012, p. 471-476 (citaat op p. 476). Zie over de verhouding tussen causaliteit en voorwaardelijk opzet ook een enkele opmerking in paragraaf 3.

4.3 *Jurisprudentie en eigen opvatting*

Wij menen dat in deze discussie Witjens het bij het rechte eind heeft, niet omdat – zoals Witjens betoogt – wetenschappers nooit met zekerheid kunnen vaststellen dat in een specifiek geval sprake is van een *conditio sine que non*-verband,⁶² maar omdat het uiteindelijk niet mogelijk is om ‘empirische causaliteit’ van ‘juridisch-normatieve causaliteit’ te onderscheiden (zie paragraaf 3).⁶³ Het onderscheid tussen empirische en juridische causaliteit lijkt op het eerste gezicht van belang voor de beoordeling van causaliteitskwesies door de Hoge Raad. Als de feitenrechter het verkeerde causaliteitscriterium zou toepassen, is sprake van een zuiver rechtsoordeel dat integraal door de Hoge Raad kan worden getoetst. Het bewijs van de empirische causaliteit betreft daarentegen een feitelijk oordeel, dat slechts op begrijpelijkheid kan worden getoetst door de Hoge Raad. Volgens Witjens is het echter niet altijd mogelijk om het oordeel van de Hoge Raad over het bewijs van de empirische causaliteit enerzijds en over de juridische causaliteit anderzijds te onderscheiden. Het gaat bij causaliteit immers om een gemengd oordeel, waardoor onduidelijk kan blijven of de Hoge Raad een punt als een feitelijke kwestie dan wel als een ‘toerekeningsvraag’ ziet. De Hoge Raad overweegt vaak in één adem dat het oordeel van het hof ‘geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk is’.⁶⁴

Op basis van een aantal arresten concludeert Witjens dat de Hoge Raad het vaststellen van de *empirische* causaliteit als een zuiver *bewijsrechtelijke* kwestie lijkt te beschouwen: ‘in beginsel is de vraag naar het bewijs van empirische causaliteit een feitelijke, die men volgens de regels van het bewijsrecht moet beantwoorden. Hoogst onwaarschijnlijke mogelijkheden mogen daarbij volgens vaste jurisprudentie terzijde gelaten worden’.⁶⁵ Er zijn echter ook arresten die erop zouden kunnen duiden dat de Hoge Raad de hier bedoelde tweedeling tussen empirische en juridische causaliteit niet consequent hanteert. In die arresten wordt de empirische causaliteit volgens Witjens in de sleutel van de redelijke toerekening gezet.⁶⁶ Men kan (sommige van) deze arresten zo lezen dat er sprake is van een reguliere toepassing van het bewijsrecht. In die lezing bevestigen deze uitspraken in wezen slechts dat hoogst onwaarschijnlijke mogelijkheden niet door de bewijsmiddelen behoeven te worden uitgesloten.

Maar men kan aan deze rechtspraak ook een meer materieelrechtelijke betekenis toekennen, waarin de redelijke toerekening niet meer fungeert als een correctie op de ‘empirische’ *conditio sine qua non*-causaliteit.⁶⁷ Op grond van deze rechtspraak lijkt een scherp onderscheid tussen de leer van de *conditio sine qua non* en de redelijke toerekening niet goed vol te houden, aldus Witjens. De twee criteria laten zich niet altijd ontwarren. De rol van de *conditio sine qua non* lijkt te zijn gerelativeerd; deze is niet langer het startpunt van ieder causaliteitsoordeel. De *conditio sine qua non* is slechts één van de factoren in de

62 Dit is immers een argument dat niet de inhoud van het causaliteitsbegrip regardeert, maar de bewijsrechtelijke maatstaven voor de toepassing ervan: hoe ‘zeker’ of ‘waarschijnlijk’ dient het causale verband te zijn om voor bewezenverklaring in aanmerking te komen? Zie nader paragraaf 5. Wij zijn het op dit punt dan ook met Kwakman eens dat een onzekerheidsmarge bij het bewijs van causaal verband aanvaardbaar is (en ook móet zijn om nog praktikabel te zijn).

63 Bovendien menen wij dat de leer van de *conditio sine qua non* als zelfstandig causaliteitscriterium onbruikbaar is; dit punt vindt echter bespreking in paragraaf 7.

64 Witjens 2011, p. 127-133.

65 Witjens 2011, p. 164-175 (citaat op p. 174), onder verwijzing naar HR 3 december 1985, NJ 1986/425 en HR 3 juni 2008, NJ 2008/343.

66 Witjens 2011, p. 174-175, onder verwijzing naar HR 30 september 2003, NJ 2005/69, m.nt. Knigge (Nalaten); HR 5 juli 2005, ECLI:NL:HR2005:AT5722; HR 13 juni 2006, NJ 2007/48, m.nt. Buruma (Bloedvergiftiging); HR 19 december 2006, NJ 2007/423. Zie over het genoemde Bloedvergiftiging-arrest ook Machielse 2014, p. 208 en K. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 60-61.

67 Zie ten aanzien van HR 30 september 2003, NJ 2005/69 Knigge in zijn noot onder dit arrest.

'multi-factor benadering' van de redelijke toerekening en is daarmee geïntegreerd in dat laatste criterium. De *conditio sine qua non*-test lijkt bovendien zelf ook niet vrij van normatieve invloeden.⁶⁸ Daarmee komt het onderscheid tussen de empirische en de juridische causaliteit, zoals dat in de heersende leer (volgens Witjens) wordt gehanteerd, verder op de helling te staan (zie paragraaf 3).

Dit alles neemt dus niet weg dat de maatstaf van de *conditio sine qua non*, net als andere concrete factoren, nog altijd nuttige diensten kan bewijzen bij de concrete invulling van de overkoepelende maatstaf van de redelijke toerekening.⁶⁹ Het bestaan van een *conditio sine qua non*-verband kan in een concreet geval bijdragen aan het oordeel dat toerekening redelijk is.⁷⁰ Dit kan met name aan de orde zijn in gevallen waarin een of meer interveniërende factoren optreden tussen de initiële gedraging van de verdachte en het uiteindelijk (soms na lange tijd) ingetreden gevolg. Een sprekend voorbeeld biedt het geval van een verdachte die zijn toenmalige vriendin met zwavelzuur had overgoten, ten gevolge waarvan zij zeer ernstige lichamelijke en psychische letsels opliep. Het slachtoffer raakte door de zeer extreme gevolgen in een langdurig sociaal isolement terecht, totdat zij na ongeveer anderhalf jaar zichzelf het leven benam. Het hof veroordeelde de verdachte ter zake van zware mishandeling met voorbedachte raad, de dood ten gevolge hebbend. De bewezenverklaring van het causaal verband grondde het hof onder meer op het argument dat de verdachte degene is geweest die het slachtoffer in de situatie heeft gebracht waarin zij zich genoodzaakt zag tot de tragische keuze voor zelfdoding.⁷¹ In dit type gevallen wordt dus een afweging gemaakt tussen de zwaarte van de verschillende schakels in de causale keten.⁷²

In spiegelbeeldige gevallen – waarin een *conditio sine qua non*-verband niet kan worden vastgesteld, dus waarin niet kan worden vastgesteld of het gedrag van de verdachte een onmisbare voorwaarde was voor het intreden van het gevolg – verdient de redelijke toerekening wellicht extra aandacht.⁷³ In dergelijke gevallen eist de Hoge Raad dat wordt vastgesteld dat de gedraging van de verdachte in ieder geval wel een onmisbare factor kán hebben gevormd (Groninger hiv-arrest; zie hierover onze opmerkingen in paragrafen 6 en 7). In deze 'meer uitzonderlijke gevallen' speelt de *conditio sine qua non* met andere woorden een hypothetische of contrafactische rol. De stelling van Kwakman dat bij het causaliteitsvraagstuk 'eenvoudigweg' zou kunnen worden volstaan met de 'feitelijke' vaststelling dat sprake is van een *conditio sine qua non*-verband, kunnen wij echter niet volgen. Uit het voorgaande blijkt immers dat de *conditio sine qua non*-theorie juist geen 'feitelijke' vaststelling betreft, maar één van de factoren is die een rol kunnen spelen binnen de juridische theorie van de redelijke toerekening.⁷⁴

68 Witjens 2011, p. 187-190; zie nader paragraaf 7.

69 Kelk/De Jong 2016, p. 230-231; De Hullu 2015, p. 189.

70 Vgl. Mulder 1980, p. 193.

71 Hof Den Haag 4 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:621 (Zwavelzuur). In eerste aanleg had de rechtbank de verdachte veroordeeld ter zake van poging tot moord. In hoger beroep, toen de zelfdoding inmiddels had plaatsgevonden, oordeelde het hof op basis van een gewijzigde tenlastelegging, waarin nu primair een voltooide moord was opgenomen. Het hof sprak daarvan vrij omdat het geen voorwaardelijk opzet op de dood bewezen achtte. Zie ook voetnoot 47 in paragraaf 3.

