

Opzet en causaliteit, of: het ‘algemeen-menselijke’ karakter van het strafrechtelijke opzetbegrip²

DD 2019/11

‘Ah! Que je... Vous l’avez voulu, vous l’avez voulu
George Dandin, vous l’avez voulu...’³

1. Inleiding: opzet en causaliteit

Reeds vaak is opgemerkt dat het Nederlandse recht zich in verhouding tot het Duitse kenmerkt door een pragmatische inslag. Dit geldt ook, en misschien bij uitstek, voor de materieelstrafrechtelijke dogmatiek. Een treffend voorbeeld bieden enige klassieke leerstukken die handelen over discrepanties tussen het door de dader gevormde opzet enerzijds en de wijze waarop het delict zich verwerkelijkt anderzijds. De grote Duitse handboeken vormen tot op de dag van vandaag heuse dogmatische strijdtonelen met betrekking tot de vraag naar de (on)waarde en de juiste interpretatie van de oude leerstukken inzake onder meer de *aberratio ictus*, de *error in persona vel obiecto* en de *dolus generalis*.⁴ De behandeling van deze leerstukken en begripsonderscheidingen in de hedendaagse Nederlandse handboeken steekt hiertegen welhaast ietwat laconiek af.

Zo schrijft steller dezes in zijn bewerking van het *Studieboek materieel strafrecht* van Constantijn Kelk:

“Daarbij zij aangetekend dat de begripsonderscheidingen in de hedendaagse rechtspraak veelal schitteren door hun afwezigheid, nu ook door middel van de constructie van het voorwaardelijk opzet de hier bedoelde discrepanties tussen de intentie van de dader en de wijze waarop een delict zich verwerkelijkt vaak kunnen worden gedicht.”⁵

Nu is het ontegenzeggelijk waar dat in veel gevallen de kieren tussen de eigenlijke bedoeling van de dader en het op diens handelen volgende causale verloop met het voorwaardelijk opzet kunnen worden dichtgesmeerd. En ook in de Duitse dogmatiek en rechtspraak

1 Prof. mr. F. de Jong is als hoogleraar strafrecht verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall) van de Universiteit Utrecht.

2 Citeerwijze: F. de Jong, ‘Opzet en causaliteit, of: het ‘algemeen-menselijke’ karakter van het strafrechtelijke opzetbegrip’, DD 2019/11.

3 Uit het beroemde blijspel van Molière: *George Dandin, ou le mari confondu* (1668). Geciteerd uit M. Leon, *Molière, the French Revolution, and the Theatrical Afterlife*, Iowa City: University of Iowa Press 2009, p. 92.

4 Zie bijvoorbeeld D. Sternberg-Lieben/F.P. Schuster, in: A. Eser e.a. (red.), *Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl., München: C.H. Beck 2019, § 15 Rn. [Randnummer] 55-56 [hierna: *Schönke/Schröder* 2019]; I. Puppe, in: U. Kindhäuser, U. Neumann & H.U. Paeffgen (red.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar*, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2017, § 16 Rn. 68-106 [hierna: *SNK* 2017]; U. Kindhäuser, *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxis-kommentar*, 7. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2017, p. 195-205 (§ 16 Rn. 16-35) [hierna: *LPK* 2017].

5 C. Kelk/F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 282. Zie ook J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 230-231; G. Knigge & H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht* (Ons strafrecht, deel 1), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 110-111; A.J.M. Machielse, ‘Dwaling en opzet’, in: J.W. Fokkens, E.J. Hofstee & A.J.M. Machielse (red.), *Noyon/Langemeijer/Remmelink: Het Wetboek van Strafrecht*, aant. 7 op ‘Opzet’, Deventer: Wolters Kluwer (bijgewerkt tot augustus 2018).

wordt – uiteraard – erkend dat er gevallen zijn waarin 'die Möglichkeit der Kausalabweichung vom bedingten Vorsatz des Täters erfaßt war'.⁶

Dit ligt in zoverre ook nogal voor de hand dat de eerder genoemde leerstukken over de verhouding tussen opzet en delictsverwerkelijking dateren van ver vóór de introductie, laat staan inburgering, van de rechtsfiguur van het voorwaardelijk opzet.⁷ En die figuur van het voorwaardelijk opzet heeft, als bekend, in materieelrechtelijk opzicht de reikwijdte of 'extensie' van het algemene opzetbegrip aanzienlijk verruimd en bovendien in procesrechtelijk opzicht de bewijsvoering van het opzet vergemakkelijkt.⁸ Neem het volgende schoolvoorbeeld van een *aberratio ictus*. A gooit in een café een kruk in de richting van B met het opzet deze B te verwonden; B weet echter juist op tijd weg te duiken, waardoor de achter B staande, maar door A niet opgemerkte C wordt geraakt, ten gevolge waarvan deze C lichamelijk letsel oploopt. Nu een dergelijke gang van zaken in een druk café alleszins voorzienbaar is, kan van A al snel worden gezegd dat hij zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat hij niet B maar C zou verwonden.⁹

Toch dringt de vraag zich op of de doctrinaire aandacht die de *Abweichungen im Kausalverlauf* en aanverwante leerstukken in Duitsland altijd nog ten deel valt, niet wijst op een grotere importantie van de daarmee verband houdende leerstukken dan daaraan te onzent gemeenlijk wordt toegeschreven. In andere woorden: kan het zijn dat 'wij' soms ietwat té pragmatisch, ietwat te snel, grijpen naar het voorwaardelijk opzet en dan misschien ten onrechte voorbijzien aan bij nader inzien relevante dogmatische subtiliteiten? Kunnen wij in dit verband iets leren van de Duitse dogmatiek?¹⁰

De vraag of en in hoeverre een 'avontuurlijk' causaal verloop van delictsverwerkelijking nog kan worden geacht te zijn bestreken door het bij de dader aanwezige (voorwaardelijk) opzet op het ingetreden gevolg, raakt onmiddellijk aan de eisen die het materiële strafrecht *de lege lata* stelt of *de lege ferenda* zou dienen te stellen aan de aanwezigheid van (voorwaardelijk) opzet. Hierbij kan ten aanzien van het voorwaardelijk opzet worden gedacht aan de vraag of sprake moet zijn van een aanmerkelijke kans in 'kwantitatieve' of in 'kwalitatieve' zin. En daarnaast bestaat de vraag of voor de vaststelling van een (kwantitatief of kwalitatief) aanmerkelijke kans op bepaald strafrechtelijk relevant onheil beslissend is: de subjectieve voorstelling daarvan van de dader, of de volgens algemene ervaringsregels objectieve (dan wel intersubjectieve) kansgrootte, dan wel beide.

En in meer middellijke zin raakt de vraag naar de juiste dogmatische behandeling van afwijkingen tussen het causale verloop en het opzet van de dader aan verschillende oude en moeilijke onderliggende theorieën en controversen ten aanzien van de aard van het (voorwaardelijk) opzet. Domineert binnen het opzetbegrip, zoals de oude voorstellingsleer wil, het cognitieve aspect (het weten) of, zoals de wilsleer stipuleert, het volitieve aspect (het willen)? En is het opzet een in wezen psychisch begrip, of hebben wij van doen met een in wezen normatief begrip? En wat wordt precies bedoeld met de predicaten 'psychisch' en 'normatief'?

Het mag duidelijk zijn dat binnen het bescheiden bestek van dit redactioneel op deze ieder voor zich grote vragen geen sluitend antwoord kan worden gegeven. Maar aanleiding om

6 C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen; Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München: C.H. Beck 1992, p. 323 (§ 12.III Rn. 148).

7 Zie Roxin 1992, p. 318-334 (§ 12.III).

8 Zie W. Nieboer, *Wetens en willens* (oratie Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1978; F. de Jong, *Daad-schuld. Bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijzondere aandacht voor de normativering van het delictsbestanddeel opzet* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 351-352.

9 Vgl. HR 9 mei 1995, NJ 1995/501.

10 Die grotere aandacht voor dit soort vraagstukken in Duitsland zal ten dele te maken hebben met het feit dat in het Duitse *Strafgesetzbuch* (in § 16 en 17), anders dan in ons Wetboek van Strafrecht, voorschriften van algemene aard zijn opgenomen over respectievelijk *Irrtum über die Tatumstände* en *Verbotsirrtum*.

deze vragen op te werpen, is er wel. In zijn in 2017 verschenen boek *Opzet, kans en keuzes. Een analyse van doodslag in het verkeer* heeft Alwin van Dijk onder andere aan de hierboven genoemde controversen met betrekking tot de aard van het opzetbegrip en de aanmerkelijke kans belangrijke bespiegelingen gewijd.¹¹ Dit boek verdient aandacht en serieuze bestudering. In het onderstaande volgt een aantal aantekeningen over de genoemde controversen waarin onder meer aan de Duitse doctrine en de opvattingen van Van Dijk aandacht wordt besteed. Paragraaf 2 behandelt de verhouding tussen de cognitieve en de volitieve component van het opzet; paragraaf 3 gaat in op de vraag of de aanmerkelijke kans een kwantitatief of een kwalitatief begrip is en of ter vaststelling ervan de voorstelling van de dader of (ook) een intersubjectief perspectief tot uitgangspunt moet worden genomen; en paragraaf 4 behandelt opvattingen over (wezenlijke) afwijkingen tussen het feitelijke causale verloop van delictsverwerkelijking en de voorstelling van de dader daaromtrent.

2. Controversen over de aard van het opzetbegrip

Onomstreden is dat het strafrechtelijke opzetbegrip een cognitieve en een volitieve component heeft; het gaat om 'weten' én 'willen'. Omstreden is of dat weten en dat willen duiden op onverdond subjectieve gesteldheden van de psyche van de dader ten tijde van de delictsgedraging, of dat zij in de kern bestaan in aan de dader toegerekende bewustzijnskwaliteiten. Omstreden is ook of het strafrechtelijke opzetbegrip (in het algemeen, maar ook in verhouding tot de inhoud van de culpa) wordt gedomineerd door zijn cognitieve of door zijn volitieve component. In deze paragraaf worden aan beide omstreden kwesties enkele aantekeningen gewijd. Ik vang aan met een standpuntbepaling ten aanzien van de verhouding tussen de cognitieve en de volitieve component van het opzet, en sluit af met enige opmerkingen over het psychische én normatieve karakter van het strafrechtelijk opzet.