72 Een bekend vergelijkbaar voorbeeld biedt HR 25 juni 1996, NJ 1997/563, m.nt. 't Hart (Dwarslaesie).

73 Vgl. De Hullu 2015, p. 189.

74 Overigens 'juridiseert' Kwakman zelf ook reeds de *conditio sine qua non*-eis, door een causaal verband tussen een *nalaten* en een bepaald gevolg niet problematisch te achten. Zie Kwakman 2007, p. 995. Zeer kritisch hierover Machielse 2014, p. 213.

5. **Vierde stelling: inhoud en bewijs van de causaliteit lopen in de jurisprudentie en in de discussie daarover door elkaar heen**

Voor het bewijs van causaliteit is vereist dat het causaal verband tussen de tenlastegelegde gedraging van de verdachte en het tenlastegelegde gevolg (zeer) waarschijnlijk is. Absolute zekerheid daaromtrent is niet noodzakelijk voor een veroordeling.⁷⁵ Op basis van onze ervaring weten we dat een bepaalde handeling in het algemeen leidt tot een bepaald gevolg, maar van volstreekte zekerheid is geen sprake.⁷⁶ Het bewijs laat in zekere zin altijd meerdere scenario's open.⁷⁷ Het is vaste rechtspraak dat de wettige bewijsmiddelen niet alle mogelijke andere oorzaken (bijvoorbeeld van de dood van het slachtoffer) hoeven af te dekken. Hoogst onwaarschijnlijke alternatieve scenario's hoeven niet expliciet door de bewijsmiddelen te worden uitgesloten.⁷⁸ Dat past bij de wijze waarop de feitenrechter volgens de Hoge Raad *in het algemeen* – dus niet alleen in causaliteitskwesities – dient om te gaan met verweren die de tenlastelegging bestrijden door een alternatieve lezing van de gebeurtenissen aan te voeren.⁷⁹

Op de verdachte rust geen bewijslast, maar een gemotiveerd gevoerd verweer waarin een alternatieve lezing van de gebeurtenissen naar voren wordt gebracht kan op grond van artikel 359 lid 2 Sv wel leiden tot een motiveringsplicht voor de rechter. Als de verdediging een beroep doet op een alternatieve lezing van de gebeurtenissen, die niet strijdig is met de bewijsmiddelen maar wel met de bewezenverklaring, is sprake van een Meer en Vaart-situatie. De rechter moet dan expliciet en gemotiveerd responderen op het verweer. In moeilijke gevallen kunnen de verklaringen van een getuige (artikel 342 Sv) of een deskundige (artikel 343 Sv) bij uitstek van belang zijn voor het bewijs van causaliteit. Ook kan in een medisch rapport van een deskundige (een wettig bewijsmiddel in de zin van artikel 344 lid 1 onder 4° Sv) een verband worden gelegd tussen het intreden van het gevolg en de gedragingen van de verdachte.⁸⁰ Het is echter voorbehouden aan de rechter om uit het bewijs conclusies te trekken en te beslissen of het causaal verband bewezen is.⁸¹ Feiten of omstandigheden van algemene bekendheid behoeven geen bewijs (artikel 339 lid 2 Sv). Daarbij kan het gaan om ervaringsregels of historische gebeurtenissen.⁸²

Het moge duidelijk zijn dat het hier gaat om de *algemene* regels van het strafrechtelijke bewijsrecht, die evenzeer gelden voor causaliteit als voor de andere delictsbestanddelen. In het licht daarvan lijkt een belangrijk deel van de jurisprudentie van de Hoge Raad over causaliteit bij nadere bestudering in wezen 'algemene' bewijsrechtelijke kwesities te betreffen. Dat geldt bijvoorbeeld voor het oordeel dat het een feit van algemene bekendheid is dat een confrontatie met een gewelddadige overval in de eigen woning, zeker bij een slachtoffer op leeftijd, hevige emoties oproept, die (zoals ook een deskundige aangeeft) tot de dood kunnen leiden. Mede daarom kon het hof in het betreffende arrest oordelen dat de tijdens of (kort) na de overval ingetreden dood van het slachtoffer in redelijkheid aan (de handwijze van) de verdachte en zijn mededader kon worden toegerekend.⁸³ In een ander arrest overweegt de Hoge Raad dat de stelling dat het gebezigde bewijsmateriaal de mogelijkheid

75 Vgl. Machielse 2014, p. 208.

76 Mulder 1980, p. 187.

77 Geeraets 2012, p. 130-131.

78 Vgl. T. Kooijmans, 'Strafrechtelijke causaliteit, alternatieve scenario's en vingerwijzingen voor de rechtspraak', *Ars Aequi* 2012, p. 645-652, p. 650.

79 HR 16 maart 2010, *NJ* 2010/314, m.nt. Buruma en daarover Machielse 2014, p. 209.

80 Rozemond 2011, p. 56-57.

81 Vgl. Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 190. Kennelijk anders: Kwakman 2007, p. 998.

82 Vgl. Witjens 2011, p. 124-127. Zie ook Rozemond 2011, p. 56.

83 HR 20 september 2005, *NJ* 2006/86 (Hartritmestoornis).

zou moeten uitsluiten dat het slachtoffer ook bij het tijdig inschakelen van medische hulp zou zijn overleden, niet als juist kan worden aanvaard. Hierin kan een motiveringsregel worden gelezen die aansluit op het (hierboven al genoemde) uitgangspunt dat hoogst onwaarschijnlijke mogelijkheden niet door de bewijsmiddelen behoeven te worden uitgesloten.⁸⁴ Dat een hoogst onwaarschijnlijke mogelijkheid van een alternatieve gang van zaken inderdaad niet in de weg staat aan een bewezenverklaring van het causaal verband, wordt in een derde arrest nog eens expliciet bevestigd door de Hoge Raad.⁸⁵ Tot slot heeft de Hoge Raad in 2006 overwogen dat de omstandigheid dat niet geheel kan worden uitgesloten dat latere handelingen van derden mede hebben geleid tot het letsel van het slachtoffer, niet aan een bewezenverklaring van het causaal verband in de weg staat.⁸⁶

Men zou kunnen zeggen dat de (materieelrechtelijke) vraag of redelijke toerekening mogelijk is als andere factoren dan het handelen van de verdachte tot het gevolg kunnen hebben geleid (de zogenoemde *Doppelkausalität* of 'alternatieve causaliteit'⁸⁷) in de laatste twee arresten langs de bewijsrechtelijke weg wordt opgelost.⁸⁸ Het probleem van de alternatieve causaliteit blijkt vooral een bewijskwestie te zijn:

“Wanneer de alternatieve oorzaak hoogst onwaarschijnlijk is of zelfs in het geheel niet nader is gespecificeerd en onderbouwd, lijkt dat inderdaad geen goede reden te zijn om de verdachte vrij te spreken, mits uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid dat het causale verband tussen de gedraging van de verdachte en het strafbare gevolg wel waarschijnlijk is.”⁸⁹

Eerder hebben wij de opvatting van Witjens besproken, die naar aanleiding van de jurisprudentie van de Hoge Raad heeft betoogd dat de 'empirische' causaliteit in de sleutel wordt gezet van de redelijke toerekening.⁹⁰ Als het onderscheid tussen empirische en juridische causaliteit inderdaad niet houdbaar blijkt te zijn, zoals wij hierboven in paragraaf 3 hebben betoogd, is dat een weinig verrassende constatering. De maatstaf van redelijke toerekening ziet immers op de *inhoud* van het causaliteitsvereiste, terwijl de empirische causaliteit een kwestie is van *bewijs* van datzelfde vereiste. Wat bewezen moet worden is nu juist dat een bepaalde bevinding redelijkerwijs als gevolg van het gedrag van de verdachte aan die verdachte kan worden toegerekend! In die zin is het niet meer dan logisch dat de Hoge Raad bewijsrechtelijke kwesties met betrekking tot causaliteit beoordeelt in de 'sleutel' van de redelijke toerekening. Wel opmerkelijk is dat de Hoge Raad in het hierboven als laatste genoemde arrest (Kroeggeweld) spreekt van een 'miskenning van de maatstaf van de redelijke toerekening' door het hof. Dit terwijl het probleem in dat arrest nu juist leek te zijn dat het hof het bewijs van causaliteit ook uitgesloten achtte in geval van een hoogst onwaarschijnlijk alternatief scenario.

84 HR 30 september 2003, NJ 2005/69, i.h.b. punt 4 van de noot van Knigge onder dit arrest. Knigge betoogt daar overigens dat deze overweging zijns inziens vooral een materieelrechtelijke betekenis lijkt te hebben.

85 HR 13 juni 2006, NJ 2007/48, m.nt. Buruma (Bloedvergiftiging).

86 HR 28 november 2006, NJ 2007/49 (Kroeggeweld).

87 Vgl. De Hullu 2015, p. 186; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 186-188; Mulder 1980, p. 186.

88 Vgl. Machielse 2014, p. 208-209, die er overigens op wijst dat in het Bloedvergiftiging-arrest duidelijker sprake is van mogelijke 'Doppelkausalität' dan in het Kroeggeweld-arrest. Van alternatieve causaliteit is immers sprake als de verdachte mogelijk *in het geheel* geen bijdrage aan het gevolg heeft geleid (Rozemond 2011, p. 60), terwijl het in het Kroeggeweld-arrest ging om de vraag of de handelingen van derden *mede* tot het gevolg hadden geleid.

89 Rozemond 2011, p. 61.

90 Witjens 2011, p. 175; zie ook hierboven, paragraaf 4.

Nu in het bovenstaande is vastgesteld dat geen absolute zekerheid vereist is voor het bewijs van causaliteit, is het vervolgens de vraag welke mate van onzekerheid dan toelaatbaar is. Volgens Witjens moet het uitgangspunt zijn dat het gedrag van de verdachte in het specifieke geval *hoogstwaarschijnlijk* heeft bijgedragen tot het ingetreden gevolg. De enkele mogelijkheid dat het gevolg is veroorzaakt door de verdachte is onvoldoende voor redelijke toerekening. De toegestane mate van onzekerheid zou mede bepaald worden door normatieve overwegingen en daarmee delictsgebonden zijn.⁹¹ In de opvatting van R Emmelink zou het – kort gezegd – moeten gaan om het gevolg dat naar *algemene ervaringsregels* ten tijde van het delict redelijkerwijs was te verwachten.⁹² De vereiste graad van waarschijnlijkheid kan volgens R Emmelink niet worden uitgedrukt in een bepaald percentage, bijvoorbeeld een kans van meer dan vijftig procent dat het gevolg zal intreden: ‘(...) doorslaggevend is de kans, die al naargelang het gewicht van het dreigend gevolg ernstig genoeg is om daarmee rekening te houden’.⁹³

In wezen gaat het hier dus weer om bewijsrechtelijke maatstaven, die iets zeggen over de mate van waarschijnlijkheid die vereist is voor het vaststellen van de causaliteit, maar niet over de inhoud van het causaliteitsbegrip. Tegelijkertijd wordt de toegestane mate van onzekerheid in de benadering van Witjens mede bepaald door normatieve overwegingen, zoals de toepasselijke subjectieve bestanddelen, de delictsgedraging en de overige onderdelen van de delictsommschrijving.⁹⁴ Ook in de visie van R Emmelink bleek een normatieve afweging (het gewicht van het dreigende gevolg) uiteindelijk doorslaggevend te zijn. Eerder hebben wij de opvatting van Kwakman besproken, die zich (in reactie op Witjens) zeer kritisch heeft uitgelaten over het ‘normatief toerekenen’ van gevolgen als het causale verband (de *conditio sine qua non*) ‘feitelijk’ niet kan worden bewezen (zie paragraaf 4.2). Wij hebben echter uiteengezet dat de *conditio sine qua non* naar onze mening niet vereenzelvigd moet worden met de feitelijke (empirische) causaliteit.

Bovendien is het onderscheid tussen empirische en juridische causaliteit in onze opvatting niet houdbaar en is causaliteit een juridisch-normatief begrip dat geheel door het criterium van redelijke toerekening wordt beheerst (paragrafen 3 en 4). Daarvan uitgaande is het niet problematisch – en ligt het zelfs voor de hand – dat juridisch-normatieve factoren ook ‘doorwerken’ bij het bewijs van causaliteit. Een scherpe en volledige scheiding tussen inhoud en bewijs van causaliteit zal dan ook nooit in alle opzichten gemaakt kunnen worden. Dat bewijsrechtelijke en inhoudelijke kwesties in de jurisprudentie en de dogmatiek soms sterk met elkaar verweven zijn, valt in zoverre niet helemaal te voorkomen.

6. **Vijfde stelling: maar inzicht in het onderscheid tussen bewijs en inhoud is voor een juist begrip van de materieelrechtelijke betekenis van causaliteit wel van groot belang**

Dat het voor een goed begrip niettemin van groot belang is om het onderscheid tussen bewijs en inhoud scherp in het oog te houden, zullen wij nu illustreren aan de hand van

91 Witjens 2011, p. 222.

92 Hazewinkel-Suringa/R Emmelink 1996, p. 181. De volledige omschrijving luidt als volgt: ‘(...) het gevolg dat in de voorstelling van de wet(gever), naar algemene ervaringsregelen ten tijde van het delict redelijkerwijze was te verwachten, waarbij wordt uitgegaan van de kennis van een voorzichtig mens, tenzij blijkt, dat de dader over extra kennis beschikte, in welk geval de laatste doorslaggevend is’. Zie ook W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959, p. 92-93.

93 Hazewinkel-Suringa/R Emmelink 1996, p. 182.

94 Witjens 2011, p. 224-225.

het Groninger hiv-arrest (HR 27 maart 2012, *NJ* 2012/301). Voor de volledigheid, en omdat wij in het navolgende willen aantonen dat in de formuleringen verschillende problemen schuilgaan, worden de centrale overwegingen van het arrest hieronder integraal weergegeven. De cursiveringen zijn door ons toegevoegd.

“2.4.1. *Doorgaans* is bij de beantwoording van de vraag of in strafrechtelijke zin causaal verband bestaat niet aan twijfel onderhevig dat in de keten van gebeurtenissen de gedraging van de verdachte een noodzakelijke factor is geweest voor het ingetreden gevolg – en staat dat gevolg dus in *condicio sine qua non*-verband tot de gedraging, welk verband *in beginsel* als *ondergrens* van het causaal verband fungeert –, maar gaat het daarbij vooral erom of het ingetreden gevolg *redelijkerwijs* aan (de gedraging van) de verdachte kan worden *toegerekend*.

2.4.2. *In meer uitzonderlijke gevallen* kan nietsonder meer worden vastgesteld dat een gedraging van de verdachte in de keten van gebeurtenissen een *noodzakelijke factor* is geweest voor het ingetreden gevolg. De onderhavige zaak is zo'n uitzonderlijk geval omdat niet kan worden uitgesloten dat het intreden van het gevolg (de besmetting van de aangevers met hiv), onafhankelijk van de gedragingen van de verdachte, alleen door gedragingen van derden is veroorzaakt.

2.4.3. Een dergelijke onzekerheid hoeft niet per se te leiden tot het oordeel dat het gevolg reeds daarom niet meer *redelijkerwijs* aan (een gedraging van) de verdachte kan worden *toegerekend*. In eerdere rechtspraak is onder meer beslist dat in dit verband van belang kan zijn in hoeverre de verdachte met zijn gedragingen de kans op het intreden van het gevolg heeft verhoogd (vgl. HR 30 september 2003, *LJN* AF9666, *NJ* 2005/69), dat enerzijds bepaald meer moet worden vastgesteld dan dat niet kan worden uitgesloten dat het gevolg door de gedraging is veroorzaakt (vgl. HR 3 juni 2008, *LJN* BC6907, *NJ* 2008/343), maar dat anderzijds aan het aannemen van het causaal verband niet in de weg hoeft te staan een *hoogst onwaarschijnlijke* mogelijkheid dat een andere omstandigheid die geen verband houdt met de gedraging van de verdachte tot het gevolg heeft geleid (vgl. HR 13 juni 2006, *LJN* AV8535, *NJ* 2007/48) of dat *niet geheel kan worden uitgesloten* dat latere handelingen van derden mede hebben geleid tot het gevolg (vgl. HR 28 november 2006, *LJN* AZ0247, *NJ* 2007/49).

2.4.4. Het bovenstaande komt erop neer dat in gevallen als de onderhavige voor het *redelijkerwijs toerekenen* van het gevolg aan (een gedraging van) de verdachte ten minste is vereist dat wordt vastgesteld dat dit gedrag *een onmisbare schakel kan hebben gevormd* in de gebeurtenissen die tot het gevolg hebben geleid, alsmede dat ook *aannemelijk* is dat het gevolg met een *aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid* door de gedraging van de verdachte is veroorzaakt. Of en wanneer sprake is van een dergelijke aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid, zal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval. Bij de beoordeling daarvan kan als hulpmiddel dienen of in de gegeven omstandigheden de gedraging van de verdachte naar haar aard geschikt is om dat gevolg teweeg te brengen en bovendien naar *ervaringsregels* van dien aard is dat zij het *vermoeden* wettigt dat deze heeft geleid tot het intreden van het gevolg (vgl. HR 20 september 2005, *LJN* AT8303, *NJ* 2006/86, r.o. 3.5). Daarbij kan ook worden betrokken in hoeverre *aannemelijk* is geworden dat ten verwere gestelde andere, niet aan de gedraging van de verdachte gerelateerde oorzaken *hoogstwaarschijnlijk* niet tot dat gevolg hebben geleid.”