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

Het verschil tussen beide theorieën is vooral relevant voor de vraag hoe het voorwaardelijk opzet dogmatisch moet worden afgegrensd van de bewuste culpa (waarover hieronder meer); als beschrijvingen van de aard van het opzetbegrip in algemene zin zijn beide theorieën, meen ik, te star en daardoor weinig gediensig. Tegen een gedifferentieerde beklem-

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

12 Van Dijk 2017, p. 63-66.

13 W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 145-182; G.A.M. Strijards, *Hoofdstukken van materieel strafrecht*, Utrecht: Lemma 1992, p. 111-134; A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen* (diss. Groningen), Antwerpen/Deventer: Maklu 2008, p. 224-225.

14 R. von Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlijn: Springer 1932.

15 J. Rummelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1996, 202 en 205-206; G.E. Mulder, 'De wil in het opzet', in: M.S. Groenhuisen, G.E. Mulder & J. Rummelink (red.), *De Schets nader bekeken*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 53-66.

toning van de cognitieve dan wel de volitieve component bestaat geen bezwaar.¹⁶ In de eerste plaats geldt dat reeds in de verschillende door de wetgever gekozen bewoordingen waarmee hij in delictomschrijvingen het opzetbestanddeel tot uitdrukking brengt, een zekere prioritering van ofwel het cognitieve ofwel het volitieve aspect besloten kan liggen. Het ligt voor de hand dat waar het opzet wordt uitgedrukt met de term 'wetende dat' het accent ligt op de cognitieve component; en daar waar de wet bij de dader een bepaald 'oogmerk' eist, staat het volitieve aspect veeleer op de voorgrond.¹⁷

In de tweede plaats geldt dat de in de dogmatiek gangbare onderscheiding van het opzetbegrip in drie schakeringen of gradaties gepaard gaat met een wisselende accentuering van het cognitieve en volitieve aspect. Daarbij is het nuttig om – met Van Dijk¹⁸ – een onderscheid te maken tussen de 'opzet-act', dat wil zeggen het willen en/of weten, en het 'opzet-object', dat wil zeggen datgene waarop het willen en het weten betrekking hebben (zie tabel 1). Wie handelt met volkomen opzet, handelt met de bedoeling een bepaald strafrechtelijk relevant gevolg in het leven te roepen.¹⁹ De Duitsers spreken in dit verband van *Absicht*. Deze hoogst gepotentieerde vorm van opzet staat dan ook overwegend in het teken van het willen, waarbij uiteraard eveneens sprake is van een bij de dader aanwezig besef dat zijn handeling voor het beoogde resultaat een geschikt instrument is.

Wie daarentegen handelt met opzet in de zin van noodzakelijkheids- of zekerheidsbewustzijn voorziet dat hij vrijwel zeker een bepaald, niet primair beoogd gevolg in het leven zal roepen. Deze in de Duitse dogmatiek als *direkter Vorsatz* of ook wel *dolus directus 2. Grades* aangeduide opzetgradatie staat dan ook sterk in de sleutel van het weten, waarbij vanwege de zeer hoge graad van voorziene waarschijnlijkheid van het gevolg mag worden aangenomen dat de dader dat gevolg ook minst genomen aanvaard heeft.²⁰ Wie ten slotte handelt met voorwaardelijk opzet (*bedingter Vorsatz* of *dolus eventualis*), handelt in het besef dat zijn handeling een reële, niet onwaarschijnlijke en dus 'aanmerkelijke' kans²¹ op een bepaald gevolg oproept en neemt die kans bovendien op de koop toe. In deze onderste opzetgradatie is zowel het weten als het willen van groot belang, zij het dat – zoals hieronder nog zal worden toegelicht – het cognitieve aspect inhoudelijk domineert.

Tabel 1.	Weten	Willen	
Gevolg in de delictomschrijving		X	> Opzet als bedoeling/volkomen opzet
Noodzakelijkheid van het gevolg	X		> Opzet met noodzakelijkheidsbewustzijn
Aanmerkelijke kans op het gevolg	X	(X)	> Voorwaardelijk opzet

Hierboven stelde ik dat het verschil tussen de cognitieve en de volitieve opzettheorie vooral relevant is voor de vraag hoe het voorwaardelijk opzet dogmatisch moet worden afgegrensd van de bewuste culpa. De opvatting van de Hoge Raad verraadt, althans zo lijkt het, een voorkeur voor de wilstheorie. Zoals bekend, pleegt de Hoge Raad sinds 2003 als volgt onder woorden te brengen dat en waarom de volitieve component in de bewijsvoering van het voorwaardelijk opzet nauwgezette aandacht vergt:

16 Zie ook Kelk/De Jong 2016, p. 259; J. Wessels/W. Beulke & H. Satzger, *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 45. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2015, p. 96-99 (Rn. 317-333).

17 De Hullu 2018, p. 255-261.

18 Van Dijk 2017, p. 335, 351; Van Dijk 2008, p. 371, 377-381.

19 Uit een oogpunt van leesbaarheid is de terminologie ('handelen', 'gevolg') vrijwel steeds afgestemd op de materieel omschreven commissiedelicten; daarbij moet worden bedacht dat de tekst steeds ook betrekking heeft op gevallen van opzettelijk nalaten en op gevallen waarin het opzet zich richt op een delictsbestanddeel dat niet bestaat in een gevolg.

20 Knigge & Wolswijk 2015, p. 113.

21 Zie het hieronder nader te bespreken arrest HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:718.

“Voor de vaststelling dat de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan zulk een kans is niet alleen vereist dat de verdachte wetenschap heeft van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden, maar ook dat hij die kans ten tijde van de gedraging bewust heeft aanvaard (op de koop toe heeft genomen). Uit de enkele omstandigheid dat die wetenschap bij de verdachte aanwezig is dan wel bij hem moet worden verondersteld, kan niet zonder meer volgen dat hij de aanmerkelijke kans op het gevolg ook bewust heeft aanvaard, omdat in geval van die wetenschap ook sprake kan zijn van bewuste schuld.

Van degene die weet heeft van de aanmerkelijke kans op het gevolg, maar die naar het oordeel van de rechter *ervan is uitgegaan* dat het gevolg niet zal intreden, kan wel worden gezegd dat hij met (grove) onachtzaamheid heeft gehandeld maar niet dat zijn opzet in voorwaardelijke vorm op dat gevolg gericht is geweest.” [cursivering toegevoegd, FdJ]²²

Zelf geloof ik niet dat de Hoge Raad de wilstheorie onverdund onderschrijft.²³ Uit het weergegeven citaat blijkt dat voorwaardelijk opzet volgens de Hoge Raad is uitgesloten in gevallen waarin de dader ‘ervan is uitgegaan’ dat het gewraakte gevolg niet zou intreden. Deze opzet-uitsluitende bewustzijnstoestand is cognitief van aard. De Hoge Raad stelt in dit verband niet dat het bewijs van voorwaardelijk opzet eerst uitgesloten is indien de rechter ervan overtuigd is dat de dader én ervan is uitgegaan dat het gevolg niet zou intreden én bovendien (onder geen beding) heeft *gewild* dat dat gevolg zou intreden. Van Dijk spreekt in dit verband beeldend van ‘cryptocognitivism’: cognitieve termen worden gebruikt om de volitieve component te beoordelen.²⁴ De volitieve component wordt dan weliswaar opgevoerd als essentieel vereiste voor het voorwaardelijk opzet, maar in feite wordt aan dit (zogenaamde) vereiste slechts lippendienst bewezen: de aan- of afwezigheid van de volitieve component valt of staat met de aan- of afwezigheid van de cognitieve component.

Nu kan het natuurlijk zijn dat de Hoge Raad wel degelijk *bedoelt* dat voorwaardelijk opzet ook echt een wilsbetrokkenheid van de dader veronderstelt; in dat geval zouden de hierboven aangehaalde woorden: ‘degene die (...) ervan is uitgegaan dat het gevolg niet zal intreden’ een elliptische aanduiding vormen van de hiermee bedoelde gedachte dat de opzet-dader ook (op welke wijze of in welke zin dan ook) zijn wil op het gevolg moet hebben gericht. De vraag is dan: wat voor wilsbetrokkenheid is hier vereist? Mij schijnt toe dat in ieder geval niet is vereist dat wordt voldaan aan de beroemde eerste van twee *Frankschen Formeln*:

“Kommt man zu dem Ergebnis, dass der Täter auch bei bestimmter Kenntnis gehandelt hätte, so ist die oben charakterisierte Situation gegeben, der Vorsatz also zu bejahen; kommt man zu dem

22 HR 25 maart 2003, *NJ* 2003/552 (Hiv I).

23 In dit verband zij eveneens verwezen naar de formule die de Hoge Raad al sinds jaar en dag gebruikt als maatstaf om te beoordelen wanneer een psychische stoornis het bewijs van opzet uitsluit: bewijs van opzet is volgens een psychische stoornis eerst dan onmogelijk ‘indien bij de dader zou blijken van een zodanige ernstige geestelijke afwijking dat aangenomen moet worden dat hij van *elk inzicht* in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen daarvan is verstoken’ (cursivering toegevoegd). Zie bijvoorbeeld HR 22 juli 1963, *NJ* 1968/217 en HR 9 december 2008, *NJ* 2009/157).