‘Helemaal duidelijk vind ik dit arrest niet’, schrijft Machielse naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad in de Groninger hiv-zaak. Deze auteur sluit niet uit dat dit arrest eerder een kwestie van bewijsrecht betreft dan een leerstellig causaliteitsarrest. Daarbij wijst hij op eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad waaruit blijkt dat een uitdrukkelijke

weerlegging van een alternatief scenario niet nodig is als de lezing van de verdachte erg onwaarschijnlijk is.⁹⁵

Wij zijn van mening dat het in de Groninger hiv-zaak in wezen inderdaad gaat om een bewijsrechtelijk vraagstuk. De cassatiemiddelen keerden zich zowel tegen de door het hof gehanteerde causaliteitsleer (het eerste middel) als tegen de bewijsconstructie (het tweede middel). De Hoge Raad bespreekt deze middelen echter gezamenlijk, waarbij overwegingen over de invulling van de redelijke toerekening en overwegingen over de mate van waarschijnlijkheid waarmee de causaliteit moet worden vastgesteld naadloos in elkaar overgaan.⁹⁶ Uiteindelijk casseert de Hoge Raad vanwege een motiveringsgebrek.⁹⁷ De Hoge Raad legt een gat in de bewijsconstructie bloot: het hof heeft verzuimd om vast te stellen dat het door de verdediging geschetste alternatieve scenario daadwerkelijk hoogst onwaarschijnlijk was.⁹⁸ De vraag is of de Hoge Raad niet simpelweg met die laatste constatering had kunnen volstaan. Was het inderdaad nodig om daarnaast nog dermate uitgebreide en complexe overwegingen te wijden aan de wijze waarop – in uitzonderlijke gevallen – de vraag moet worden beantwoord of in strafrechtelijke zin een causaal verband bestaat?

In het arrest onderscheidt de Hoge Raad uitdrukkelijk tussen twee gevallen: de doorsneegevallen waarin vaststaat dat de gedraging van de verdachte een *conditio sine qua non* is geweest voor het ingetreden gevolg, en de meer uitzonderlijke gevallen waarin dit niet kan worden vastgesteld. De omstandigheid dat niet zonder meer kan worden vastgesteld dat een gedraging van de verdachte in de keten van gebeurtenissen een noodzakelijke factor is geweest voor het ingetreden gevolg, hoeft evenwel niet per definitie te leiden tot het oordeel dat het gevolg reeds daarom niet meer redelijkerwijs aan de verdachte kan worden toegerekend. De Hoge Raad overweegt onder meer dat in dergelijke ‘meer uitzonderlijke’ gevallen ten minste is vereist dat aannemelijk is dat het gevolg met een *aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid* door de gedraging van de verdachte is veroorzaakt.⁹⁹ Hier kan wederom worden gewezen op de *algemene* regels ten aanzien van het strafrechtelijke bewijs (zie paragraaf 5). Bewijzen wil in het strafrecht zeggen dat moet worden aangetoond dat in redelijkheid niet kan worden getwijfeld aan de juistheid van het verwijt dat aan de verdachte wordt gemaakt. Absolute zekerheid wordt niet vereist en niet elke grote onwaarschijnlijkheid moet als een belemmering voor een bewezenverklaring worden opgevat. Anderzijds is waarschijnlijkheid van de juistheid van de tenlastelegging onvoldoende voor een bewezenverklaring.¹⁰⁰ Bepalend is of het tenlastegelegde ‘buiten redelijke twijfel’ (‘beyond a reasonable doubt’) is komen vast te staan.¹⁰¹

In dit licht is het de vraag of de Hoge Raad met de eis dat het gevolg met een ‘aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid’ door de gedraging van de verdachte is veroorzaakt niet een open deur intrapt. Geldt niet voor alle onderdelen van de tenlastelegging dat

95 Machielse 2014, p. 211, onder verwijzing naar HR 16 maart 2010, *NJ* 2010/314, m.nt. Buruma.

96 Keijzer, noot onder HR 27 maart 2012, *NJ* 2012/301 (Groninger hiv-zaak), stelt dat de rechtsoverwegingen 2.3 en 2.4 betrekking hebben op het eerste middel en de rechtsoverwegingen 2.5.1 en 2.5.2 op het tweede middel. De rechtsoverwegingen 2.3 en 2.4 zien echter voor een belangrijk deel op factoren als de ‘hoogst onwaarschijnlijke mogelijkheid dat een andere omstandigheid die geen verband houdt met de gedraging van de verdachte tot het gevolg heeft geleid’ en de ‘aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid’ dat het gevolg door de gedraging van de verdachte is veroorzaakt. Dat zijn in wezen bewijsrechtelijke kwesties.

97 De Hullu 2015, p. 187.

98 Kooijmans 2012, p. 650.

99 Verderop in het arrest (r.o. 2.5.1) spreekt de Hoge Raad overigens van een ‘redelijke mate van waarschijnlijkheid’, waarbij niet duidelijk is of dit hetzelfde is als een ‘aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid’.

100 G.J.M. Corstens/M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 755-756.

101 J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: *Ars Aequi Libri* 2011, p. 73-74.

de juistheid daarvan met een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid moet worden aangetoond? Des te opvallender is dat de Hoge Raad deze eis alleen lijkt te stellen in de ‘meer uitzonderlijke gevallen’ waarin niet zonder meer een *conditio sine qua non*-verband kan worden vastgesteld. ‘Doorgaans’ is volgens de Hoge Raad immers niet aan twijfel onderhevig dat de gedraging van de verdachte een noodzakelijke factor is geweest voor het ingetreden gevolg. Zou in die gevallen dan niet meer buiten redelijke twijfel (met een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid) vast hoeven komen te staan dat het ingetreden gevolg redelijkerwijs aan (de gedraging van) de verdachte kan worden toegerekend? Het ligt toch voor de hand dat in beide categorieën gevallen – wel of geen onzekerheid omtrent het *conditio sine qua non*-verband – dezelfde ‘standard of proof’ moet worden aangelegd.

Anderzijds is opvallend dat het volgens de Hoge Raad (in de ‘meer uitzonderlijke gevallen’) *aannemelijk* moet zijn dat het gevolg met een ‘aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid’ door de gedraging van de verdachte is veroorzaakt. Deze terminologie roept associaties op met de beslissing over een beroep op een strafuitsluitingsgrond, waarbij als criterium geldt of de daaraan ten grondslag liggende feiten aannemelijk zijn geworden. De feiten en omstandigheden waarop het al dan niet aanvaarden van het verweer berust, behoeven dus niet (wettig en overtuigend) te worden bewezen. Er gelden voor de aanwezigheid van strafuitsluitende omstandigheden kortom minder hoge eisen dan voor een bewezenverklaring.¹⁰² Het gebruik van het woord ‘aannemelijk’ door de Hoge Raad zou dan ook de indruk kunnen wekken dat aan het redelijkerwijs toerekenen van het gevolg aan de verdachte *minder hoge eisen* worden gesteld in gevallen waarin *niet* zonder meer een *conditio sine qua non*-verband kan worden vastgesteld.

Een dergelijke ‘afzwakking’ van het bewijsregime lijkt echter weinig voor de hand te liggen. Zo stelt De Hullu dat de redelijke toerekening juist extra aandacht verdient als niet met zekerheid kan worden vastgesteld of het gedrag een *conditio sine qua non* was voor het gevolg, en al helemaal wanneer het gedrag geen onmisbare voorwaarde lijkt te zijn geweest.¹⁰³ De onzekerheid omtrent de aanwezigheid van een *conditio sine qua non*-verband zou dan als het ware gecompenseerd kunnen worden door het bewijsregime ten aanzien van de redelijke toerekening in deze ‘meer uitzonderlijke gevallen’ aan te scherpen. Door het in één adem noemen van de termen ‘aannemelijk’ en ‘aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid’ blijft het echter onduidelijk of de Hoge Raad hier inderdaad heeft willen differentiëren.

7. Zesde stelling: voor het bewijs van causaal verband is in het strafrecht (terecht) geen *conditio sine qua non*-verband vereist

7.1 De *conditio sine qua non* in het Groninger hiv-arrest

‘Moet de *conditio sine qua non* worden bijgezet in het mausoleum van de geschiedenis van het strafrecht’, zo vraagt Machielse naar aanleiding van het Groninger hiv-arrest.¹⁰⁴ Wij menen dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. In het arrest houdt de Hoge Raad nog uitdrukkelijk vast aan de *conditio sine qua non*, die immers ‘in beginsel’ nog steeds als ondergrens van het causaal verband fungeert. Meteen daarna wordt echter overwogen dat de omstandigheid dat niet zonder meer kan worden vastgesteld dat een gedraging van de verdachte in de keten van gebeurtenissen een noodzakelijke factor is

¹⁰² Corstens/Borgers 2014, p. 864–868. Vgl. Nijboer 2011, p. 24–29 en p. 75–76.

¹⁰³ De Hullu 2015, p. 189.

¹⁰⁴ Machielse 2014, p. 230–231.

geweest voor het ingetreden gevolg, niet per definitie hoeft te leiden tot het oordeel dat het gevolg reeds daarom niet meer redelijkerwijs aan de verdachte kan worden toegerekend. Wellicht mag men van de Hoge Raad inderdaad niet verlangen dat hij ‘pardoes’ het twee eeuwen oude leerstuk van de *conditio sine qua non* zou verlaten, zoals Keijzer stelt in zijn noot onder het arrest. Met de annotator menen wij echter dat deze zaak bij uitstek aanleiding vormt voor een herbezinning op dit punt.¹⁰⁵ De *conditio sine qua non*-regel kan worden gemist.¹⁰⁶

De juridische oorzaak hoeft niet altijd een *conditio sine qua non* te zijn.¹⁰⁷ Men moet ver terug in de tijd om voorbeelden te vinden van gevallen waarin de jurisprudentie expliciet de *conditio sine qua non* hanteert om een causaal verband te onderbouwen.¹⁰⁸ In het bovenstaande kwam al aan de orde dat de Hoge Raad in het Groninger hiv-arrest twee categorieën van gevallen onderscheidt. In de eerste plaats gaat het dan om de gevallen waarin niet aan twijfel onderhevig is dat in de keten van gebeurtenissen de gedraging van de verdachte een noodzakelijke factor is geweest voor het ingetreden gevolg (en dat gevolg dus in een *conditio sine qua non*-verband staat tot de gedraging). In deze situatie – die zich ‘doorgaans’ voordoet – gaat het er vooral om of het ingetreden gevolg *redelijkerwijs* aan (de gedraging van) de verdachte kan worden *toegerekend*. In de tweede plaats zijn er de ‘meer uitzonderlijke gevallen’ waarin niet zonder meer kan worden vastgesteld dat een gedraging van de verdachte in de keten van gebeurtenissen een noodzakelijke factor is geweest voor het ingetreden gevolg.¹⁰⁹ In dergelijke gevallen is voor het *redelijkerwijs toerekenen* van het gevolg aan (een gedraging van) de verdachte ten minste vereist a) dat dit gedrag een onmisbare schakel *kan hebben gevormd* in de gebeurtenissen die tot het gevolg hebben geleid, alsmede b) dat ook *aannemelijk* is dat het gevolg met een *aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid* door de gedraging van de verdachte is veroorzaakt.

Deze overwegingen lijken te suggereren dat sprake is van twee te onderscheiden ‘bewijsregimes’, waarbij de toepasselijkheid afhangt van het antwoord op de vraag of in het betreffende geval (‘zonder meer’) een *conditio sine qua non*-verband kan worden vastgesteld. Dat roept de vraag op wat dan het inhoudelijke verschil is tussen deze beide regimes. Uit de hierboven aangehaalde overwegingen blijkt dat in beide categorieën van gevallen volgens de Hoge Raad de leer van de redelijke toerekening moet worden toegepast. De gezichtspunten die de Hoge Raad in zijn overwegingen over de ‘meer uitzonderlijke gevallen’ ontleent aan de oudere jurisprudentie, lijken bovendien niet alleen relevant te zijn in gevallen waarin geen *conditio sine qua non*-verband kan worden vastgesteld. Integendeel, deze lijken een rol te kunnen spelen in *alle* gevallen waarin de causaliteit overeenkomstig de leer van de redelijke toerekening moet worden beoordeeld.¹¹⁰ Het gaat dan bijvoorbeeld om de vraag in hoeverre de verdachte met zijn gedragingen de kans op het intreden van het gevolg heeft

105 Keijzer, noot onder HR 27 maart 2012, NJ 2012/301 (Groninger hiv-zaak).

106 In dezelfde zin Keijzer, noot onder HR 14 oktober 2014, NJ 2015/5.

107 In deze zin reeds Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 188.

108 Machielse 2014, p. 192-194.

109 Voorbeelden hiervan bieden ook de zaken van HR 19 maart 2013, NJ 2013/194 (Voorbelast hart) en HR 14 oktober 2014, NJ 2015/5, m.nt. Keijzer. Volgens de Hoge Raad in het eerstgenoemde arrest had het hof de maatstaf uit het Groninger hiv-arrest niet miskend. Machielse (2014, p. 212) wijst evenwel op een opvallend verschil tussen dit arrest uit 2013 en het Groninger hiv-arrest uit 2012: in beide gevallen was niet expliciet door het hof overwogen dat het ten verwere aangedragen alternatieve scenario ‘hoogst onwaarschijnlijk’ was; anders dan in de zaak van het Groninger hiv-arrest leidde dit in het arrest uit 2013 toch niet tot cassatie. Het tweede arrest (uit 2014) betrof een slachtoffer met een zwak hart en bij wie cocaïne in het bloed was aangetroffen waardoor volgens het hof een reële mogelijkheid was opengebleven dat het slachtoffer ook zou zijn overleden als de gedragingen van verdachte waren uitgebleven. De Hoge Raad ging met dat oordeel niet akkoord.

110 In deze zin ook Kooijmans 2012, p. 649.

verhoogd.¹¹¹ Hierboven werd al geconstateerd dat het niet voor de hand ligt dat in de eerste categorie ('niet uitzonderlijke') gevallen geen aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid omtrent de aanwezigheid van een causaal verband vereist zou zijn.¹¹²

Als de conclusie moet zijn dat de beide categorieën van gevallen uiteindelijk op grond van dezelfde criteria worden beoordeeld, komt het door de Hoge Raad aangebrachte onderscheid in de lucht te hangen. Het maakt dan immers niet meer uit of het gedrag van de verdachte nu (daadwerkelijk) een onmisbare factor *is geweest* voor het ingetreden gevolg enerzijds, of dat dit gedrag (slechts) een onmisbare schakel *kan* hebben gevormd in de keten van gebeurtenissen anderzijds. De feitenrechter komt linksom of rechtsom terecht bij dezelfde maatstaf, namelijk de leer van de redelijke toerekening, waarmee het onderscheid tussen beide situaties in feite zinledig is geworden. Er is dan immers geen sprake van een 'stroomschema' dat leidt naar twee te onderscheiden 'bewijsregimes', maar van twee wegen die naar hetzelfde Rome (te weten: redelijke toerekening) leiden.

Dat brengt ons uiteraard op de vraag waarom de Hoge Raad de eis van een *conditio sine qua non*-verband hier 'in beginsel' nog steeds als 'ondergrens' van het causaal verband handhaaft.¹¹³ In de eerste plaats kan men zich afvragen wat in dit verband wordt bedoeld met een 'ondergrens'. Deze term lijkt te impliceren dat voor de vaststelling van causaal verband ('in beginsel') genoeg kan worden genomen met de vaststelling van een *conditio sine qua non*-verband, net zoals voor de vaststelling van opzet (meestal, in beginsel) genoeg kan worden genomen met de vaststelling van voorwaardelijk opzet.¹¹⁴ Dit zou in het kader van de causaliteit echter een hoogst problematische consequentie zijn. Dat de gedraging in kwestie van de verdachte een onmisbare factor is geweest voor het intreden van het gevolg – gesteld dat dit objectief kan worden bewezen geacht – levert nooit *zonder meer* de gevolgtrekking op dat het ook *redelijk* is het gevolg als gevolg van die gedraging aan de verdachte toe te rekenen. Het is immers algemeen aanvaard dat de theorie van de *conditio sine qua non* te weinig selectief vermogen heeft, doordat de causale keten oeverloos ver in de tijd terug geleid kan worden.¹¹⁵ De redelijkheid van de toerekening vergt altijd een nader argument bovenop – of, in meer uitzonderlijke gevallen, namelijk als er geen *conditio sine qua non*-verband kan worden vastgesteld: in plaats van – het *conditio sine qua non*-verband. Het is dan ook moeilijk voorstelbaar dat de Hoge Raad in de bewuste overweging de *conditio sine qua non* heeft willen verheffen tot een 'ondergrens' in de hier bedoelde zin. De Hoge Raad heeft vermoedelijk willen aangeven dat de *conditio sine qua non* (in beginsel) fungeert als een soort 'drempel' die moet worden genomen voordat men toekomt aan de toepassing van de leer van de redelijke toerekening. Dat sluit aan op de heersende leer waarin de toerekeningsvraag (de juridische causaliteit) pas aan de orde komt nadat is vastgesteld dat de betreffende gedraging kan worden aangemerkt als een *conditio sine qua non* (de empirische causaliteit). Eerder hebben wij dit onderscheid tussen empirische (feitelijke) en juridische

111 Vgl. HR 30 september 2003, NJ 2005/69, m.nt. Knigge (Nalaten).

112 Vgl. Kooijmans 2012, p. 649, die opmerkt dat de betreffende overweging niet beperkt behoeft te blijven tot de 'meer uitzonderlijke gevallen', maar dat deze de feitenrechter in elke strafzaak waarin zich een causaliteitsprobleem voordoet een nuttig gezichtspunt kan aanreiken. Dat laatste geldt ook voor het 'hulpmiddel' dat de Hoge Raad in r.o. 2.4.4 noemt voor de beoordeling van de vraag of in de concrete omstandigheden van het geval sprake is van een dergelijke aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid: of de gedraging van de verdachte naar haar aard geschikt is om dat gevolg teweeg te brengen en bovendien naar ervaringsregels van dien aard is dat zij het vermoeden wettigt dat deze heeft geleid tot het intreden van het gevolg (vgl. HR 20 september 2005, NJ 2006/86).

113 Vgl. De Hullu 2015, p. 180, die spreekt van een 'doorgaans wel hanteerbare ondergrens'.

114 Vgl. De Hullu 2015, p. 234 e.v. ('Voorwaardelijk opzet als ondergrens van opzet').

115 Kelk/De Jong 2016, p. 209-210; De Hullu 2015, p. 180.

causaliteit bekritiseerd en gerelativeerd en hebben wij betoogd dat de *conditio sine qua non* niet vereenzelvigd moet worden met de feitelijke causaliteit (zie paragrafen 3 en 4). De *conditio sine qua non* kan zoals gezegd een rol blijven vervullen als één van de relevante factoren *binnen* de leer van de redelijke toerekening, maar dat wil niet zeggen dat deze als een aan de toepassing van die leer voorafgaande algemene (althans ‘doorgaans’ en ‘in beginsel’ geldende) drempel zou moeten fungeren.