24 Van Dijk 2017, p. 138-168. Van Dijk wijst ook op veel voorbeelden van ‘cryptocognitivism’ in de Nederlandse doctrine.

Ergebnis, dass er bei bestimmter Kenntnis die Handlung unterlassen hätte, so ist der Vorsatz zu verneinen.”²⁵

In mei 2018 billijkte de Hoge Raad het oordeel van het hof dat sprake was van voorwaardelijk opzet. De verdachte had drie honden – alle drie van het ras American Staffordshire en genaamd Rambo, Diamond en Junior – onaangelijnd uitgelaten terwijl hij wist dat die honden een jaar eerder ‘bij een bijtincident betrokken waren’, dat hij de honden wegens het reële gevaar voor nieuwe bijtincidenten niet tezamen moest uitlaten en al helemaal niet onaangelijnd. Door dit toch te doen, had de verdachte bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat door zijn handelwijze de honden een andere hond (een Hazewindhond, genaamd Hunter) zouden bijten en daardoor zouden beschadigen.²⁶ Juist op het punt van de *aanvaarding* van de aanmerkelijke kans is de Hoge Raad hier nogal kortaf. Het lijkt mij intussen sterk dat de Hoge Raad in dit geval werkelijk heeft gemeend dat de dader de honden die hij uitliet óók zou hebben losgekoppeld van de riemen als hij *zeker wist* dat daarvan het gevolg zou zijn dat de honden een andere hond zouden verwonden.²⁷

Wat kan dan wél bedoeld zijn met het vereiste dat de aanmerkelijke kans door de dader is ‘aanvaard’ of door hem ‘op de koop is toegenomen’? Van Dijk heeft een punt waar hij schrijft dat de Hoge Raad nalaat ‘een adequaat volitief criterium te bieden waarmee voorwaardelijk opzet onderscheiden kan worden van bewuste schuld’.²⁸ Is de volitieve component nu wel of niet een eigenstandige positieve voorwaarde voor het bewijs van voorwaardelijk opzet? Anders gezegd: is de eis van aanvaarding toch uiteindelijk te herleiden tot de cognitieve component van het voorwaardelijk opzet? Ook in de Duitse doctrine bestaat hierover veel onenigheid. Het *Bundesgerichtshof* benadrukt evenals onze Hoge Raad het belang van zowel de cognitieve als de volitieve component:

“Bedingt vorsätzliches Handeln setzt voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend *erkennt*, weiter, dass er *ihn billigt oder sich* um des erstrebten Zieles willen *mit der Tatbestandsverwirklichung zumindest abfindet*. Vor Annahme eines bedingten Vorsatzes müssen beide Elemente der inneren Tatseite, also sowohl das Wissens- als auch das Willenselement, umfassend geprüft und durch tatsächliche Feststellungen belegt werden. Hierzu bedarf es einer Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände des Einzelfalles, in welche vor allem die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung, die konkrete Angriffsweise des Täters, seine psychische Verfassung bei der Tatbegehung und seine Motivationslage einzubeziehen sind.”[cursivering toegevoegd, FdJ]²⁹

Ingeborg Puppe stelt dat de termen waarmee het *Bundesgerichtshof* de volitieve component in het algemeen omschrijft, in wezen duiden op een *Willenssurrogat* dat niet kan worden begrepen als een ‘Beschreibung eines psychischen Befundes, sondern nur als zuschreibendes Urteil über das Verhalten des Täters unter den von ihm als gegebenen erkannten Be-

25 R. Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, Tübingen: J.C. Mohr 1931, p. 190 (§ 59 Anm. V). De tweede – minder omstreden – formule luidt: ‘MaW sagt sich der Täter: Mag es so oder anders sein, so oder anders werden, auf jeden Fall handele ich, so ist sein Verschulden ein vorsätzliches’; zie Puppe, in: *SNK* 2017, § 15 Rn. 37-40. De eerste formule wordt in de Duitse heersende leer verworpen, nu deze de reikwijdte van het voorwaardelijk opzet te zeer inperkt; zie Roxin 1992, p. 284 (§ 12.1 Rn. 46-47). Vgl. Van Dijk 2017, p. 132-138.

26 HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:718.

27 A-G Keulen concludeerde dat de verdachte de – volgens de A-G overigens: niet ‘aanmerkelijke’ maar wél ‘niet als denkbeeldig te verwaarlozen’ – kans niet had aanvaard (conclusie, punten 47-49).

28 Van Dijk 2017, p. 72.

29 BGH 9 februari 2017, 3 StR 415/16 (LG Krefeld).

dingungen.³⁰ Toch: het is goed mogelijk dat met termen als *billigend in Kauf nehmen* en *sich abfinden* inderdaad uiteindelijk vooral een toeschrijvingsoordeel over het handelen van de dader tot uitdrukking wordt gebracht, maar dit hoeft nog niet te betekenen dat het toeschrijvende oordeel niet op z'n minst wordt *verondersteld* te verwijzen naar een bij de dader aanwezige wilsbetrokkenheid bij het strafbare feit. Dat laatste lijkt mij ook onwaarschijnlijk, mede gelet op het feit dat het *Bundesgerichtshof* benadrukt dat ook des daders 'psychische Verfassung bei der Tatbegehung und seine Motivationslage einzubeziehen sind'. Blijft de vraag: wat voor wilsbetrokkenheid van de dader bij het feit vereist het voorwaardelijk opzet? In ieder geval is duidelijk dat de termen 'aanvaarden' en 'op de koop toemenen' niet verwijzen naar een door de omgangstaal gemeenlijk aan de term 'willen' verleende betekenis. In verhouding tot de alledaagse betekenis van 'willen' heeft de volitieve component binnen het voorwaardelijk opzet betrekking op een sterk verwaterde vorm daarvan. De voor voorwaardelijk opzet vereiste wilsbetrokkenheid van de dader op een aanmerkelijke kans op strafrechtelijk onheil is niet een 'handeling-sturende' wil, laat staan een op het teweegbrengen van het strafbare gevolg *gerichte* wil. De volitieve component binnen het voorwaardelijk opzet houdt veeleer in dat de dader, in weerwil van het besef van de aanmerkelijke kans op strafrechtelijk relevant onheil, *kiest* voor het stellen van zijn handeling, teneinde door middel van die gewilde gedraging een bepaald doel te bereiken dat voor de dader belangrijker is dan het rechtsgoed dat door zijn handeling mogelijksoort wordt gekrenkt.³¹

De dader wil het gevolg dus niet, maar hij wil het als concreet mogelijk voorziene gevolg ook niet vermijden (*Nichtvermeidenwollen*). Hij legt zich erbij neer – neemt op de koop toe – dat hij met zijn gedraging de aanmerkelijke kans op het intreden van het gevolg in het leven roept. In wezen wordt de dader verweten dat hij zich niet gevoelig heeft getoond voor de 'psychische hindernis' die het besef van de aanmerkelijke kans op delictsverwerkelijking aan het stellen van de handeling in de weg had moeten leggen.³² Of iemand een bepaald voorzien gevolg daadwerkelijk heeft aanvaard, dat wil zeggen niet heeft willen vermijden, kan natuurlijk moeilijk – of eigenlijk: kan niet – rechtstreeks worden bewezen. Vandaar dat Puppe in dit verband spreekt van een toeschrijvings- of toerekeningsoordeel. Dat wil zeggen dat de volitieve component wordt vastgesteld met behulp van een criteriumfiguur:

“Das Verhalten des Täters ist dann Ausdruck der Maxime, dass die Verletzung des anderen sein soll oder doch sein darf, wenn ein verständig denkender und handelnder Mensch an seiner Stelle nur dann so hätte handeln können, wenn er den Erfolg tatsächlich gewollt oder doch gebilligt hätte, dabei ist das Billigen hier im wörtlichen, also moralischen Sinn gemeint.”³³

Dit laatste voert, ter afsluiting van deze paragraaf, tot een aantekening over de oude vraag of het strafrechtelijke opzet een in wezen psychisch of een in wezen normatief begrip is. In een normatieve theorie van het opzet wordt gesteld dat het opzet in wezen een betekenis is die op grond van sociale 'betekenisbepalende' normen aan een handeling wordt toege-

30 I. Puppe, 'Die Zurechnung des Erfolges zum Vorsatz', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2017, p. 1-19, p. 9 [hierna: *ZStW*]. Zie ook Puppe, in: *SNK* 2017, § 15 Rn. 37-40.

31 Vgl. Kindhäuser, *LPK* 2017, p. 172-173 (§ 15 Rn. 26) en p. 194 (§ 15 Rn. 121); Sternberg-Lieben/Schuster, in: *Schönke/Schröder* 2019, § 15 Rn. 84.

32 Puppe, in: *SNK* 2017, § 15 Rn. 28. P.J.H.M. Brouns, *Opzet in het Wetboek van Strafrecht* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 228, spreekt van een kans waarvan een 'tegenmotiverende kracht' uitgaat. In dit verband kan ook worden gewezen op de zogenoemde *Hemmschwellentheorie* die inhoudt dat voor mensen in het algemeen een hoge psychologische drempel bestaat om te kunnen overgaan tot het doden van een andere mens. Zie hierover Van Dijk 2017, p. 464-465; Kindhäuser, *LPK* 2017, p. 191 (§ 15 Rn. 109).

33 Puppe, in: *SNK* 2017, § 15 Rn. 68.

schreven. Een handeling is opzettelijk verricht indien die handeling op grond van deze sociale regels 'geldt als' een opzettelijke handeling. Het perspectief is uitwendig: op basis van contextuele factoren, waaronder de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging, wordt de vraag beantwoord of een gemiddeld mens in de gegeven omstandigheden opzettelijk zou hebben gehandeld. Vaak wordt daaraan de implicatie verbonden dat in een normatieve opvatting het opzet niet duidt op een geestesgesteldheid en dus niets met de subjectieve overtuigingen en bedoelingen van de dader heeft uit te staan.³⁴

Die implicatie is evenwel niet noodzakelijkerwijs juist. Het psychische is namelijk zélf ten dele normatief van aard. Het wezen van alle intentionele verschijnselen (zoals opzettelijk verrichte gedragingen) is dat zij bestaan in een subjectieve gerichtheid op een fenomeen buiten het bewustzijn, waarbij dat fenomeen in een bepaalde betekenis wordt gevat. Het opzet is dan ook geen 'ding' dat 'ergens', bijvoorbeeld in de geest van de dader of in diens handeling, gelokaliseerd kan worden; het is een gerichtheid van een subject op iets in de intersubjectieve wereld. Handelingen zijn 'regelgeleid'. Wie intentioneel handelt, geeft zich *in* zijn handeling op een bepaalde wijze in de intersubjectieve wereld te verstaan. De handeling is intern verbonden met de intentie en drukt deze ook uit. De sociale of betekenisbepalende regels zijn niet alleen bepalend voor de interpretatie van de handeling in intersubjectief perspectief, maar geven ook reeds bij voorbaat *richting* aan de handeling in subjectief perspectief. Dit impliceert dat het psychische (het weten en het willen van een dader) al is doordrongen van de sociale realiteit.³⁵ Daarmee *hoeft* een normatieve benadering van het opzet dus geenszins aanleiding te geven tot de opvatting dat het opzet geen psychisch begrip is.