In de tweede plaats vragen wij ons af wat de toegevoegde waarde is van een criterium dat alleen ‘doorgaans’ geldt, in gevallen waarin niet ‘aan twijfel onderhevig’ is dat aan deze maatstaf is voldaan. In die gevallen heeft de eis van een *conditio sine qua non*-verband weinig betekenis, aangezien het dan in de benadering van de Hoge Raad ‘vooral’ gaat om de vraag of het ingetreden gevolg redelijkerwijs aan de verdachte kan worden toegerekend. Tegelijkertijd lijkt het geen inhoudelijke consequenties te hebben als *niet* kan worden vastgesteld dat aan deze voorwaarde is voldaan, aangezien de onzekerheid daaromtrent niet meebrengt dat het gevolg niet redelijkerwijs aan de verdachte kan worden toegerekend. Ook in die situatie heeft het criterium dus nauwelijks zelfstandige betekenis, aangezien dan bepalend wordt of het gevolg met een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid door de verdachte is veroorzaakt. Als ‘drempel’ geldt dan nog slechts of het gedrag van de verdachte een onmisbare schakel kan hebben gevormd in de causale keten.

7.2 *Bezwaren tegen de conditio sine qua non-theorie*

Maar wat is de drempel van de *conditio sine qua non* precies waard? Om te beginnen kan met Rimmelink worden gesteld dat deze maatstaf eigenlijk pas aan de orde kan komen als er eenmaal een feitelijk (fysisch) verband *is* geconstateerd. Alleen wanneer op grond van empirische gegevens vaststaat dat er een feitelijk verband bestaat tussen twee *relata*, kan de *conditio sine qua non*-toets worden toegepast.¹¹⁶ Maar om op vruchtbare wijze te kunnen worden toegepast, moet de theorie van de *conditio sine qua non* volgens Mulder worden aangepast aan de juridische toerekeningsproblematiek; deze moet ‘gejuridiseerd’ worden. Het is mede doordat men van de *conditio sine qua non*-theorie een fysische theorie maakte, dat deze volgens Mulder de concurrentie te verduren heeft gekregen van andere causaliteitstheorieën.¹¹⁷

De grondlegger van de theorie – Von Buri – heeft in 1873 de volgende omschrijving van zijn leer geboden:

“Will man den Causalzusammenhang einer konkreten Erscheinung ermitteln, so muß man in geordneter Reihenfolge sämtliche Kräfte feststellen, welche für die Entstehung der Erscheinung irgendeine Wirksamkeit geäußert haben. Die ganze Summe dieser Kräfte ist dann als die Ursache der Erscheinung anzusehen. Mit demselben Rechte läßt sich aber auch jede einzelne dieser Kräfte für sich allein schon als die Ursache der Erscheinung betrachten, denn die Existenz derselben hängt so sehr von jeder Einzelkraft ab, daß, wenn man aus dem Causalzusammenhang auch nur eine einzige Einzelkraft ausschneidet, die Erscheinung selbst zusammenfällt.”¹¹⁸

Dat deze formule niet kan voldoen als een *algemene* wetenschappelijke theorie van causaliteit blijkt reeds uit de innerlijke tegenspraak die zij bevat: men kan niet gelijktijdig beweren dat ‘de’ oorzaak wordt gevormd door de som van alle krachten die tezamen een

116 Hazewinkel-Suringa/Rimmelink 1996, p. 175-176.

117 Mulder 1980, p. 183-187.

118 Geciteerd in Koriath 2007, p. 31.

gevolg hebben doen intreden én dat 'de' oorzaak is gelegen in ieder van deze krachten afzonderlijk.¹¹⁹

Maar ook als *strafrechtelijke* theorie van causaliteit is de leer van de *conditio sine qua non* ondeugdelijk. In zijn tegenwoordig meest gangbare formulering duidt deze leer als oorzaak aan 'jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg erfolge'.¹²⁰ Iedere voorwaarde die in deze zin onmisbaar is geweest voor het intreden van het gevolg, geldt vervolgens op gelijke voet als oorzaak van dat gevolg; om deze reden spreekt men in de Duitse dogmatiek van de *Äquivalenztheorie*. Het meest voorkomende en ook meest voor de hand liggende bezwaar is uiteraard het wel erg geringe onderscheidende vermogen van de theorie: indien A met een vuurwapen een kogel afvuurt op B, waardoor B komt te overlijden, zijn volgens de equivalentietheorie in beginsel gelijkelijk als oorzaak aan te merken: de handeling van A die bestaat in het overhalen van de trekker, de handeling van C die aan A het vuurwapen heeft verschaft, de handelingen van de ouders, grootouders, overgrootouders van A, B en C die ertoe hebben geleid dat deze personen geboren konden worden, et cetera en *ad infinitum*.¹²¹

De theorie moet daarom minst genomen worden aangevuld met een criterium aan de hand waarvan uit de 'onmetelijke oceaan' van causale antecedenten de strafrechtelijk (meest) relevante voorwaarde kan worden gevist die alsdan strafrechtelijk als 'de' oorzaak te gelden heeft.¹²² Maar dan nog zijn de bezwaren tegen de leer van de *conditio sine qua non* niet allemaal uit de weg geruimd. De theorie is namelijk niet alleen over-inclusief, maar ook te eng. Neem een beroemd voorbeeld uit de pen van Engisch: een fractie van een seconde voordat de beul het dodelijke mechanisme van de guillotine in werking brengt, lukt het de vader van het slachtoffer van de veroordeelde, die uit het publiek op de veroordeelde was afgesneld, om de zwengel van de guillotine in te drukken en aldus de delinquent te doden. Toepassing van de *conditio sine qua non*-maatstaf leidt hier tot het absurde resultaat dat de dood van de veroordeelde oorzaakloos is ingetreden. Immers, indien we de handeling van de wraakzuchtige vader wegdenken, zou het gevolg nog steeds zijn ingetreden.¹²³

En in vergelijkbare zin kan worden gedacht aan gevallen van meervoudige causaliteit (*Doppelkausalität*). Wanneer bijvoorbeeld A en B onafhankelijk van elkaar een dodelijk gif toe-

119 Zie Koriath 2007, p. 34-36; en vgl. het causaliteitsconcept van Mill dat wij in paragraaf 3 noteerden.

120 C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bd. I: Grundlagen, Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Aufl. 2006, § 11, Rdn. 9; zie ook D.J. Wessels/W. Beulke/H. Satzger, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg: Müller, 45. Aufl. 2015, p. 62-66; en V. Haas, *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, Berlijn: Duncker & Humblot 2002, p. 144 e.v. Zie ook J. Keiler, 'Human Causes versus Natural Events', in: J. Keiler & D. Roef (eds.), *Comparative Concepts of Criminal Law*, Cambridge: Intersentia 2015, p. 79-102.

121 Kelk/De Jong 2016, p. 209-212. Aichele 2011, p. 263-265, noemt de equivalentietheorie daarom in strijd met het gezond verstand.

122 Aichele 2011, p. 269. Dit aanvullende criterium wordt binnen de Duitse dogmatiek, bij wijze van 'Regreßverbot', geboden door de leer van de 'objektive Zurechnung', welke leer wordt gedomineerd door het door Roxin geïntroduceerde criterium van het 'unerlaubtes Risiko'; zie Wessels/Beulke/Satzger 2015, p. 72-91; Keijzer 2013; Keijzer, noot onder HR 14 oktober 2014, NJ 2015/5; Haas 2002; K. Diel, *Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht*, Frankfurt am Main: Peter Lang 1997; voor een kritiek hierop, zie: I. Puppe, 'Die Erfolgszurechnung im Strafrecht, 2000 – Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie?', in: B. Schünemann, H. Achenbach, W. Bottke, B. Haffke & H.J. Rudolphi (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlijn: De Gruyter 2001, p. 287-306; V. Haas, 'Die strafrechtlichen Lehre von der objektiven Zurechnung – Eine Grundsatzkritik', in: M. Kaufmann & J. Renzikowski (Hrsg.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt am Main etc.: Peter Lang 2004, p. 144 e.v.; Aichele 2011. In de common law wordt in dit verband gewerkt met het vereiste dat tussen de initiële gedraging van de verdachte en het ingetreden gevolg niet een te wijd verband van 'remoteness' mag bestaan; zie Tadros 2005, p. 165-166; zie hierover in kritische zin A. Norrie, 'A Critique of Criminal Causation', *The Modern Law Review* 54 (1991) 5, p. 685-701.

123 K. Engisch, *Die Kausalität als Merkmal strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen: Mohr 1931, p. 16; zie ook Koriath 2007, p. 23.

voegen aan de pot thee die daarna door C wordt leeggedronken waardoor deze overlijdt, kan zowel de handeling van A als die van B worden weggedacht zonder dat daarmee het gevolg wegvalt. De voorbeelden tonen aan dat inschakeling van de *conditio sine qua non*-maatstaf eigenlijk steeds een hypothetisch en contrafactisch oordeel veronderstelt (zou gevolg G ook zijn ingetreden als antecedent A niet was opgetreden?) dat zich naar zijn aard moeilijk leent voor een volkomen bewijsvoering.¹²⁴ Dit komt nog het meest treffend aan de oppervlakte als het gaat om de causaliteit van het nalaten. Om in een geval van nalaten de *conditio sine qua non*-toets te kunnen toepassen, zal men het gedachtenexperiment moeten omdraaien: zou het gewraakte gevolg achterwege zijn gebleven wanneer de betrokkene wél had gehandeld? Het nalaten wordt dan gezien als een *negatieve* voorwaarde voor het intreden van het gevolg.¹²⁵

Oftewel: de maatstaf van de *conditio sine qua non* is geen zelfstandige voorwaarde voor het bewijs van causaal verband in het strafrecht, en kan dat ook niet zijn. Bovendien wordt de *conditio sine qua non* noodgedwongen in lastige gevallen normatief ingevuld, zodat het onderscheid met de redelijke toerekening vervaagt. Voor zover de heersende leer, zoals Witjens stelt, ervan uitgaat dat een *conditio sine qua non*-verband ('empirische causaliteit') een voorwaarde vormt voor het redelijkerwijs kunnen toerekenen van een gevolg aan (de gedraging van) de dader, wordt in de doctrine een overbodige en onhoudbare eis gesteld. Met Witjens zijn wij dan ook van mening dat het vreemd lijkt om '(...) een causaliteitstheorie te handhaven die juist in de lastige gevallen, waarin zij haar meerwaarde zou moeten bewijzen, tekort schiet'.¹²⁶ Ook Keijzer betoogt in zijn noot onder het Groninger hiv-arrest dat de *conditio sine qua non* geen noodzakelijk hulpmiddel is. 'Een rechtsregel die ons wanneer het moeilijk wordt in de steek laat kan beter worden vervangen of afgeschaft', aldus Keijzer.¹²⁷ De *conditio sine qua non* behoudt wel, zoals eerder betoogd, zijn heuristische waarde in de bewijsrechtelijk gereguleerde toepassing van de maatstaf van de redelijke toerekening (zie paragraaf 4).

8. Zevende en laatste stelling: de vaststelling van een causaal verband door de feitenrechter laat zich niet vangen in een dwingend stappenschema

In het voorgaande hebben wij bezwaren geuit tegen de heersende leer ten aanzien van de vaststelling van strafrechtelijke causaliteit. In het bijzonder hebben wij onze pijlen gericht op het door de Hoge Raad in het Groninger hiv-arrest gehandhaafde stelsel, waarin de *conditio sine qua non* in beginsel fungeert als ondergrens van het causaal verband, waarna de volgende (en belangrijkste) vraag is of het ingetreden gevolg ook redelijkerwijs aan de gedraging van de verdachte kan worden toegerekend. Wat zouden dan de consequenties

124 Vooral vanwege de hypothetische aard van de *conditio sine qua non*-test heeft Puppe zich herhaaldelijk tegen de equivalentietheorie uitgesproken (en tegen de maatstaf van het 'unerlaubtes Risiko' als grond voor 'objektive Zurechnung'). Zie bijvoorbeeld I. Puppe, 'Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 92 (1980), p. 863-911, vooral p. 865 e.v.; Puppe 2001. Zie over de theorie van Puppe (kausaler Felder' en 'deduktiv-nomologischen Erklärung'): Koriath 2007, p. 97-111; Aichele 2011, p. 263.

125 Mulder 1980, p. 194-195. In een strikt fysische benadering kan nalaten evenwel niet leiden tot het intreden van een gevolg (*ex nihilo nihil nascitur*); zie Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 192; Mulder 1980, p. 185; Machielse 2014, p. 215-216. Vgl. evenwel onze eerdere opmerkingen over de causaliteit van het nalaten in paragraaf 2.

126 Witjens 2012, p. 380.

127 Keijzer, noot onder HR 27 maart 2012, *NJ* 2012/301 (Groninger hiv-zaak).

(moeten) zijn van het loslaten van deze ‘twee stappen-benadering’ voor de wijze waarop de rechter in de praktijk een causaal verband vast dient te stellen?

Verscheidene auteurs hebben een ‘stappenplan’ geformuleerd voor de vaststelling van het causaal verband – dan wel de toepassing van het criterium van de redelijke toerekening – door de rechter. Daarbij wordt veelal een onderscheid gemaakt tussen een ‘feitelijke toets’ en een ‘normatieve toets’. Zo is de eerste stap in de benadering van Rozemond een *feitelijk* onderzoek naar de vraag of een bepaalde gedraging naar algemene ervaringsregels een relevante causale factor is. De tweede stap is een redelijkheidstoets en daarin ligt een *normatief* oordeel besloten over de vraag aan wie het gevolg kan worden toegerekend.¹²⁸ In de opvatting van Kwakman moet de vereiste causaliteit ‘feitelijk’ worden vastgesteld aan de hand van het *conditio sine qua non*-criterium (‘stap 1’). Vervolgens moet aan de hand van de ‘normale’ vereisten voor strafbaarheid worden nagegaan of de feitelijk vastgestelde causaliteit, gelet op alle andere voorwaarden voor strafbaarheid, ‘normatief’ kan worden ‘opgevaardigd’ tot strafrechtelijk relevante causaliteit (‘stap 2’).¹²⁹ In de heersende leer – en in de stappenplannen van Rozemond en Kwakman – vormt de feitelijke (empirische) causaliteit dus het startpunt. Witjens acht een omkering van de huidige situatie daarentegen logischer. Daarbij zou moeten worden begonnen met het aanwijzen van juridisch mogelijk-kerwijs relevant gedrag en vervolgens moeten worden getoetst of dat gedrag in empirisch causaal verband met het gevolg staat.¹³⁰

De ‘feitelijke toets’ en de ‘normatieve toets’ corresponderen met het in de dogmatiek gehanteerde onderscheid tussen empirische (feitelijke) causaliteit enerzijds en juridische (normatieve) causaliteit anderzijds. In deze bijdrage hebben wij betoogd dat het veel gemaakte onderscheid tussen empirische en juridische causaliteit als afzonderlijke stappen in de vaststelling van een causaal verband onhoudbaar is (zie paragraaf 3). In dat licht is het de vraag of de rechterlijke vaststelling van strafrechtelijke causaliteit zich wel laat vangen in een stappenplan. De empirische causaliteit heeft zoals gezegd (vooral) betrekking op het *bewijs* van het causaal verband. Men zou kunnen zeggen dat de ‘normatieve toets’ van Rozemond ziet op de *kwalificatie* van het feitelijk vastgestelde verband als een strafrechtelijk relevant verband. Geredeneerd vanuit het rechterlijk beslissingsmodel van artikel 350 Sv lijkt het dan inderdaad logisch om te starten met het bewijs (de feitelijke toets) en daarna de kwalificatievraag (de normatieve toets) aan de orde te stellen.

Het is echter de vraag of bewijs en kwalificatie hier inderdaad altijd scherp gescheiden kunnen worden. Het zal in de praktijk lastig zijn om deze twee stappen te ontwarren, omdat de redelijkheid van de toerekening door middel van de tenlastelegging van het causale verband deel gaat uitmaken van het bewijsthema. Zoals gezegd: *bewezen* moet worden dat het gevolg *redelijkerwijs* aan de gedraging van de verdachte kan worden toegerekend (zie paragraaf 5). De bewijsbeslissing omvat hier kortom mede een juridisch oordeel, zoals

128 Rozemond 2011, p. 56-62. Aan deze twee stappen wordt in het schema van Rozemond nog een derde toegevoegd (de ‘casuïstische toets’). Deze derde stap behelst een afweging van de ernst van de fout van de verdachte liggen tegen het gewicht van externe factoren die buiten zijn macht liggen (fouten van derden, ongelukkige samenloop van omstandigheden, beslissingen van derden). Inhoudelijk gaat het hier dus wederom om een puur normatieve afweging.

129 Kwakman 2007, p. 999. Nu de *conditio sine qua non* volgens deze auteur als het enige (althans doorslaggevende) criterium voor causaliteit moet worden aangemerkt, behoort de tweede stap dus in zijn benadering niet tot het causaliteitsvraagstuk (zie paragraaf 4).

130 Witjens 2011, p. 212 e.v. In deze benadering kan de redelijke toerekening overigens niet meer los worden gezien van de (overige) bestanddelen van het betreffende delict. De toerekening naar redelijkheid en de andere bestanddelen zijn dan niet meer te ontwarren en het is moeilijk deze bestanddelen (zoals opzet of schuld) helemaal te ontvlechten (Witjens 2011, p. 218-219). Ook in dit opzicht kan dus geen sprake zijn van afzonderlijke ‘stappen’ (zie hieronder).

altijd wanneer in de tenlastelegging (aan de delictsomschrijving ontleende) ‘kwalificatieve’ termen worden gehanteerd. Het onderscheid tussen bewijs en kwalificatie vervaagt dan.¹³¹ Ook in de jurisprudentie van de Hoge Raad gaat het in causaliteitskwesities vaak om een gemengd oordeel, waarbij geen duidelijk onderscheid valt te maken tussen feitelijke kwesities en toerekeningsvragen (zie paragraaf 4.3). Al met al kan worden gesteld dat alle aspecten van causaliteit *formeel* aan de orde komen bij de bewijsvraag, terwijl anderzijds al deze aspecten – ook de empirische – *materieel* worden gekleurd door het juridisch-normatieve karakter van dit fenomeen (zie paragraaf 3). Weliswaar is het voor een helder theoretisch inzicht in het fenomeen causaliteit van belang om inhoud en bewijs daarvan niet met elkaar te verwarren, tegelijkertijd moet erkend worden dat zij in de praktijk niet volledig kunnen worden gescheiden en sterk met elkaar verweven zijn (zie paragraaf 5).