3. De aanmerkelijke kans binnen het voorwaardelijk opzet

Ten aanzien van het begrip 'aanmerkelijke kans' bestaan tenminste twee hardnekkige dogmatische controversen. In de eerste plaats is omstreden of een kans op strafrechtelijk relevant onheil in 'kwalitatief' of in 'kwantitatief' opzicht aanmerkelijk moet zijn om voor de bewijsvoering van voorwaardelijk opzet dragend te kunnen zijn. In de tweede plaats is omstreden welk perspectief dient te worden gehanteerd om te bepalen of een kans – in kwalitatief of in kwantitatief opzicht – aanmerkelijk is: is dat het subjectieve perspectief van de dader, het objectieve perspectief van de rechtsorde, of dient een kans vanuit beide perspectieven aanmerkelijk te zijn? Beide controversen houden sterk met elkaar verband maar moeten wel van elkaar worden onderscheiden.

Met een in kwalitatief opzicht aanmerkelijke kans wordt bedoeld dat de aanmerkelijkheid van een kans mede afhangt van de aard van het gevolg waarop de kans betrekking heeft. In een dergelijke benadering kan een in kwantitatief opzicht geringe kans niettemin strafrechtelijk gelden als een aanmerkelijke kans indien deze betrekking heeft op ernstige gevolgen (zoals de dood van een persoon). In kwantitatief opzicht is een kans aanmerkelijk op grond van zijn 'objectieve' of feitelijke hoegrootheid, geheel los van de aard van het gevolg

34 Zie de weergave van de normatieve opzettheorie in Van Dijk 2017, p. 66-68; A.A.G. Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1966; Brouns 1988.

35 Zie uitvoerig hierover mijn proefschrift: De Jong 2009, in het bijzonder hoofdstuk V. En vgl. het concept dat in de Duitse dogmatiek wordt aangeduid als *sachgedankliches Mitbewusstsein*; zie Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder 2019, § 15 Rn. 51-52.

waarop de kans betrekking heeft.³⁶ In zijn beroemde Hiv I-arrest heeft de Hoge Raad duidelijk de kwalitatieve benadering afgewezen:

“De beantwoording van de vraag of de gedraging de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg in het leven roept, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij betekenis toekomt aan de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht. Er is geen grond de inhoud van het begrip “aanmerkelijke kans” afhankelijk te stellen van de aard van het gevolg. Het zal in alle gevallen moeten gaan om een kans die naar algemene ervaringsregelen aanmerkelijk is te achten.”³⁷

Sindsdien heerst (grote)³⁸ onzekerheid over de vraag waar precies de ondergrens van het begrip aanmerkelijke kans moet worden gelegd en of die ondergrens voor alle delicten ook in statistische zin op een bepaald percentage (bijvoorbeeld tien procent) moet worden vastgesteld. (Indien de Hoge Raad had gekozen voor een kwalitatieve in plaats van kwantitatieve invulling van het begrip aanmerkelijke kans, zou dat overigens niet noodzakelijkerwijs hebben geleid tot minder onzekerheid; ook dan moet immers worden bepaald of een kans, afhankelijk van het in de weegschaal liggende rechtsbelang, in een gegeven geval feitelijk voldoende groot is om voor een ‘aanmerkelijke kans’ te kunnen doorgaan. Sterker: hierbij komt nog dat een kwalitatieve benadering leidt tot een sterk variabele invulling van de aanmerkelijke kans per delict of delictstype, hetgeen eens te meer aan de gewenste duidelijkheid afbreuk zou doen.)³⁹

Blijft dus de vraag: hoe kwantitatief is kwantitatief? Daartoe uitgenodigd door A-G Berend Keulen heeft de Hoge Raad onlangs getracht enige nadere aanknopingspunten te formuleren om te bepalen onder welke omstandigheden sprake is van een aanmerkelijke kans. In zijn in paragraaf 2 reeds aan de orde gekomen arrest van 29 mei vorig jaar, betreffende een verdachte die drie honden onaangeliend uitliet die een andere hond aanvielen, overwoog de Hoge Raad ten aanzien van de aanmerkelijke kans (na een herhaling van de hierboven aangehaalde woorden uit het arrest Hiv I) het volgende:

“Onder “de naar algemene ervaringsregels aanmerkelijke kans” dient te worden verstaan de in de gegeven omstandigheden reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid. Met de thans gebruikelijke formulering van de maatstaf van de aanmerkelijke kans is geen wezenlijk andere of grotere mate van waarschijnlijkheid tot uitdrukking gebracht dan met de in oudere rechtspraak, zoals in HR 9 november 1954, *NJ* 1955/55, gebruikte formulering “de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans”.

De Hoge Raad kan geen algemene regels geven over de exacte grootte van de kans die in het algemeen of voor een bepaald type delict minimaal vereist zou zijn, laat staan deze kans in een percentage uitdrukken.”⁴⁰

36 Zie hierover De Jong 2009, p. 327-343; Van Dijk 2008, p. 394-402; P.J.H.M. Brouns, ‘Een kleine inleiding in het opzet in het Wetboek van Strafrecht aan de hand van rechtspraak van de Hoge Raad in de eerste helft van 2006’, *DD* 2006/66 (p. 921-947); en F. de Jong, T. van Roomen & E. Sikkema, ‘Objectiverende tendensen binnen het voorwaardelijk opzet’, *DD* 2007/76 (p. 929-958).

37 HR 25 maart 2003, *NJ* 2003/552 (Hiv I), r.o. 3.6.

38 Van Dijk (2017, p. 357-375) laat prachtig zien hoe sterk de individuele opvattingen van praktijkjuristen, onder wie vele rechters, ten aanzien van de minimale omvang van een aanmerkelijke kans kunnen divergeren.

39 Zie ook De Hullu 2018, p. 342; Van Dijk 2017, p. 363.

40 HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:718, r.o. 5.3.2.

Uit deze rechtsoverweging leid ik af dat de Hoge Raad vasthoudt aan zijn standpunt dat sprake moet zijn van een in de gegeven omstandigheden in kwantitatieve zin aanmerkelijke kans, maar daarbij aantekent dat ten aanzien van de minimale (statistische) omvang van die kans geen algemene regels kunnen worden geformuleerd, zodat die minimale omvang, afhankelijk van de concrete omstandigheden en de aard van het delict, van geval tot geval zou kunnen variëren.⁴¹ Dit lijkt mij een verstandige en goed verdedigbare benadering, die ook impliceert dat de feitenrechter er zeker in twijfelgevallen goed aan doet deugdelijk te motiveren waarom hij meent dat wel of niet van een aanmerkelijke kans sprake is.⁴² Voor dat ik hierop nader inga, moet ik – omdat begripsverwarring hier op de loer ligt – eerst de tweede controversen ten aanzien van het begrip aanmerkelijke kans introduceren en kort aandacht besteden aan het door Van Dijk gemaakte onderscheid tussen een 'objectief kansbegrip' en een 'objectief kans begrip'. Dit onderscheid raakt aan, maar is zeker niet hetzelfde als het onderscheid tussen een kwalitatieve en een kwantitatieve invulling van de aanmerkelijke kans.

Een subjectief kansbegrip heeft betrekking op de kans zoals die in de subjectieve voorstelling van de dader bestaat, waarbij onverschillig is of die kans ook in werkelijkheid, dus feitelijk, bestaat. Een objectief, of liever: intersubjectief,⁴³ kansbegrip heeft betrekking op de kans zoals die op grond van algemene ervaringsregels in werkelijkheid bestaat of wordt geacht te bestaan, ongeacht de subjectieve perceptie van de dader. Beide kansbegrippen, de subjectieve en de intersubjectieve, kunnen samengaan met zowel een kwalitatieve als een kwantitatieve invulling ervan. Van Dijk betoogt dat een intersubjectief kansvereiste onwenselijk is en dat het opzetbegrip niet met een dergelijk, in zijn opvatting 'wezensvreemd' element moet worden belast.⁴⁴ In het onderstaande zet ik uiteen waarom ik meen dat een kwantitatieve invulling van het begrip aanmerkelijke kans te verkiezen is boven een kwalitatieve invulling ervan én dat sprake dient te zijn van een kans die in zowel subjectieve als intersubjectieve zin aanmerkelijk is.

Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens een *doleus* misdrijf is meer vereist dan dat de dader (subjectief) een bepaalde voorstelling heeft van de mogelijke gevolgen van zijn gedraging. In het strafrecht is opzet (en dit geldt evengoed voor de onachtzaamheid) niet 'los verkrijgbaar' van de gedraging waarin het zich veruitwendigt. Indien een act van het subjectieve bewustzijn in strafrechtelijke zin moet doorgaan voor opzet op een bepaald gevolg, dan zal die bewustzijnsact zich moeten manifesteren in een gedraging die in de gegeven omstandigheden ook in afdoende mate *geschikt* is om het bedoelde gevolg in het leven te roepen. Dit roept uiteraard onmiddellijk de vraag op, welke *graad* van geschiktheid voor het bewijs van strafrechtelijk opzet volstaat; maar dit is precies de vraag die binnen het verband van het voorwaardelijk opzet tot uitdrukking wordt gebracht in de vraag naar de aanwezigheid van een aanmerkelijke kans.

Wie een handeling stelt met de uitdrukkelijke bedoeling om door die handeling een bepaald gevolg te bewerkstelligen, zal in de regel zijn handeling zó vormgeven dat zij een geëigende 'techniek' of 'methode' vormt voor het doen intreden van het beoogde gevolg. Dit is terug te voeren op het algemene inzicht 'dass der Täter sich bei einer vorsätzlichen

41 Vgl. het standpunt van J. de Hullu (die overigens geen deel uitmaakte van de combinatie die het arrest wees): De Hullu 2018, p. 342-343.

42 Die implicatie kon ook aan de eerdere rechtspraak van de Hoge Raad al worden ontleend; zie bijvoorbeeld HR 6 september 2005, NJ 2006/50 (Schieten op bovenwoning).

43 Zie Van Dijk 2017, p. 336-347. Van Dijk stelt dat de term 'intersubjectief' eigenlijk beter op zijn plaats is dan 'objectief', aangezien niet wordt bedoeld op een écht objectieve kans, maar om 'een inschatting op basis van in de maatschappij geaccumuleerde kennis. (...) Deze kennis is in de regel neergelegd in algemene ervaringsregels' (p. 338).

44 Van Dijk 2017, p. 347-357, 398.

Tat eine größere Herrschaft darüber anmaßt, ob der Verletzungserfolg eintritt oder nicht, als bei der Fahrlässigkeitstat'.⁴⁵ Dat geldt eveneens voor degene die handelt met opzet in de zin van noodzakelijkheidsbewustzijn.⁴⁶

En ten slotte gaat het ook op voor de dader die met voorwaardelijk opzet handelt. In paragraaf 2 is reeds het standpunt bepleit dat voorwaardelijk opzet inhoudelijk wordt gedomineerd door de cognitieve component en dat de volitieve component sterk verwaterd is. Ten aanzien van de cognitieve component kan worden gesteld: voor de vaststelling daarvan is vereist dat de dader handelt in het *beseft* dat zijn handeling gepaard gaat met een 'mit den Risikomaximen der Rechtsordnung unverträglich'⁴⁷ kans op delictsverwerkelijking. Een kans op een bepaald gevolg (of op het zich voordoen van een ander delictsbestanddeel) heet in deze benadering 'aanmerkelijk' in gevallen waarin de gedraging waardoor de kans in het leven wordt geroepen, naar algemene ervaringsregels een geëigende methode (*taugliche Methode*) vormt om het gevolg (of de delictsverwerkelijking) teweeg te brengen. En dit veronderstelt dat de dader zich bewust is van de naar algemene ervaringsregels 'typische' risico's die door zijn voorgenomen gedraging worden opgeroepen, dus risico's die in kwantitatieve zin voldoende groot en daarmee 'aanmerkelijk' zijn.

De Duitse dogmatiek bezigt in dit verband wel de term *Vorsatzgefahr*. Daarvan is sprake bij 'die Vorstellung von einem Risiko, dessen Schaffung eine taugliche Methode zur Herbeiführung des Erfolges darstelle'.⁴⁸ En van een deugdelijke methode kan, zo stelt Puppe, 'nur dann die Rede sein, wenn nach den Kenntnissen dessen, der sie anwendet, die Chance, das Ziel zu erreichen, relativ hoch ist. Mehr lässt sich allg. über die Quantität der Vorsatzgefahr nicht sagen, insb. lassen sich keine Wahrscheinlichkeitsquoten dafür angeben'.⁴⁹ Met andere woorden: niet in zijn algemeenheid kan worden aangegeven aan welke drempelwaarde van geschiktheid voor het laten intreden van een bepaald gevolg de gedraging van een dader in ieder geval moet voldoen om te mogen vaststellen dat die gedraging een aanmerkelijke kans op het gevolg in het leven roept. Dat is echter niet noodzakelijkerwijs een probleem, 'denn auch im praktischen Handeln richten wir uns nicht nach Wahrscheinlichkeitsquoten, sondern nach einem erlernten Erfahrungsschatz v. Methoden, alle möglichen Ziele zu erreichen'.⁵⁰ Wat hiervan zij:⁵¹ duidelijk is in ieder geval dat in deze benadering voor de vaststelling van voorwaardelijk opzet sprake moet zijn van een in kwantitatief opzicht aanmerkelijke kans.

Dit houdt ook verband met het feit dat de volitieve component binnen het voorwaardelijk opzet betrekking heeft op een sterk verwaterde vorm van 'willen'. Dit willen houdt, zoals in paragraaf 2 werd betoogd, niet meer in dan dat de dader, in weerwil van het beseft van de aanmerkelijke kans op strafrechtelijk relevant onheil, *kiest* voor het stellen van zijn handeling, teneinde door middel van die gewilde gedraging een bepaald doel te bereiken dat voor de dader belangrijker is dan het rechtsgoed dat door zijn handeling mogelijkterwijls wordt

45 Puppe, *ZStW* 2017, p. 13. Dit inzicht is sterk benadrukt door de zogenoemde *finale Handlungslehre* van Hans Welzel (H. Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, Göttingen: Otto Schwarz 1961). Zie daarover Peters 1966, p. 50-88; De Jong 2009, p. 24-26; Roxin 1992, p. 139-143 (§ 8.II Rn. 16-25).

46 Aldus ook Van Dijk 2017, p. 356, 376-380.

47 Kindhäuser, *LPK* 2017, p. 192 (§ 15 Rn. 116).

48 Kindhäuser, *LPK* 2017, p. 192 (§ 15 Rn. 116); Puppe, in: *SNK* 2017, § 15 Rn. 69; Puppe, *ZStW* 2017, p. 10-13. In het door Van Dijk (2017, p. 350) genoemde voorbeeld van iemand die haar man probeert 'dood te bidden', zou in deze benadering geen *Vorsatzgefahr* worden aangenomen.

49 Puppe, in: *SNK* 2017, § 15 Rn. 71.

50 Puppe, in: *SNK* 2017, § 15 Rn. 71. Vgl. Van Dijk 2017, p. 355-357, 398, die als bezwaar tegen de objectieve/inter-subjectieve benadering van de aanmerkelijke kans inbrengt dat dan in veel gevallen een tijdrovend en complex onderzoek naar de grootte van de kans nodig is.

51 Zie D. Dold, 'Die Zurechnung des Erfolgs bei den Vorsatzdelikten', *ZStW* 2010, p. 785-803.

gekrenkt. De dader wil het gevolg niet, maar hij wil het als concreet mogelijk voorziene gevolg ook niet vermijden (*Nichtvermeidenwollen*). Hij legt zich erbij neer – neemt op de koop toe – dat hij met zijn gedraging de aanmerkelijke kans op het intreden van het gevolg in het leven roept. Met andere woorden: anders dan in ieder geval bij opzet als bedoeling, heeft de volitieve component in het voorwaardelijk opzet geen ‘sturende’ werkzaamheid.

In zoverre kan worden gesteld dat een kwantitatieve invulling van het begrip aanmerkelijke kans een compensatie biedt voor de zwakke intentionele betrekking tussen gedraging en gevolg;⁵² aangezien het willen bij voorwaardelijk opzet niet veel voorstelt, moet het weten betrekking hebben op een kans die in kwantitatief opzicht aanmerkelijk is. Die kans kan (immers), veel eerder dan een kwantitatief *niet* aanmerkelijke kans, worden geacht tenminste van het *sachgedankliches Mitbewusstsein* van de dader deel te hebben uitgemaakt.⁵³

Dit laatste voert ons naar de tweede controverse rond het begrip aanmerkelijke kans. Deze betreft, als gezegd, de vraag of voor de vaststelling van een aanmerkelijke kans een subjectief of een intersubjectief perspectief dient te worden ingenomen, of dat een kans vanuit beide perspectieven aanmerkelijk moet zijn. Hierboven heb ik betoogd dat de in kwantitatief opzicht aanmerkelijke kans als een ‘natuurlijk’ element in het opzetbegrip zelf verankerd ligt; maar geldt dat ook voor een intersubjectief kansbegrip? Of zou, zoals Van Dijk betoogt, het vereiste van een objectief/intersubjectief aanmerkelijke kans het opzetbegrip met een ‘wezensvreemd element’ opzadelen, en zou voor het bewijs van voorwaardelijk opzet daarom moeten volstaan een subjectief aanmerkelijke kans, dus een kans die in de voorstelling van de dader aanmerkelijk is, waarbij onverschillig is of die kans ook in werkelijkheid, dus naar algemene ervaringsregels, aanmerkelijk is?

Ik zou menen dat we het toch niet zonder een intersubjectief begrip van de aanmerkelijke kans zouden kunnen stellen. Voor voorwaardelijk opzet is vereist dat de dader bewust een aanmerkelijke kans aanvaardt; de opzet-act van het weten en van het (verwaterde) willen strekt zich mede uit over de aanmerkelijkheid van de kans. Voor het bewijs van voorwaardelijk opzet volstaat dan niet dat de dader bewust een kans heeft aanvaard die ‘enkel’ intersubjectief gezien aanmerkelijk is maar die in de subjectieve perceptie van de dader niet aanmerkelijk is.⁵⁴ Maar dat wil nog niet zeggen dat met een louter subjectief kansbegrip kan worden volstaan. De subjectieve inschatting van de dader van het door zijn handeling veroorzaakte gevaar voor delictsverwerkelijking kan onder omstandigheden sterk afwijken van het objectieve gevaar daarvoor.⁵⁵ Daarom zou het uit een oogpunt van rechtsgelijkheid onjuist zijn om niet te toetsen of de door de dader gepercipieerde of ernstig genomen kans minstens tevens een aanmerkelijke kans in intersubjectieve zin oplevert.⁵⁶ Onder verwijzing naar het eerder genoemde concept *Vorsatzgefahr* schrijft Urs Kindhäuser in dit verband mijns inziens dan ook terecht:

“Die Umstände, auf die der Täter seine Erfolgsprognose stützt, müssen auch objektiv als Grundlage einer anerkannt sinnvollen Strategie zur Erfolgsherbeiführung in Betracht kommen. (...) Dolus

52 Kritiek hierop levert Van Dijk 2017, p. 353-355.

53 Kindhäuser, *LPK* 2017, p. 171 (§ 15 Rn. 16) en p. 201 (§ 16 Rn. 17). Hier doet zich een parallel voor met de controverse over de vraag of het opzet een psychisch dan wel normatief begrip is; zie het slot van paragraaf 2. En: dit alles zegt nog altijd niets over de vraag waar precies de ondergrens gelegd moet worden. Van Dijk (2017, p. 363-375) pleit uiteindelijk voor een ondergrens van vijftig procent – hetgeen mij wat aan de hoge kant lijkt.