Anders dan in de heersende leer wordt de *conditio sine qua non* in het schema van Rozemond terecht niet gekoppeld aan de empirische causaliteit (de ‘feitelijke toets’). De *conditio sine qua non*-test betreft naar ons oordeel geen algemene (of ‘doorgaans’ geldende) feitelijke ‘ondergrens’ van causaliteit die aan de normatieve toets van de redelijke toerekening voorafgaat. Het is juist één van de factoren die een rol kunnen spelen *binnen* de toepassing van de redelijke toerekening in een concreet geval en hoort daarom thuis bij de ‘normatieve toets’ (zie de paragrafen 4 en 7). Ook in dat opzicht kan dus geen sprake zijn van twee afzonderlijke stappen.

Uit het voorgaande volgt dat het in onze opvatting niet mogelijk is om een stappenplan te formuleren voor de vaststelling van het causaal verband door de rechter, waarbij de rechter in een vaste volgorde bepaalde duidelijk te onderscheiden stappen zou moeten doorlopen. Kunnen aan onze benadering dan in het geheel geen handvaten worden ontleend die de rechter enig houvast kunnen bieden? Uiteindelijk komt het in onze visie ‘eenvoudigweg’¹³² aan op redelijke toerekening. Bij de invulling van deze overkoepelende maatstaf kunnen oude causaliteitstheorieën (zoals de *conditio sine qua non*) en verschillende andere (ook empirische) factoren een rol spelen (zie paragrafen 1 en 3). De *conditio sine qua non* moet daarbij zoals gezegd niet worden gehanteerd als een min of meer algemene drempel, die moet worden genomen voordat men aan toepassing van de leer van de redelijke toerekening toekomt, maar als één van de gezichtspunten die binnen de toepassing van die leer relevant (maar niet doorslaggevend) zijn (zie de paragrafen 4 en 7). Onze analyse van het Groninger hiv-arrest onderstreept nog eens dat het onderscheid tussen de inhoud van het strafrechtelijke causaliteitsleerstuk enerzijds en het bewijs daarvan anderzijds zoveel mogelijk in het oog moet worden gehouden (zie paragraaf 6). Dat betekent dat causaliteitsproblemen die in wezen bewijsrechtelijk van aard zijn – en daartoe kunnen ook klassieke causaliteitsproblemen als de *Doppelkausalität* worden gerekend – moeten worden opgelost aan de hand van de algemene regels van het strafrechtelijke bewijsrecht (zie paragraaf 5).

9. Besluit

Zoals wij stelden in de inleiding moet een wetenschappelijke theorie minst genomen zich bedienen van begrippen en begripsverbanden die vrij zijn van contradicties én die voor het doel van de theorie – haar object adequaat te beschrijven en te verklaren – onmisbaar zijn. Indien de zeven stellingen die wij in het voorgaande verdedigden, hout snijden, moet worden geconcludeerd dat de heersende leer ten aanzien van causaliteit in het materiële

131 Vgl. Nijboer 2011, p. 82-83 en p. 252. Een verdachte die een verweer voert waarin hij de ‘redelijkheid’ van de toerekening aanvecht, bestrijdt daarmee dus het ten laste gelegde causale verband, maar voert in feite naar zijn strekking een kwalificatieverweer (een ‘dakdekkersverweer’; zie Corstens/Borgers 2014, p. 857).

132 Vgl. Kwakman 2007, p. 996.

strafrecht niet voldoet aan de voorwaarden waaraan een wetenschappelijke theorie dient te voldoen.

In de eerste plaats hopen wij te hebben aangetoond dat de heersende leer onderdelen behelst die overbodig zijn, en dus beter kunnen worden gemist. Het door een wetenschappelijke theorie ingenomen epistemologische perspectief is bepalend voor het antwoord op de vraag wat kan doorgaan voor een 'adequate' beschrijving en verklaring van de door de theorie bestreken objecten. Wij hebben betoogd dat het strafrecht in het teken staat van zijn 'oriëntatie op imputatie': het strafrecht oriënteert zich onder het opschrift van persoonlijke verantwoordelijkheid op de toerekening of imputatie van een strafbare gedraging inclusief haar gevolgen aan een persoon. Deze normatieve gerichtheid culmineert dus in de beantwoording van de morele vraag of een verdachte een *verwijt* kan worden gemaakt van hetgeen aan hem is tenlastegelegd.

Dit weerspiegelt zich in het strafrechtelijke rechtsvindingsmodel: de weg waarlangs men geraakt tot het uiteindelijke oordeel dat een persoon verwijtbaar een strafbaar feit heeft begaan, loopt van moreel 'zwakke' naar moreel steeds 'sterkere' vaststellingen.¹³³ De vaststelling van causaal verband is in moreel opzicht nog erg 'zwak', de vaststelling van opzet (en vooral *culpa*) is in moreel opzicht al 'sterker'; en de aanname van verwijtbaarheid van de verdachte grondt ten slotte leidt tot het moreel 'sterke' strafrechtelijke oordeel dat de verdachte straf 'verdient'. Vaststelling van causaal verband is niet bij alle delicten vereist; causaliteit is dus geen algemene voorwaarde voor strafbaarheid (zie paragraaf 2). Maar in de gevallen waarin causaliteit wél moet worden bewezen, speelt in de bewijsvoering ervan de normatieve gerichtheid van het strafrecht reeds mee: strafrechtelijke causaliteit is een juridisch-normatief begrip (paragraaf 3).

Het binnen de dogmatiek dikwijls gemaakte onderscheid tussen 'empirische' en 'juridische' causaliteit komt daarmee in de lucht te hangen: als aanduiding van afzonderlijke stappen in de vaststelling van een causaal verband is dit onderscheid naar onze opvatting dan ook overbodig en dus onhoudbaar (paragraaf 3). Daarnaast hebben wij de opvatting bepleit dat de *conditio sine qua non* niet kan worden vereenzelvigd met wat in de literatuur vaak als 'empirische' (of 'feitelijke') causaliteit wordt aangeduid (paragraaf 4) en dat de *conditio sine qua non* geen zelfstandige voorwaarde voor het bewijs van causaal verband in het strafrecht is of kan zijn. De functie van deze maatstaf als 'ondergrens' van het leerstuk causaliteit kan dan ook gemist worden (paragraaf 7).

In de tweede plaats hebben wij enige contradicties in de heersende leer blootgelegd. Deze contradicties gaan met name schuil in de uitgebreide en complexe overwegingen in het Groninger hiv-arrest van de Hoge Raad. Wij hebben betoogd dat in dit arrest bewijsrechtelijke en materieelrechtelijke maatstaven worden verward (zie paragrafen 5 en 6), welke verwarring mede debet lijkt te zijn aan de uitvoerige, deels overbodige en aan de complexe, deels ondoorgrondelijke overwegingen in het arrest. Wij hebben in het voorgaande beargumenteerd waarom wij menen dat geen inhoudelijk verschil bestaat tussen de twee in dit arrest onderscheiden 'bewijsregimes' met betrekking tot gevallen waarin wel, respectievelijk niet een *conditio sine qua non*-verband kan worden aangetoond. Het maakt immers niet uit of het gedrag van de verdachte een onmisbare factor *is* geweest voor het ingetreden gevolg enerzijds, of dat dit gedrag (slechts) een onmisbare schakel *kan* hebben gevormd in de keten van gebeurtenissen anderzijds.

133 Het onderscheid tussen sterke en zwakke evaluaties is ontleend aan C. Taylor, *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*, Cambridge: CUP 1989, p. 4, 14-19, 20. Zie ook P. Ricoeur, *The Just* (vert. D. Pellauer), Chicago/Londen: University of Chicago Press 2000, p. 147. Vgl. B. Williams, die op een wat andere wijze een onderscheid maakt tussen 'thin' en 'thick ethical concepts'. Zie De Jong 2009, p. 54-55.

De feitenrechter komt linksom of rechtsom terecht bij dezelfde maatstaf, namelijk de leer van de redelijke toerekening, inclusief de in deze leer gemeenlijk gebruikte (bewijsvoerings-)criteria. Daarbij komt dat in bepaalde gevallen (zie paragraaf 7) toepassing van de leer van de *conditio sine qua non* (als 'ondergrens') leidt tot juridisch onaanvaardbare resultaten en dat de vaststelling van causaal verband door de feitenrechter zich onzes inziens niet laat persen in het keurslijf van een dwingend stappenschema (paragraaf 8). Het onderscheid tussen de twee bewijsregimes in het Groninger hiv-arrest is daarmee niet alleen zinledig en dus overbodig (zie hierboven), maar ook behept met een innerlijke tegenstrijdigheid.