54 Zo ook Van Dijk 2017, p. 345-355.

55 Zie Van Dijk 2017, p. 397-398.

56 Ik betwijfel bovendien of het steeds mogelijk is om – zoals gesteld door Van Dijk 2017, p. 350-351, 354 – een discrepantie tussen de voorstelling van de dader en de objectieve/intersubjectieve kans geheel ‘op te vangen’ in de sfeer van de poging of de causaliteit.

eventualis ist folglich anzunehmen, wenn der Täter im Bewusstsein handelt, eine solche Vorsatzgefahr zu schaffen.”⁵⁷

Tabel 2.	Subjectief	Intersubjectief	
Aanwezigheid aanmerkelijke kans		X	> <i>Deugdelijke methode</i>
Wetenschap aanmerkelijke kans	X		> <i>Beseffen, ernstig nemen</i>
Aanvaarding aanmerkelijke kans	X		> <i>Niet-vermijden-willen</i>

Oftewel: voor de aanwezigheid van een in kwantitatieve zin aanmerkelijke kans is zowel het subjectieve als het intersubjectieve perspectief van belang. En het is de vanuit subjectief én intersubjectief perspectief *aanmerkelijke* kans die de dader beseft en aanvaardt (dat wil zeggen: niet wil vermijden). Maar dit laat onverlet dat het intersubjectieve perspectief zijn grenzen moet kennen. Volkomen terecht benadrukt Van Dijk dat in het strafrecht de omvang van de kans op onheil moet worden vastgesteld op een moment waarop al bekend is welke uitkomst de gedraging van de dader heeft gehad en welke factoren in de delictsverwerkelijking een rol hebben gespeeld.

Daarom moet men ervoor waken dat men geen factoren betreft in het oordeel over de grootte van de kans die *tempore delicti* aan de dader niet bekend kunnen zijn geweest. We moeten ‘de film terugdraaien tot een tijdstip waarop de uitkomst en de verklarende factoren zich nog moeten manifesteren’.⁵⁸ Dit betekent dat aansluiting moet worden gezocht bij het perspectief van de dader.⁵⁹ Maar anders dan Van Dijk betoogt, betekent dit volgens mij niet dat de subjectieve ‘overtuigingen en intenties’ van de dader hier per se de doorslag moeten geven.⁶⁰ Uitgaande van het bij de dader op het moment van handelen aanwezige of aanwezig te veronderstellen inzicht in de situatie, moet worden beoordeeld of de handeling in intersubjectief perspectief – dus naar algemene ervaringsregels – een aanmerkelijke kans op het strafrechtelijk relevante gevolg heeft opgeleverd. Oftewel: het komt niet zozeer op de subjectieve overtuigingen en bedoelingen van de dader aan, doch veeleer op de vraag of, gezien vanuit het perspectief van de dader, kan worden vastgesteld dat diens gedraging een ‘deugdelijke methode’ oplevert om het gevolg in het leven te roepen, dus een *Vorsatzgefahr* oplevert.⁶¹

In de jurisprudentie gaat dit soms mis. Is sprake van een poging tot doodslag indien bijvoorbeeld een dader iemand eerst met de dood bedreigt en zich enige tijd later begeeft naar diens woning, wetende dat het slachtoffer thuis is, vervolgens op de voordeur klopt en tien seconden daarna (zonder dat op het deurgeloept is gereageerd) met een vuurwapen twee schoten lost op de onderzijde van de voordeur? De Hoge Raad oordeelde van niet, omdat geen sprake was van een aanmerkelijke kans op de dood, nu het slachtoffer zich op

57 Kindhäuser, *LPK* 2017, p. 193 (§ 15 Rn. 116). Vgl. Puppe, in: *SNK* 2017, § 15 Rn. 69-70, die het objectieve/intersubjectieve perspectief zelfs vooropstelt.

58 Van Dijk 2017, p. 378.

59 Van Dijk is geen voorstander van een objectief/intersubjectief kansbegrip; zijns inziens zou voor voorwaardelijk opzet enkel een puur subjectief kansbegrip gebruikt moeten worden. Maar als dan toch – zoals de Hoge Raad doet – voor een intersubjectief begrip wordt gekozen, dient voor de vaststelling van de aanmerkelijke kans wel voldoende aansluiting bij het perspectief van de actor te worden gezocht. Met dat laatste ben ik het dus eens; van de gedachte dat het intersubjectieve kansbegrip een wezensvreemd element in het opzet invoert, ben ik – als gezegd – niet overtuigd.

60 Van Dijk 2017, p. 383: de omstandigheden van de situatie ‘die niet worden beheerst door de overtuigingen en intenties van de verdachte moeten daarentegen niet als uitgangspunt van het kansoordeel fungeren’.

61 Puppe, *ZStW* 2017, p. 6. Ik kom hierop terug in paragraaf 4.

het moment van de twee schoten in de slaapkamer bevond, welk vertrek zich niet in het rechtstreekse verlengde van de hal achter de voordeur bevond. Dat het slachtoffer zich in de slaapkamer bevond, is een omstandigheid die aan de dader niet bekend kon zijn en die dus, uitgaand van diens perspectief, in de overwegingen niet zou dienen te worden meegenomen.⁶²

4. Van de voorstelling des daders afwijkende causale delictsverwerkelijking

Als gesteld, is het zinvol onderscheid te maken tussen de opzet-act en het opzet-object: naast de vraag naar de inhoud van de voor opzet vereiste cognitieve en volitieve component (met alle controversen van dien, zie paragraaf 2) staat de vraag naar het correlaat van de intentionele betrokkenheid van de dader. In paragraaf 3 is de opvatting bepleit dat voor het bewijs van voorwaardelijk opzet is vereist dat de dader zich willens en wetens heeft blootgesteld aan een kans die in kwantitatieve zin én in zowel subjectief als intersubjectief perspectief 'aanmerkelijk' is. Die aanmerkelijke kans betreft de kans op het intreden van een in een delictsomschrijving genoemd gevolg of de kans op het zich voordoen van een ander type in een delictsomschrijving figurerend bestanddeel.

Maar verdedigbaar is dat het opzet niet slechts betrekking heeft op de (niet-geobjectiveerde) delictsbestanddelen die door de wetgever in de delictsomschrijving ná het opzetbestanddeel zijn geplaatst. Daarnaast dient het opzet – wellicht, in zekere mate – betrokken te zijn op de wijze waarop het delict zich in causale zin verwerkelijkt. Uiteraard: indien vast staat dat de dader opzet had op het ingetreden gevolg, dan staat aan het bewijs van dat opzet niet spoedig alsnog in de weg dat de dader zich een wat andere voorstelling had gemaakt van de precieze wijze waarop dat gevolg, door zijn handeling, in het leven zou worden geroepen. Terecht wordt dan ook gesteld dat het opzetbegrip in die zin een 'generaal' karakter heeft.⁶³ Maar wat nu als de manier waarop zich het delict in de empirische wereld heeft verwerkelijkt *drastisch* afwijkt van de voorstelling die de dader daaromtrent had? Met andere woorden: wat indien sprake is van een 'wezenlijke afwijking' (*wesentliche Abweichung*) tussen de voorstelling van de dader ten aanzien de delictsverwerkelijking enerzijds en het werkelijke causale verloop dat in het desbetreffende gevolg uitmondt anderzijds?

Bij de materieel omschreven dodelijke misdrijven zijn causaliteit en opzet beide bewijsthemata. Vastgesteld moet worden of het ingetreden gevolg redelijkerwijs als gevolg van de gedraging van de dader aan die dader kan worden toegerekend; en vastgesteld moet worden of de dader opzet had op het door hem veroorzaakte gevolg. De Duitsers onderscheiden in dit verband de *objektive Zurechnung des Erfolges zum Handeln*⁶⁴ en de *subjektive Zurechnung des Erfolges zum Vorsatz*. Een 'wezenlijke afwijking' tussen een door de dader subjectief voorgesteld en een in werkelijkheid voorgevallen causaal verloop van delictsverwerkelijking vormt – zowel in het Nederlandse als in het Duitse strafrecht – in overwegende mate een vraagstuk van causaliteit, niet van opzet.

Toch stelt de op dit punt heersende leer in Duitsland dat er gevallen denkbaar zijn waarin – precies wegens een sterke discrepantie tussen het opzet van de dader ten aanzien van de wijze van delictsverwerkelijking en het feitelijke causale verloop daarvan – sprake is

62 HR 20 april 2010, NJ 2010/250 (*Groninger schietpartij*). Zie de fascinerende analyse van dit arrest in Van Dijk 2017, p. 381-392. Van Dijk concludeert eveneens dat geen sprake is van een aanmerkelijke kans op de dood, maar dan op basis van een heel andere redenering dan de door de Hoge Raad gevolgde.

63 De Hullu 2018, p. 231.

64 Zie F. de Jong & E. Sikkema, 'Zeven stellingen over causaliteit in het strafrecht', DD 2016/72 (p. 814-841).

van eendaadse samenloop (*Tateinheit*) van enerzijds een poging tot het doen intreden van het desbetreffende gevolg en anderzijds de *culpoze veroorzaking* van datzelfde gevolg.⁶⁵ Oftewel: ondanks dat het gevolg waarop de dader (al dan niet voorwaardelijk) opzet had, is ingetreden, luidt de kwalificatie dat sprake is geweest van (enkel) een poging tot het in het leven roepen van dit gevolg en een voltooide culpoze bewerkstelling ervan.

Een voorbeeld dat een variatie inhoudt op een beroemd geval uit de Duitse rechtspraak:⁶⁶ iemand haalt een wildkansel (een uitkijkpost voor jagers en wildspotters) omver met het doel zijn daarin aanwezige oom van het leven te beroven. De oom breekt als gevolg hiervan 'slechts' een van beide enkels. De oom overlijdt echter na een ziekbed van enige weken aan embolie doordat hem in het ziekenhuis ten onrechte geen bloedverdunnend middel was toegediend. Nu de initiële gedraging van de neef een voor het intreden van het uiteindelijke (en ook beoogde) gevolg een onmisbare factor (*conditio sine qua non*) is geweest, en aangezien de arts door deze gedraging werd genoodzaakt tot medische zorgverlening (waarbij kunstfouten niet alleszins onvoorzienbaar zijn), kan het gevolg redelijkerwijs worden toegerekend aan de neef (*objektive Zurechnung*). Maar niet evident, zelfs niet waarschijnlijk, is dat het opzet van de dader mede gericht is geweest op het causale verloop dat in de dood uitmondde. Niet evident is daarmee of de voltooiing van het delict kan worden toegerekend aan het opzet van de dader (*subjektive Zurechnung*). In de Duitse doctrine wordt in ieder geval gesteld dat de neef in dit voorbeeld schuldig is aan een poging tot doodslag of moord in eendaadse samenloop met het voltooide misdrijf van dood door schuld.⁶⁷

Een dergelijk geval doet zich in de rechtspraak hoogst zelden voor – en vandaar dat in de Duitse literatuur in verband met deze vraagstukken overwegend wordt gewerkt met verzonden casussen.⁶⁸ Maar de heersende leer in Duitsland houdt het voor allesbehalve uitgesloten dat een 'causale afwijking' een veroordeling wegens een voltooid doleus delict uitsluit en hoogstens grond biedt voor een veroordeling wegens een poging in combinatie met voltooiing van de culpoze tegenhanger (indien die tenminste bestaat) van het doleuze delict. In Nederland lijken we in dit soort gevallen in het geheel geen opzetprobleem aanwezig te achten.⁶⁹ Neem de bekende zaak betreffende een persoon die met een mes in de rug was gestoken en als gevolg daarvan een klaplong en een bloeding in de borstholte had opgelopen; elf dagen na het steekincident en zes dagen nadat hij uit het ziekenhuis was ontslagen, moest hij daarin opnieuw worden opgenomen wegens een bloedvergiftiging, aan de directe gevolgen waarvan hij kort daarna overleed.⁷⁰

De Hoge Raad casseerde 's hofs vrijsprekend arrest. Hij oordeelde, als bekend, dat de 'hoogst onwaarschijnlijke mogelijkheid' dat een andere oorzaak dan de messteek heeft geleid tot (de bloedvergiftiging en) de dood, niet in de weg staat aan de bewezenverklaring van een causaal verband. Het hof had de verdachte vrijgesproken van de tenlastegelegde doodslag omdat het geen causaliteit bewezen achtte; aan een beoordeling van het opzet was het hof dus niet toegekomen. Van iemand die met een mes in de borststreek van een ander steekt, kan in de regel al snel worden vastgesteld dat hij daarbij (minstens) bewust de aanmerkelij-

65 Sternberg-Lieben/Schuster, in: *Schönke/Schröder* 2019, § 15 Rn. 55, 58; Kindhäuser, *LPK* 2017, § 16 Rn. 18.

66 Ontleend aan Puppe, *ZStW* 2017, p. 14. Het voorbeeld is geïnspireerd op de *Hochsitzfall*-zaak, gepubliceerd in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* 31, 96. In deze casus had de dader geen opzet op de dood, doch enkel op zware mishandeling; hij werd schuldig bevonden aan zware mishandeling, de dood ten gevolge hebbend (§ 227 *Strafgesetzbuch*).

67 Puppe, *ZStW* 2017, p. 15; zie ook Puppe, in: *SNK* 2017, Vorbemerkungen § 13 Rn. 254.

68 Voor verwijzing naar gevallen uit de Duitse rechtspraak, zie: Sternberg-Lieben/Schuster, in: *Schönke/Schröder* 2019, § 15 Rn. 55.

69 Wél uiteraard in die gevallen van een *aberratio ictus* waarin de dader geen (voorwaardelijk) opzet heeft gehad op het ingetreden gevolg. Zie Kelk/De Jong 2016, p. 285; Wessels/Beulke/Satzger 2015, p. 110 (Rn. 365-367).

70 HR 13 juni 2007, *NJ* 2007/48.

ke kans op de dood van die ander aanvaardt. Maar zou er in een geval als dit grond kunnen bestaan om – overeenkomstig het eerder beschreven voorbeeld van de omvergeworpen wildkansel – uit te gaan van een poging tot doodslag in samenloop met dood door schuld, en wel vanwege de aanmerkelijke discrepantie tussen de voorstelling van de dader omtrent de delictsverwerkelijking en het feitelijke causale verloop?

Een argument om dat *in dit geval* niet te doen (en dus uit te gaan van een voltooide doodslag) is dat – anders dan in het geval van de wildkansel – de bloedvergiftiging als ‘tussenkomen-de factor’ en als *causa proxima* van de ingetreden dood (met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid) is veroorzaakt, niet door medisch falen, maar door de geweldshandelingen van de dader. Maar ook in gevallen waarin de dader opzet had op het gevolg en waarin wél is vastgesteld dat de tussenkomen-de, rechtstreekse oorzaak van het ingetreden gevolg meer ‘autonoom’ heeft geïntervenieerd in de causale keten, wordt de kwalificatie voor zover mij bekend nooit beperkt tot slechts een poging (eventueel in eendaadse samenloop met een voltooid culpoos delict).⁷¹

Een argument om dat *in het algemeen* inderdaad niet te doen, is dat deze optie vooral neerkomt op ‘moeilijk doen’ (terwijl het ook ‘makkelijk’ kan) ten gunste van een dader die een dergelijke clementie niet ‘verdiend’ heeft, nu hij immers bewust een aanmerkelijke kans op (bijvoorbeeld) de dood van een ander in het leven heeft geroepen, welke dood ook – zij het langs een onvermoede route – als gevolg van zijn handeling is ingetreden.⁷² Intussen pleegt men in Duitsland, als het op dogmatische fijnslijperij aankomt, van ‘moeilijk doen’ toch minder afkerig te zijn, althans zo luidt het vooroordeel. In ieder geval heeft het strafrechtelijke opzetbegrip in Duitsland in zoverre een minder globaal of ‘generaal’ karakter, dat in een geval als die inzake de beschreven val van een wildkansel een veroordeling wegens poging tot doodslag in samenloop met dood door schuld in de literatuur op z’n minst verdedigbaar en door velen zelfs meest juist wordt geacht.

Omstreden is evenwel hoe een dergelijke uitkomst dogmatisch precies moet worden verantwoord. Puppe stelt dat dit niet mogelijk is op grondslag van de maatstaf van een ‘wezenlijke’ afwijking tussen het feitelijke causale verloop van de delictsverwerkelijking en de voorstelling die de dader daaromtrent heeft gehad. Een afwijking in het causale verloop is namelijk, naar geldend Duits recht, eerst ‘wezenlijk’ indien de afwijking niet redelijkerwijs voorzienbaar is; en een niet redelijkerwijs voorzienbare afwijking in het causale verloop veronderstelt dat het feitelijke causale verloop niet redelijkerwijs voorzienbaar is. Maar de vaststelling dat sprake is van een niet voorzienbaar causaal verloop van delictsverwerkelijking staat reeds in de weg aan een bewezenverklaring van causaal verband, zodat een bewezenverklaring van een culpoos delict evenmin mogelijk is (wel eventueel een poging, uiteraard). Dit impliceert dat het aannemen, met betrekking tot één en hetzelfde gevolg, van eendaadse samenloop van een poging en een culpoze veroorzaking op basis van het criterium van ‘wezenlijke afwijking’ logisch onmogelijk is.⁷³

De uitkomst kan ook niet bevredigend worden gebaseerd, meent Puppe, op de overtuigingen en doelen van de dader. Zij wijst dan ook het door Claus Roxin voorgestelde criterium van de *Tatplanverwirklichung* af. Dit criterium houdt in dat kan worden aangenomen dat het opzet van de dader gericht is geweest, niet alleen op het ingetreden gevolg, maar ook op het afwijkende causale verloop van de delictsverwerkelijking, indien en voor zover zowel het gevolg als de wijze waarop dat is ingetreden nog kan worden beschouwd als een verwerkelijking van het ‘handelingsplan’ van de dader.⁷⁴ En dat handelingsplan is opgebouwd

71 Zie bijvoorbeeld HR 28 november 2006, NJ 2007/49.

72 Zie Puppe, ZStW 2017, p. 13.

73 Puppe, ZStW 2017, p. 1.

74 Roxin 1992, p. 269 (§ 12.I Rn. 6) en p. 320 (§ 12.III Rn. 139).

uit de wensen en bedoelingen van de dader. Puppe signaleert echter dat de maatstaf van *Tatplanverwirklichung* niet eenduidig is, want afhankelijk van het type causale afwijking op verschillende wijzen wordt geïnterpreteerd en ingevuld.⁷⁵ Maar nog afgezien daarvan kunnen de subjectieve overtuigingen en bedoelingen van de dader geen normatieve rechtvaardiging bieden van het oordeel dat ingeval van een drastisch van de voorstelling van de dader afwijkend causaal verloop een veroordeling wegens een voltooid doleus delict is uitgesloten en hoogstens grond bestaat voor een veroordeling wegens een poging in combinatie met voltooiing van een culpoos delict. Immers: ook bij de vaststelling van de aanwezigheid van een aanmerkelijke kans komt het niet primair aan op de overtuigingen en bedoelingen van de dader (zie het slot van paragraaf 3).

Wat vormt voor een dergelijk oordeel dan eventueel wél een afdoende dogmatische grondslag? Dat is volgens Puppe de *Vorsatzgefahr*-theorie waarbinnen een dominante rol is weggelegd voor de voorstelling van de dader van de aard en omvang van het door hem geschapen risico. Deze theorie prioriteert dus sterk de cognitieve component van het (voorwaardelijk) opzet.⁷⁶ Van *Vorsatzgefahr* is, als eerder genoteerd, sprake bij 'die Vorstellung von einem Risiko, dessen Schaffung eine taugliche Methode zur Herbeiführung des Erfolges darstelle'. En een deugdelijke methode veronderstelt dat de kans op het intreden van een strafrechtelijk relevant gevolg (of op delictsverwerkelijking) ook in de voorstelling van de dader relatief groot – oftewel: 'aanmerkelijk' (zie paragraaf 3) – is. Voor het aannemen van (voorwaardelijk) opzet is in deze benadering dan ook een grotere kans op strafrechtelijk relevant onheil vereist dan voor het aannemen van (bewuste) schuld. Over de verwerkelijking van een risico schrijft Puppe:

'Eine Gefahr realisiert sich in einem Erfolg genau dann, wenn diejenigen Faktoren, die diese Gefahr begründen, in der Kausalerklärung des Erfolges als notwendige Bestandteile vorkommen. Hat der Täter eine Vorsatzgefahr *gesetzt*, so hat sich keine Vorsatzgefahr, sondern nur eine Fahrlässigkeitsgefahr im Kausalverlauf zum Erfolg *realisiert*, wenn nicht alle Faktoren der Vorsatzgefahr in der Kausalerklärung des Erfolges vorkommen, sondern nur ein Teil von ihnen, der aber nicht zur Begründung einer [realisierte] Vorsatzgefahr, sondern nur zur Begründung einer Fahrlässigkeitsgefahr ausreicht.'⁷⁷

Onderscheid kan dus worden gemaakt tussen een voor opzet vereist relatief hoog risico (*Vorsatzgefahr*) en een voor culpa volstaand minder groot risico (*Fahrlässigkeitsgefahr*).⁷⁸ In gevallen waarin het werkelijke causale verloop afwijkt van de door de dader voorgestelde wijze van delictsverwerkelijking, is de maatstaf ter beantwoording van de vraag of sprake is van een voltooid doleus delict of hoogstens van een poging (in combinatie met voltooiing

75 Puppe, *ZStW* 2017, p. 5-6. Zo wordt ten aanzien van een zuiver geval van een *aberratio ictus* door Roxin gesteld dat het ingetreden gevolg niet kan worden geacht in het plan van de dader te zijn inbegrepen, indien de overtuigingen en bedoelingen van de dader geen betrekking hadden (ook niet in de zin van het voorwaardelijk opzet) op het getroffen doelwit. In een zuiver geval van een *error in persona*, echter, zou het ingetreden gevolg volgens Roxin wél door het plan omvat zijn, ook indien in een dergelijk geval de overtuigingen en bedoelingen van de dader geen betrekking hadden op het getroffen slachtoffer. Zie Roxin 1992, p. 322-325 (§ 12.III Rn. 144-153) en p. 330-335 (§ 12.III Rn. 168-176).

76 Zie ook paragraaf 2 waarin ik betoogde dat de volitieve component binnen het voorwaardelijk opzet sterk verwatert is. De dader wil het gevolg niet, maar hij wil het als concreet mogelijk voorziene gevolg ook niet vermijden (*Nichtvermeidenwollen*).

77 Puppe, *ZStW* 2017, p. 12 (cursivering toegevoegd). Zie ook Puppe, in: *SNK* 2017, § 16 Rn. 80.

78 Vgl. K. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006, p. 62, die stelt dat een dergelijk onderscheid moeilijk is 'in te passen in de gangbare betekenissen en criteria voor voorwaardelijk opzet en bewuste schuld' omdat een bewuste aanvaarding van een niet aanmerkelijke kans dan onder het bereik van de culpa zou vallen.

van een culpoos delict, verondersteld dat er een culpoze tegenhanger is van het doleuze misdrijf, en dat die ook is tenlastegelegd, natuurlijk): heeft zich in de uitvoering van de handeling – die een deugdelijke methode vormt voor het doen intreden van het beoogde gevolg – het gehele ‘opzetrisico’ verwezenlijkt, of is de dader daarin slechts ten dele geslaagd?⁷⁹ Hier roep ik in herinnering (zie paragraaf 3) dat wie doelbewust handelt, in de regel zijn handeling zó vormgeeft dat zij een geëigende ‘techniek’ of ‘methode’ vormt voor het verwezenlijken van het doel. Bij een opzettelijke handeling matigt de dader zich een grotere mate van beheersing (*Herrschaft*) aan dan de culpoze dader doet. Maar:

“[h]at sich (...) im Kausalverlauf zum Erfolg nicht die ganze Vorsatzgefahr realisiert, sondern nur eine Fahrlässigkeitsgefahr, so ist es ihm nicht gelungen, diese Herrschaft über den Eintritt des Erfolges zu erlangen. Deshalb ist es in einem solchen Fall richtig, ihn nur wegen vorsätzlichen Versuchs und nicht wegen vorsätzlicher Vollendung zu bestrafen.”⁸⁰

Dit kan in het bijzonder aan de orde zijn in gevallen waarin het door de dader met zijn gedraging in het leven geroepen opzetrisico (*Vorsatzgefahr*) door een gelukkig toeval zich niet compleet verwezenlijkt, zodat het beoogde gevolg in eerste instantie niet intreedt, maar wat later met ‘hulp’ van een interveniërende fout of ingreep van een derde alsnog wél intreedt. Daarbij kan worden gedacht aan het hierboven beschreven voorbeeld van de windkansel.

Maar is dit ook aan de orde in een fascinerend geval dat in 2001 door het *Bundesgerichtshof* is berecht?⁸¹ Een arts verdooft zijn echtgenote, legt haar gekneveld in de kofferbak van zijn auto om haar naar een afgelegen plek te brengen. Aldaar wil hij haar dwingen om haar handtekening te zetten onder een volmacht, om haar vervolgens om het leven te brengen. Het slachtoffer sterft echter reeds als gevolg van de verdoving in de kofferbak. Het *Bundesgerichtshof* veroordeelt de arts wegens voorbereiding van moord en dood door schuld. En wel omdat de dader uitdrukkelijk wilde dat zijn vrouw in leven zou blijven totdat zij haar handtekening had gezet. Maar: het in een zeer benauwde ruimte vervoeren van een bewusteloos en vastgebonden persoon is een ‘geëigende methode’ om de dood van die persoon te veroorzaken.⁸² De dader – immers arts – wist dit ook. Het risico op de (voortijdige) dood heeft zich bovendien verwerkelijkt. Puppe stelt dan ook dat de dader in dit geval wegens voltooide moord veroordeeld had kunnen worden (zoals in hoger beroep door het *Landgericht Lübeck* overigens ook was gedaan, met als straf: levenslang).

79 Een in de Duitse doctrine beroemd voorbeeld: wie iemand van een hoge brug boven een rivier gooit, met de bedoeling die persoon te laten verdrinken, is schuldig aan doodslag indien de dood intreedt, niet door verdrinking, maar doordat tijdens de val het hoofd van het slachtoffer tegen een brugpilaar verbrijzelt. Ook indien de dader niet aan dit specifieke causale verloop heeft gedacht: het duwen van een persoon van een brug is een geschikte methode om die persoon van het leven te beroven, zowel als gevolg van verdrinking alsook als gevolg van een verbrijzeling van het hoofd. De dader heeft dus een *Vorsatzgefahr* op de dood in het leven geroepen en in het causale verloop verwerkelijkt dit gevaar zich volledig. Zie Puppe, in: *SNK* 2017, § 16 Rn. 80; Roxin 1992, p. 319 (§ 12.III Rn. 137); Dold 2010.

80 Puppe, *ZStW* 2017, p. 13.

81 BGH 12 december 2001, 3 StR 303/01 (LG Lübeck).

82 Puppe, *ZStW* 2017, p. 17. Vgl. dit voorbeeld van een geval van *dolus generalis*: ‘Lädt zB der Täter das für tot gehaltene Opfer in seinen Kraftwagen, um es an einem abgelegenen Ort zu verscharren, und führt er dessen Tod unterwegs durch einen Verkehrsunfall herbei, so kommt schon mangels objektiver Zurechnung dieses als Realisierung allgemeinen Lebensrisikos zu begreifenden Erfolges nur versuchte Tötung, evtl. in Tatmehrheit mit fahrlässiger Tötung, in Betracht.’ Aldus: Sternberg-Lieben/Schuster, in: *Schönke/Schröder* 2019, § 15 Rn. 58.

5. **Besluit: het algemeen-menselijke karakter van het strafrechtelijke opzetbegrip**

In het voorgaande is, mede aan de hand van de in de Duitse doctrine verdedigde leer inzake *Vorsatzgefahr*, ingegaan op verschillende dogmatische vraagstukken in relatie tot het strafrechtelijke opzetbegrip. Gebleken is dat het opzet inhoudelijk wordt gekenmerkt door zowel een cognitieve als een volitieve component, welke laatste in het voorwaardelijk opzet sterk 'verwaterd' is: het 'willen' komt bij voorwaardelijk opzet neer op niets meer dan het 'niet willen vermijden' van het gevolg (of van de delictsverwerkelijking). Op het intreden van dat gevolg moet dan wel een aanmerkelijke kans bestaan. Betoogd is dat het begrip 'aanmerkelijke kans' in een kwantitatieve zin moet worden begrepen. Daarbij geldt als maatstaf of de gedraging kan worden aangemerkt als een naar algemene ervaringsregels 'deugdelijke methode' om het strafrechtelijk relevante gevolg te doen intreden.

De gedraging moet, gezien vanuit het subjectieve perspectief van de dader, geëigend zijn om het gevolg te bewerkstelligen; maar de vaststelling van een aanmerkelijke kans vergt dat de kans daarnaast vanuit een intersubjectief perspectief als 'aanmerkelijk' kan worden beschouwd. Het opzet is niet een onversneden subjectief begrip; betoogd is dat het psychische (en daarmee ook: het willen en weten van een dader) per definitie is doordrongen van de sociale realiteit en dus in zoverre tevens normatief, oftewel algemeen-menselijk,⁸³ van aard is. Ten slotte is betoogd dat – vooral nu de volitieve component binnen het voorwaardelijk opzet weinig om het lijf heeft – in gevallen waarin het causale verloop van delictsverwerkelijking sterk afwijkt van de voorstelling die de dader daaromtrent kan worden verondersteld te hebben gehad, de verschillende vormen van *Kausalabweichung*, naar het voorbeeld van de Duitse doctrine, ook te onzent meer doctrinaire aandacht verdienen.

83 Vgl., over de psychische overmacht, C. Kelk, 'Het algemeen menselijke karakter van de overmacht', *DD* 2006/59 (p. 821-832).